

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

Paula Cristina Lippi Pereira de Barros

**A sanção sócioeducativa como
compensação não patrimonial do dano**

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo

2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

Paula Cristina Lippi Pereira de Barros

**A sanção sócioeducativa como
compensação não patrimonial do dano**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais, sob a orientação do Prof. Dr. Giovanni Ettore Nanni.

São Paulo

2010

Banca examinadora

Aos meus pais, que me deram a vida, o amor e a educação.

Ao Amadeu, o amor que a vida me deu.

Agradecimentos

Ao Professor Doutor Renan Lotufo, que fez florescer em mim uma paixão pelo Direito e pelo magistério.

Ao Professor Doutor Giovanni Ettore Nanni, pela acolhida, dedicação e confiança como orientanda.

Ao Professor Doutor Erik Frederico Gramstrup, pelo incentivo à vida acadêmica e o exemplo de retidão profissional.

Às Professoras, Gilza Nery e Vera Lestingue que proporcionaram as revisões nas linguas portuguesa e francesa, além da demonstração de sincera amizade.

Aos meus amigos que, pacientemente, apoiaram as angústias e ansiedades, especialmente à Adriana Lestingue e Andrea Cristina Zanetti pela amizade fiel.

Ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq – do Ministério da Ciência e Tecnologia, pela oportunidade em fomentar a presente pesquisa para a sociedade brasileira.

À minha família pelo suporte incondicional, especialmente aos meus pais, Angela e Lippi, e ao meu irmão, Leonardo.

Ao querido Amadeu, por compreender minhas ausências e ajudar na superação das dificuldades.

Ao Dom João Bosco, que sempre esteve e estará comigo.

*Feliz aquele que transfere o que sabe
e aprende o que ensina.*

Cora Coralina

Resumo

O instituto da responsabilidade civil no Brasil consiste na reparação ou compensação do dano patrimonial e/ou extrapatrimonial de forma exclusivamente patrimonial pelo ofensor. Na atualidade, o Direito Civil passa por um processo de se refundar em torno do respeito aos valores existenciais da pessoa, já que há uma sensível redução dos valores e da ética das pessoas na vida em sociedade. O presente trabalho sugere, assim, a expansão da despatrimonialização para além do dano: a despatrimonialização da forma de compensar o dano (seja patrimonial ou extrapatrimonial), por opção do próprio lesado que, de forma solidária, manifesta a sua maior satisfação através cumprimento pelo ofensor de obrigações de fazer ou não fazer de caráter sócioeducativo destinadas à sociedade (aqui denominadas sanções sócioeducativas) – aplicadas com razoabilidade e proporcionalidade em relação ao dano. Não há qualquer enriquecimento pelo lesado, bem como não há a violação dos Direitos Fundamentais do ofensor. Aplica-se a quaisquer sujeitos ativos e passivos (pessoas naturais ou jurídicas), abrangendo a responsabilidade subjetiva e objetiva, contratual e extracontratual, já que não se propõe qualquer modificação na estrutura da responsabilidade civil, mas sim expandir a sua função. O objetivo da compensação não patrimonial por meio da sanção sócioeducativa é conferir satisfação ao lesado, dissuasão e educação ao ofensor e à sociedade, proporcionando não só o controle social, mas, sobretudo, descobrindo, através da educação, uma forma de conferir direção social e, assim, transformar a sociedade, tornando-a mais justa e responsável.

Utilizando-se da metodologia dedutiva, por vezes tópica, os estudos realizados para a elaboração da presente dissertação fundaram-se no Direito brasileiro e Direito estrangeiro, no âmbito doutrinário e jurisprudencial. Favoreceu-se a lógica, a objetividade, a imparcialidade, para as análises técnico-jurídicas, históricas e sócio-culturais propiciando uma conclusão técnica e aplicada.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; Funcionalização do Direito; Despatrimonialização; Compensação não patrimonial; Sanção; Educação.

Abstract

The Brazilian institute of civil liability consists on the relief or compensation of material and/or immaterial damages in an exclusively patrimonial manner by the injurer. Nowadays, the Civil Law is passing thru a process of reconstructing it with the respect to people existential values, considering there is a sensitive reduction of the society values and ethic. Therefore it is suggested to expand the “dematerialization” to beyond the damage: the “dematerialization” of the manner to compensate the damage (being it material or not) as an option of the injured person who, in a solidarity way, express his greatest satisfaction thru the enforcement of the injurer to do obligations which contempt social-educative character and will be designated to the society (herein denominated social-educative sanctions) – which will be defined with reasonability and proportionality according to the damage. There is any enrichment by the injured person, as well as there is no Fundamental Rights violation of the injurer. The non patrimonial compensation is applicable to any kind of active or passive agents (individual or corporate entity), to personal and absolute liability, to contractual and non-contractual liability, considering there is no proposal of changing the civil liability structure, but expand its function. The objective of non patrimonial compensation thru a social-educative sanction is to satisfy the injured people, to deterrence and to educate the injurer and the society. In this meaning will be possible not just a social control, but, above this, discovering a manner to confer social direction thru education and, therefore, transforming the society to be more fair and liable.

Using the deductive method and, sometimes, also topic method, the studies to develop it were founded in Brazilian Law and Foreign Law, in the context of doctrine and jurisprudence. It favored the logic, objectivity, impartiality, to obtain technical, legal, historical and socio-cultural analysis and also providing a technical and applied conclusion.

Keywords: Civil liability; Functionalization; Dematerialization; Non patrimonial compensation; Sanction; Education.

Sumário.....	9
INTRODUÇÃO.....	13
I – PRIMEIRA PARTE – SÍNTESE DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	17
1. Breve relato histórico sobre a responsabilidade civil.....	17
1.1. Responsabilidade civil no Direito Romano-germânico.....	17
1.2. Responsabilidade civil no Direito Anglo-saxão.....	28
1.3. Responsabilidade moral e jurídica.....	30
1.3.1. Responsabilidade jurídica: responsabilidade civil e penal.....	32
2. Pressupostos da responsabilidade civil.....	36
2.1. Da ação.....	36
2.2. Do dano.....	39
2.3. Do nexo causal.....	48
2.4. Circunstâncias eximentes de responsabilidade.....	49
3. Fontes da responsabilidade civil.....	52
4. Espécies de responsabilidade civil.....	54
4.1. Quanto à origem: responsabilidade contratual e extracontratual.....	55
4.2. Quanto à culpa: responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva (sem culpa).....	56
5. Funções da responsabilidade civil.....	58
II – SEGUNDA PARTE – A OBRIGAÇÃO DE REPARAR OU COMPENSAR O DANO COMO SANÇÃO.....	63
6. Conceitos e diferenciações terminológicas: sanção e pena.....	63
6.1. Sanção negativa.....	67
6.1.1. Pena e pena privada.....	71
6.1.2. Sanções civis e sanções administrativas.....	74
6.2. Sanção positiva.....	75
7. Perspectiva especial sobre a sanção jurídica. O controle social vs direção social: a função do Direito segundo Bobbio.....	79
8. A obrigação de reparar ou compensar o dano como sanção.....	81

8.1. Rompendo o paradigma da patrimonialidade da prestação obrigacional.....	86
8.2. Obrigação de reparar ou compensar o dano: prestação não patrimonial ou não pecuniária?.....	91
9. Diferentes olhares sobre a obrigação de reparar ou compensar o dano.....	102
9.1. Quando a obrigação de reparar ou compensar o dano “carrega” uma sanção punitiva.....	103
9.1.1. No Direito Civil anglo-saxão: Pena privada como punição do dano patrimonial ou extrapatrimonial - o instituto do <i>punitive damages</i>	103
9.1.2. No Direito Civil romano-germânico.....	107
9.1.2.1. Direito brasileiro.....	107
9.1.2.1.1. Pena privada vs função compensatória-dissuasória. Atual posicionamento da jurisprudência e doutrina para a fixação da compensação do dano extrapatrimonial.....	108
9.1.2.1.2. Dano social e dano moral coletivo.....	118
9.1.2.2. Direito dos países da Europa continental.....	122
9.1.2.3. Repúdio aos <i>punitive damages</i> . Solidarização dos danos.....	127
9.2. Quando a sanção punitiva transforma-se em obrigação de reparação ou compensação de danos (sanção restitutiva ou compensatória): a óptica da justiça restaurativa.....	131
9.2.1. Práticas no Direito brasileiro que se assemelham às restaurativas.....	138
 III – TERCEIRA PARTE – A COMPENSAÇÃO NÃO PATRIMONIAL DO DANO ATRAVÉS DA SANÇÃO SÓCIOEDUCATIVA.....	 142
 10. Alternativa à reparação ou compensação do dano sob a forma patrimonial: a sanção sócioeducativa.....	 142
11. Tipos de sanção sócioeducativa.....	145
11.1. Trabalhos sociais.....	146
11.2. Participação e conclusão de curso de educação formal ou profissional.....	148
11.3. Assunção da culpa e pedido de desculpas.....	150
11.4. Outras sanções não patrimoniais.....	151
11.4.1. Publicação de sentença.....	152
11.4.2. Prestação de serviços.....	153
11.4.3. Limitação temporária de direitos.....	153

11.4.4. Comodato ou arrendamento de bens do ofensor.....	154
12. Natureza da sanção sócioeducativa: obrigações de fazer e não fazer.....	155
13. Funções da sanção sócioeducativa e a funcionalização da responsabilidade civil...156	156
14. Fundamentos: despatrimonialização; dignidade da pessoa; solidariedade; justiça social; socialidade.	160
15. Aplicabilidade da sanção sócioeducativa.....	167
15.1. Cumulatividade de sanções.....	169
16. Requisitos para aplicação da sanção sócioeducativa.....	170
16.1. Requerimento da sanção sócioeducativa pelo lesado para a sua compensação não patrimonial.....	170
16.2. Liquidação do dano.....	171
16.3 Critérios de avaliação da sanção sócioeducativa.....	172
16.4. Garantia da dignidade da pessoa.....	175
16.5. Controle da execução da sanção sócioeducativa.....	176
17. Medidas processuais.....	176
17.1. Coercibilidade à execução da sanção sócioeducativa.....	177
17.2. Possibilidade de conversão da sanção sócioeducativa (compensação não patrimonial) em compensação patrimonial (<i>in pecunia</i>).....	183
18. Principais efeitos da aplicação da sanção sócioeducativa.....	184
18.1. Aproximação da satisfação integral do dano.....	184
18.2. Eficácia da Lei civil.....	185
18.3. Não enriquecimento do lesado, a redução de demandas civis e o desestímulo à “indústria do dano”.....	185
18.4. Maior dissuasão e prevenção de condutas danosas.....	186
18.5. Educação.....	187
19. Análise de pontos de crítica.....	188
19.1. Função punitiva. Responsabilidade pessoal. Separação do Direito Civil e do Direito Penal.....	188
19.2. ‘ <i>Bis in idem</i> ’ e ‘ <i>Nullum crimen nulla poena sine lege</i> ’.....	194
19.3. Utilização da sanção sócioeducativa nos casos de responsabilidade civil não originados de ato ilícito.....	194
19.4. Ausência de previsão legal.....	195
19.5. Sanção sócioeducativa no caso de existência de seguro de danos.....	196
20. Conclusão.....	197

21. Referências bibliográficas.....	203
22. Referências da internet.....	211
23. Referências de dicionários.....	213
24. Referências de normas da língua portuguesa.....	213

INTRODUÇÃO.

Desde o início das civilizações, o patrimônio foi o núcleo das relações privadas. No Direito Romano até a modernidade primou-se pela tutela do patrimônio e o individualismo. Entretanto, a Declaração de Direitos do Homem (em 1789) e o Código de Napoleão (em 1804) foram inspirados em um Direito subjetivo do Estado personificado na coletividade e no Direito subjetivo do indivíduo. Seguindo evolutivamente, na metade do século XIX - após as lamentáveis práticas ocorridas nas Guerras Mundiais, mas com maior destaque no advento da nova Declaração Universal dos Direitos Humanos (em 1948), surgiu o movimento de tutela do homem sob seu aspecto amplo, qual seja, a proteção da sua liberdade; dignidade; integridade; reputação; corpo; intelecto: possui, como consequência, a confirmação do Direito da Personalidade, sendo positivado por vários códigos (por exemplo, o suíço, o japonês, o grego, o egípcio, o italiano, e o do Quebec), inclusive o brasileiro (de 2002).

O Direito da Personalidade, no âmbito brasileiro, proporcionou inovação na Constituição Federal (de 1988) a qual definiu como linha mestra os valores fundamentais do ser humano. Consequentemente, o Direito Civil, fundado no conceito do homem econômico, que prima pelo patrimônio e o individualismo, iniciou um diálogo com o homem existencial da Constituição Federal, que, diferentemente, tutela os valores existenciais como os previstos pelo Artigo 3º da Constituição Federal, quais sejam, sociedade livre, justa e solidária e a erradicação da pobreza.

Dessa dialética, nasce o sistema civil-constitucional que mantém o homem como centro das relações privadas, porém sob uma nova perspectiva: afastando os valores egoísticos, para que tais experiências individuais tenham uma projeção útil e existencial para o titular do Direito e para o coletivo. Com uma tendência protetiva, a pessoa, sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento passaram a ser a prioridade tutelada pela Constituição Federal inclusive na relação indivíduo-indivíduo. Assim, o patrimônio torna-se assegurado de forma secundária, ou seja, o patrimônio será tutelado caso não haja prejuízo à pessoa: as situações patrimoniais passaram a expressar uma função mais existencial consolidando os princípios constitucionais. Denominou-se esta nova ordem como a despatrimonialização do Direito Privado, sem, contudo, pretender a exclusão do conteúdo patrimonial das relações privadas de que tanto necessitam o sistema econômico.

O primeiro movimento da despatrimonialização foi a afirmação do dano extrapatrimonial e a tutela dos Direitos da Personalidade por meios da responsabilidade civil pela compensação pecuniária do lesado. Esta última favoreceu a solução das demandas, mas transferiu a problemática da reparação para a quantificação da compensação do dano. Seguindo a mesma linha de raciocínio, permitiu-se a reparação *in natura* do dano, ressarcindo-se o lesado pelo cumprimento da prestação na espécie ajustada e, em sede de execução do adimplemento das obrigações de fazer ou não fazer, o magistrado poderá também conceder tutela específica ao credor.

Evidente que a despatrimonialização está interferindo na clássica sistematização da responsabilidade civil, posto que está fundamentada na reparação patrimonial do dano.

A presente dissertação buscará ir além das atuais afirmações deste movimento, pois o caráter patrimonial ainda persiste como regra na responsabilidade civil acarretando efeitos de controle social, mas não proporcionando qualquer transformação na sociedade.

O caráter patrimonial afastou a percepção de que o dano ocorrido no âmbito individual pode proporcionar consequências à sociedade. A patrimonialidade teria enrijecido a análise jurídica da responsabilidade civil à relação individual. Entretanto, sabe-se que é imperativo, nos dias atuais, a análise dessa relação e os seus efeitos sob a perspectiva da sociedade para proporcionar, não só a dissuasão das condutas danosas, mas também a obtenção de paz social. Entende-se que além do controle social a responsabilidade civil poderá ser um mecanismo de mudança social já que tem base na solidariedade da vida social. Entende-se que a responsabilidade civil poderá proporcionar o fomento da educação da carente população brasileira, fortalecendo princípios éticos, sociais, culturais, de educação (formal e familiar) e, sobretudo, de responsabilização de cada pessoa (seja natural ou jurídica) para a manutenção da paz na vida em sociedade.

Além disso, como a reparação ou compensação do dano (patrimonial ou extrapatrimonial) ainda estão fundadas no patrimônio, proporcionam a irresponsabilidade civil dos ofensores insolventes, uma vez que estes são condenados a uma obrigação que não pode ser por eles cumprida: pagamento em pecúnia ao lesado. Sabido que a maior parte da população brasileira é desprovida de patrimônio, entende-se que a atual sistematização da

responsabilidade civil gerou uma população descuidada dos seus atos ordinários da vida e que, sem qualquer limite, possibilitou as irresponsabilidades civis deste grupo, uma vez que não possuem como reparar ou compensar os seus atos.

A face oposta também é aplicável este raciocínio. As pessoas que são condenadas ao pagamento de reparações ou compensação do dano com valores ínfimos (considerando o total do seu patrimônio), normalmente, não se conscientizam da sua irresponsabilidade, seja pelo abundante patrimônio, seja por provisionar o valor pecuniário que assegurará a sua responsabilização. Verifica-se, assim, que a reparação ou compensação do dano, concentrada na patrimonialidade, proporciona pequeno efeito dissuasório e pedagógico ao ofensor, levando à população a falta da percepção de eficácia da lei civil quanto à responsabilidade civil acarretando o descrédito não só do judiciário brasileiro, mas da Justiça.

Ademais, no âmbito do dano extrapatrimonial questiona-se se possível algum tipo de reparação por meio da compensação pecuniária se este dano é irreparável e de impossível quantificação devido a sua própria abstração? Qual seria a natureza desta compensação patrimonial do dano extrapatrimonial? Entende-se que a atual sistemática autoriza a violação da dignidade humana e de Direitos da Personalidade, desde que o ofensor possua patrimônio para a compensação patrimonial do dano extrapatrimonial. O *neminem laedere* foi esquecido por, imediatamente, reduzir o dano em valor pecuniário.

O objetivo do presente estudo é identificar a possibilidade de uma “nova” compensação do dano na responsabilidade civil, que, na realidade, trata-se de um velho mecanismo existente no sistema jurídico. A real novidade consiste em conferir à responsabilidade civil uma funcionalização diferente da tradicional. A base geradora desta visão é a existência de uma segunda geração da despatrimonialização, que se acredita estar a surgir, com a finalidade primordial de conferir a responsabilização civil dos ofensores através da sanção sócioeducativa que, além de satisfazer o lesado do dano e dissuadir o ofensor e a coletividade, proporciona mudança (transformação) social, porque proporciona fomento à educação do ofensor e, como consequência, do grupo primário ao qual pertence.

Dessa forma, posicionar-se-á que a despatrimonialização não somente está a serviço da tutela do Direito da Personalidade (ao assumir os danos extrapatrimoniais), mas também como satisfação de danos patrimoniais ou extrapatrimoniais em uma liberalidade do lesado

em satisfazer-se não mais com a reparação ou compensação patrimonial do dano, mas sim com uma compensação não patrimonial. Isso porque, por muitas vezes, o lesado almeja a condenação do ofensor sem qualquer interesse em valores indenizatórios ou compensatórios, pois a reparação ou compensação do dano não lhe é importante: imbuído de solidariedade e de altruísmo, o que mais lhe interessa é a condenação civil do ofensor em uma sanção que proporcione a consciência da conduta irresponsável do ofensor, conferindo-lhe a oportunidade de correção das suas condutas ou da realização, a partir daquele momento, de condutas conformes ou superconformes para com os indivíduos e a sociedade.

Como já mencionado, a proposta da utilização de uma sanção sócioeducativa não necessita de reformulação estrutural do Direito, mas sim de observação da funcionalização da responsabilidade civil. Tais sanções consistem em obrigações de fazer e não fazer, proporcionais e razoáveis ao dano sofrido e substituirão a prestação patrimonial da obrigação de reparar ou compensar o dano, desde que o lesado manifeste o interesse e confirme a satisfação do dano sofrido por meio do cumprimento de uma prestação de caráter sócio-educativo pelo ofensor. Ressalta-se que não há qualquer forma de enriquecimento do lesado, uma vez que a sanção sócioeducativa é destinada à sociedade. A sanção sócioeducativa instrumentaliza a função social da responsabilidade civil ao compensar o dano, fomentar a educação e dissuadir o ofensor e a sociedade, bem como confere a percepção social da eficácia do Direito.

Vislumbra-se que esta forma de compensação do dano possa ser utilizada na responsabilidade extracontratual ou contratual e na responsabilidade subjetiva ou objetiva, já que a sanção sócioeducativa trata-se somente de uma modificação do caráter patrimonial da prestação da obrigação de reparar ou compensar o dano, mantendo-se intactos os pressupostos da responsabilidade civil. Trata-se da solidariedade do lesado ao dispor de uma reparação ou compensação patrimonial em prol de um benefício à sociedade, sendo ele beneficiado indiretamente pela educação da população e a conseqüente redução das condutas danosas.

I – PRIMEIRA PARTE – SÍNTESE DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Desenvolver-se-á a primeira parte deste estudo sintetizando a estrutura do instituto da responsabilidade civil com o intuito de sistematizar as origens históricas, conceitos e pressupostos, fontes, espécies e funções da responsabilidade civil, sem qualquer pretensão de esgotar os temas, mas simplesmente apresentá-los como estrutura atual do instituto para que as demais partes do trabalho possam fluir quanto aos questionamentos e análises pontuais deste paradigma.

1. Breve relato histórico sobre a responsabilidade civil

1.1. Responsabilidade civil no Direito Romano-germânico

A obrigação de responsabilizar-se surgiu de forma bastante singela no início da civilização. O ato de ofensa e agressão de um tribal a outra tribo corresponderia o direito de retribuir a agressão da tribo ao ofensor, consolidando uma primitiva justiça retributiva¹. Ou seja, os atos para restauração da paz fundavam-se na vingança coletiva, uma vez que, a propriedade, originariamente, era coletiva, não havendo a possibilidade de caracterização de uma responsabilização patrimonial individual para a reparação do dano². Tratava-se de uma solução comum de todos os povos: a reparação do mal pelo mal³.

Já as Institutas de Gaio apresentaram a responsabilidade pessoal atrelada às obrigações que tinham como origem o contrato (ato lícito); o delito (ato ilícito) e várias figuras causadoras (“*obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut (...) ex variis*

¹ LOTUFO, Renan. **Curso avançado de Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 1, p. 303.

² GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 12.

³ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960, p. 20 – 21.

causarum figuris”) cumprindo-se ressaltar que o conceito de contrato em Gaio tratava-se de conduta permitida e geradora de responsabilidade, contrapondo-se aos delitos ⁴.

Alves relata que há divergência no DDireito Romano sobre a origem da obrigação: se decorreu do delito, corrente majoritária, ou do contrato. Entretanto conjugam o objetivo de que ambos estabeleçam vínculo material, onde o devedor respondia pela dívida com o seu próprio corpo⁵.

Evoluiu-se o conceito individualista, consagrando a Lei de Talião, que foi, de certa forma, reiterada pela Lei das XII Tábuas (de provavelmente 450 a.C.) ⁶. Assim, no período Junistianeu, os juristas apontaram outras fontes geradoras de obrigações derivadas das de Gaio, quais sejam, o contrato (atos lícitos), o quase-contrato (atos lícitos que não traduziam acordos de vontades), o delito (atos ilícitos com dolo) e o quase-delito (atos ilícitos praticados sem dolo) ⁷.

Quanto aos contratos, importante ressaltar que se tratam de relações jurídicas específicas e que deveriam compor, além da manifestação de vontade das partes, a formalização por meio de ações e frases. Pode-se dizer, contudo, que somente havia responsabilização caso o devedor tivesse uma conduta *dolus malus*, o qual se entende “(...) aqui em seu sentido mais amplo, toda a conduta de consciente má fé com violação da ‘bona fides’”. Era possível a exoneração de responsabilidade de custódia (guarda) de bem por circunstâncias de força maior (*vis maior*) ⁸.

Em contraposição aos contratos, os quase-contratos eram relações jurídicas lícitas sem acordo de vontades. Somente havia responsabilização do devedor se este agiu com culpa, a qual significava: não realizar a prestação ou realizá-la indevidamente ou se a conduta do devedor tiver sido contrária ao dever ou sua atuação⁹.

⁴ KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Tradução Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p 224-225.

⁵ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. II. p. 8.

⁶ Tábua VII, lei 11ª “*se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se existiu outro acordo*”. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 18ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 7. p. 11.

⁷ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. II. p. 34-38.

⁸ KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Tradução Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 214-215.

⁹ KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Tradução Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 216-217.

Para o presente estudo, importante atentar as consequências das obrigações derivadas delitos, uma vez que a sua evolução na técnica jurídica proporcionou a estrutura atual da responsabilidade civil.

Nota-se que tanto os quase-delitos quanto os delitos têm, segundo Alves, os seguintes elementos em comum¹⁰:

- | | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p><i>I - de natureza objetiva</i></p> <p>a) <i>Contrariedade ao direito;</i></p> <p>b) <i>Prejuízo da vítima; e</i></p> <p>c) <i>Relação de causalidade entre o ato e o prejuízo.</i></p> | <p><i>II – de natureza subjetiva</i></p> <p>a) <i>Imputabilidade; e, em geral,</i></p> <p>b) <i>Culpabilidade (em sentido amplo)</i></p> |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Os quase-delitos são casos em que o pretor concede o direito de ação, por considerar ilícito e culposo o ato gerador de dano¹¹. Quanto aos delitos, assim por todos considerados (independentemente da concessão do direito de ação pelo pretor), há a distinção entre os atos ilícitos cometidos “*contra a colectividade (o povo, o estado)*”, denominando-se *crimina publica* ou *delitos públicos*; e “*as ofensas ao indivíduo, à sua família ou aos seus bens*”, denominando-se *delicta privata* ou *delitos privados*¹². Importante notar que no caso dos delitos públicos a punição era exercida pelo Estado, sendo possível as penas de morte, castigos corporais ou pagamento de multas – *poena publica*. Quanto aos delitos privados, somente ao lesado cabe a iniciativa de acionar o ofensor para cumprimento de uma *poena privata*, que, no Direito clássico, era equivalente à *poena publica*¹³ (inclusive com a morte do ofensor). Assim, para o presente estudo, será somente analisado o delito privado, diante do seu caráter privado em relação àquele público.

¹⁰ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. II. p. 44.

¹¹ Representam esta categoria: (a) *si iudex litem suam fecerit* – ressarcimento do prejuízo sofrido por uma sentença proferida pelo juiz de forma negligente; (b) *effusum et deiectum* – dano proporcionado por queda ou derramamento de líquido ou objeto de edifício, estabelecendo-se a condenação segundo o dano. Havendo dano à coisa, condenação no valor da coisa em dobro. Havendo morte de pessoa livre, condenação no valor estipulado em pecúnia por lei; (c) *positum et suspensum* – objeto pendurado em edifício na iminência de cair e proporcionar dano, condenando-se no pagamento de multa pecuniária; e (d) *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum* – responsabilidade do intendente de navio, hospedaria ou estábulo pelos furtos e danos às coisas de seus clientes. *in* ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. II. p. 283-284.

¹² KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Tradução Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 192.

¹³ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. II. p. 265-266.

O delito privado, através da sanção *poena privata*, possibilitou a vingança individual (privada)¹⁴, onde a vítima faz a justiça pelas suas próprias mãos. Segundo Lima, é no bojo da vingança privada o ponto de partida da responsabilidade civil (então primitiva)¹⁵. A intervenção do poder público somente ocorria para “*declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação*”¹⁶. Importante ressaltar que “*ma resta pena, cioè per parte dell’offensore un’espiazione e per parte dell’offeso l’appagamento di una vendetta: suo presupposto è l’offesa fatta alla vittima, e non già lo squilibrio patrimoniale; anzi, se squilibrio c’è questo viene di solito riparato com altri mezzi*”¹⁷.

Assim, verifica-se que esta sistematização era ausente de qualquer reparação material, consistindo na satisfação do delito privado de punir o ofensor. Além disso, o dano proporcionado pela vingança duplicava a ocorrência dos danos privados e, com o aumento da complexidade das relações obrigacionais, dificultou-se estabelecer uma resposta equilibrada ao ofensor¹⁸. Logo se percebeu o excesso e perseguições injustificadas que o mecanismo proporcionava.

Assim, algumas atenuações à *poena privata* ocorreram com a própria Lei de Talião que impunha que a reação individual deveria ser equilibrada ou compatível com o dano sofrido (surgindo as fórmulas “*olho por olho, dente por dente*”, “*quem com ferro fere, com ferro será ferido*” – portanto, a pena não poderia proporcionar lesão maior que o dano proporcionado pelo ofensor) e ser realizada na pessoa do ofensor, constatando-se que o principal objetivo da reação era a repressão da conduta lesiva nos limites do dano.

Outra modificação que permitiu redução das vinganças privadas foi a possibilidade de remissão do ofensor por meio do pagamento de uma *prestação expiatória* (em cabeças de gado e, depois, em dinheiro) regulada pelo Estado que previa “*(...) para os actos ilícitos multas em cifras precisas ou calculáveis segundo determinados critérios, orientando-se talvez por valores já estabelecidos na prática*”. Caso o ofensor oferecesse a *multa pecuniária* ao lesado, este deveria aceitá-la, pois, caso contrário, seria negado ao lesado a “*execução da*

¹⁴GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 7.

¹⁵Segundo o Autor, a vingança nada mais é do que um sentimento atávico do Homem que passou para o domínio jurídico por meio da regulação legal – Lei de Talião. in LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960. p. 20 - 21.

¹⁶DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 7. p. 11.

¹⁷ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Istituzioni di Diritto Romano**. Quattordicesima edizione riveduta. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1960. p. 364.

¹⁸ MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi. 1966. Nº 53. p. 16.

apreensão da pessoa do agente”. Importante notar que a morte do ofensor ainda era possível em fase de execução, entretanto, somente seria permitida quando não houvesse qualquer possibilidade de remissão¹⁹. Lima afirma que se tratava de uma forma de composição voluntária,

“(…) *pela qual o lesado, podendo transigir, entra em composição com o ofensor, recebendo um resgate (poena), isto é, uma soma em dinheiro, ou a entrega de objetos. A vingança é substituída pela composição a critério da vítima, subsistindo, portanto, como fundamento ou forma de reintegração do dano sofrido*”²⁰.

Esse movimento de limitação da *poena privata* ao dano e a coerção à remissão da vingança privada pelo pagamento de multa, proporcionou profundas mudanças à responsabilidade pessoal que, sob esta nova óptica, tornou-se uma real responsabilidade material (patrimonial). Consequentemente, ocorrendo o delito privado possível exigir a reparação do dano patrimonial e uma pena para a satisfação do lesado²¹, a qual era executada no corpo do ofensor. Entretanto, diante de tantas modificações, surgiu a *Lex Poeteria Papiria*, substituindo a pena corpórea pela tarifação ou multa pecuniária, sob a forma de arbitramento.

Assim, no Direito Romano, mais precisamente no Direito Justiniano, consolidou-se instrumentos para a proteção de situações jurídicas relevantes: as *actiones poenales* (ações penais) que buscavam a repreensão da conduta lesiva do interesse privado – tal como o pagamento de uma multa, que tinha como critério de valoração a fixação legal (como nas XII Tábuas), ou valorada a critério do Juiz, ou, ainda, tomando como base um valor múltiplo (duplo, triplo, quádruplo) do valor estimado do bem – e as *actiones reipersecutorie* (ações reipersecutórias) quando “*reintegravam a composição patrimonial da parte lesada*”²², esta última subdividindo-se em duas situações de aplicabilidade: (i) cumulativamente às ações penais; e (ii) quando a ação penal possuía caráter misto (quando a multa satisfaz o dano patrimonial impedindo-se a proposição de ação reipersecutória e proporcionando valor excedente à reparação do dano como pena) – função punitiva e função reipersecutória

¹⁹ KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Tradução Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 192 – 193.

²⁰ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960. p. 21.

²¹ KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Tradução Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 193 e 281-282.

²² GALLO, Paolo. **Pene private e responsabilità civile**. Milão: Guiuffrè, 1996. p. 37; 39 e 40.

concomitantes²³. Verifica-se que a responsabilidade possui um caráter duplo de pena e reparação, considerando a ausência de distinção entre a responsabilidade civil e a penal²⁴.

Importante notar que as *actiones poenalis* romanas possuíam regras diferentes de aplicação para cada tipo *delicta*²⁵, quais sejam, *furtum*, *rapina*, *iniuria* e *dammum iniuria datum*, apesar das seguintes características idênticas²⁶:

- (i) Intransmissíveis, passiva ou ativamente, por herança²⁷;
- (ii) Assunção do pagamento da pena pelo titular do poder dos filhos ou família; dos escravos e dos animais – como se ele próprio tivesse cometido o delito – ou os abandonava à vítima que se tornava seu proprietário. Também se denomina de regime da noxalidade ou *actiones noxales*.
- (iii) Possibilidade de cumulação com ações reipersecutórias;
- (iv) Havendo mais de um autor do *delicta*, cabem a cada um deles o pagamento do valor total da pena²⁸;
- (v) Não possuíam prazo prescricional (perpétuas), diferentemente das demais ações penais em que o Pretor era envolvido (*actiones honorarie*) – onde a execução da pena tinha prazo de um ano.

Para cada *delicta* havia diferentes formas de tipificação e quantificação da *poena privata*, que podia variar segundo a gravidade do dano. O *furtum* corresponde ao conceito de furto moderno, entretanto, de aplicabilidade muito mais abrangente, compreendendo qualquer apreensão de bem ilícito, e a apropriação do bem por fraude, ou posse (envolvendo o atual usucapião ou receptação, por exemplo); diferenciando-se o furto flagrante (*fur manifestus*), furto com culpa comprovada (*furtum com quaestio lance et licio*) e o furto clandestino (*furtum nec manifestum*)²⁹. Ressalta-se que cada um dos jurisconsultos romanos distinguiu várias espécies de *furtum* de acordo com a aplicabilidade, havendo também variação do

²³ KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Tradução Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 193, 210-211 e 282.

²⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 7. p. 11.

²⁵ Os Romanos não conheciam uma categoria geral de ilícito (*delictum*).

²⁶ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Istituzioni di Diritto Romano**. Quattordicesima edizione riveduta. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1960. p. 365-367.

²⁷ Exceções: Transmissão da reparação aos herdeiros da vítima quando a ofensa fosse personalíssima; e transmissão da obrigação de reparar aos herdeiros do ofensor caso estes tenham lucrado com o delito do ofensor morto.

²⁸ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. II. p. 267-268.

²⁹ KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Tradução Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 285.

próprio conceito em períodos históricos diferentes. Assim, possível encontrar bibliografias com diferentes denominações³⁰.

Importante registrar que, antes da Lei das XII Tábuas, a *poena privata* no *furtum* consistia na possibilidade de morte do ofensor, após ritual em que o ofensor deveria implorar a vida ao lesado ou realizar ritual vexatório. Com a Lei das XII Tábuas, a morte é substituída pela escravidão do ofensor. Em um período futuro, com o advento da *Lex Poetelia Papiria*, houve a substituição da escravidão por pena pecuniária (pena em quatro vezes o valor da coisa furtada, quando furto flagrante; pena em duas vezes o valor da coisa furtada e do dano, quando o furto for clandestino)³¹, sendo, portanto, aplicável as *actiones poenalis* e *actiones reipersecutorie*.

A *rapina* consistia em delitos de coisa móvel com violência, semelhante ao roubo no Direito atual, podendo ser cometido por uma pessoa ou grupo de pessoas. A pena consistia na condenação do quádruplo do valor da coisa roubada, se a ação fosse intentada em menos de um ano do fato; ou no próprio valor da coisa se intentada a ação proposta após um ano da *rapina*. Seguiu-se discussão na época clássica sobre a natureza do instituto ser penal ou reipersecutório, com uma tendência ao caráter penal. Não obstante, no Direito Justiniano, consolida-se o caráter misto, uma vez que uma das partes da pena caracterizaria a reparação da coisa e as três partes restantes, caráter punitivo³².

A *inuria* trata-se de outro delito privado limitado às ofensas à integridade física ou moral de uma pessoa (lesão pessoal). A Lei das XII Tábuas prevê as circunstâncias e suas respectivas penas que basicamente podem ser (i) a pena de Talião, ou seja, provocar ao ofensor o mesmo dano físico ou moral, mas que poderia ser substituída por indenização mediante acordo da vítima; ou (ii) composição pecuniária prevista pela Lei das XII Tábuas, segundo o tipo de dano à pessoa ou escravo³³. Entretanto, considerando a desvalorização da moeda decorrente do próprio tempo, a pena de Talião e a composição pecuniária foram substituídas por multa estabelecida por juiz, avaliando-a segundo as circunstâncias, a gravidade do delito e o dano no caso concreto, proporcionando um alargamento do conceito

³⁰ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. II. p. 272.

³¹ KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Tradução Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 285-287.

³² ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Istituzioni di Diritto Romano**. Quattordicesima edizione riveduta. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1960. p. 371.

³³ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. II. p. 276-278.

de *inuria*, principalmente às ofensas morais. Com isso, no Direito clássico, permanecendo no Direito Justiniano, a *inuria* passou a ser considerada delito público e, assim, a vítima que buscasse pela repressão penal não poderia promover a reparação³⁴.

Já o *damnum iniuria datum* consistia em causar culposamente dano aos bens, na época, bens materiais e escravos – coisa animada ou inanimada. No início, tratava-se exclusivamente de dolo, sendo que, somente na República tardia abrangeu a culpa *stricto sensu*. Diz-se tratar de ação penal (denominada de *actio legis Aquiliae* em homenagem ao legislador romano que a introduziu³⁵) com caráter misto de punição e reparação uma vez que, se assumida a culpa, o ofensor seria condenado à pena – valor do prejuízo causado. E, não havendo a confissão, o ofensor seria condenado ao pagamento do duplo da pena³⁶.

Importante notar que as previsões do delito estavam relacionadas a circunstâncias específicas, passando a ser um delito autônomo – o *damnum iniuria datum* – com o advento da *Lex Aquilia* (plebiscito ocorrido provavelmente em 286 a.C.) que estabelecia, em três capítulos: (i) no caso de morte de animal ou escravo, a pena consiste no valor da coisa no ano anterior ao da morte; (ii) havendo fraude, a pena consiste no pagamento do valor do crédito; (iii) dano à coisa animada (exceto a morte) ou inanimada, pena consiste no valor da coisa trinta dias antes do fato danoso³⁷. Outra questão a ser ressaltada é que a *Lex Aquilia* não especificou os atos ilícitos e substituiu a fixação legal das penas por reparação pecuniária do dano ao valor real da coisa³⁸.

Alves conclui que o *damnum iniuria datum* possui três requisitos: (a) *iniuria* – ato contrário ao Direito (excetuando-se o ato lícito; legítima defesa ou estado de necessidade); (b) a culpa em *lato sensu*, abrangendo somente atos comissivos; (c) *damnum* – dano no corpo da coisa causado diretamente pelo ofensor (*corpore corpori*).

Com o decorrer do tempo, a *actio legis aquiliae* passou a ser utilizada de forma extensiva: além do proprietário da coisa, ao possuidor de boa-fé, ao usufrutuário, ao usuário,

³⁴ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Istituzioni di Diritto Romano**. Quattordicesima edizione riveduta. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1960. p. 373.

³⁵ GALLO, Paolo. **Pene private e responsabilità civile**. Milão: Guiuffrè, 1996. p. 41.

³⁶ KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Tradução Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 287-289.

³⁷ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. II. p. 278-281.

³⁸ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960. p. 24.

ao credor pignoratício, comodatário e ao locatário. No Direito de Justiniano, a sua aplicabilidade abrangeu-se a qualquer dano proporcionado por ato culposo, mantendo-se, entretanto, o caráter misto de ação penal (condenação no dobro do valor da coisa ou a diferença a maior obtida pela vítima decorrente da valorização da coisa no tempo anterior ao dano) e reipersecutória (valor atual da coisa)³⁹. Houve, assim, a prevalência da *Actio legis aquiliae* como instrumento reparatório romano geral, sendo o único remédio romano que afastava o dolo da análise de aplicação, sem, contudo, conceber o ato ilícito como figura autônoma (como ocorre na atualidade).

Como mencionado, somente no final da República tardia e na Idade Média⁴⁰ é que de fato ocorreu a distinção entre a pena e a reparação tendo em vista elaboração dos conceitos distintos de dolo e culpa *stricto sensu*. Tal distinção possibilitou um maior alcance das reparações e o início da separação entre responsabilidade civil e penal⁴¹. Melhor se esclarece. Ampliaram-se as situações de aplicabilidade da reparação do dano, pois se tornaram possíveis para os casos em que havia somente culpa *stricto sensu* (falta). Nesta situação, diante do prejuízo causado involuntariamente, o autor da lesão seria poupado do castigo, mas deveria reparar a vítima dos prejuízos sofridos.

Esta noção também se construiu em decorrência da ideia de justiça comutativa de São Tomás de Aquino (baseado nos ensinamentos de Aristóteles), afastando os significados de pecado, penitência e arrependimento, abolindo, assim, qualquer forma de enriquecimento, limitando-se a obrigação de ressarcimento ao dano efetivamente ocorrido através das ações *actio legis aquiliae*, reduzindo o seu caráter punitivo, e focando a reparação como restabelecimento de um desequilíbrio ou desigualdade nas relações⁴².

Verifica-se que o Direito Romano não distinguia responsabilidade civil e penal. No âmbito do delito privado, havendo o *delictum*, duas ações poderiam ser intentadas: as *actiones*

³⁹ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Istituzioni di Diritto Romano**. Quattordicesima edizione riveduta. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1960. p. 368 e 376.

⁴⁰ Com as invasões germânicas (Século V) introduziram costumes próprios à reparação, afastando qualquer caráter religioso e caracterizando-a compensação legal e castigo público ao mesmo tempo. Isso porque a compensação abrangia não só as multas/penalidades pré-estabelecidas, mas também a extensão do prejuízo, a condição social da vítima e a impossibilidade do uso do bem danificado (o que na atualidade, denominamos lucros cessantes). in CASILLO, João. **Dano à pessoa e a sua indenização**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1987. p. 36.

⁴¹ Para Gallo, este foi o momento da desvinculação da função punitiva da responsabilidade civil in GALLO, Paolo. **Pene private e responsabilità civile**. Milão: Guiuffrè, 1996. p. 43 - 45.

⁴² NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 27-28.

poenalis privatas, que consistiam na vingança privada fundamentada na Lei de Talião, portanto punitiva; e o restauro da situação de dano por meio das *actiones rem presequentes*. Esta sistematização foi segmentada em decorrência da dificuldade de uma regra uniforme para ações penais romanas, bem como durante o período medieval, com a consolidação da doutrina do enriquecimento sem causa que limitou a reação na obrigação de reparar o dano ocorrido – facilitando o regramento para a reparação do dano. Além dessas, outras circunstâncias históricas como a barbárie das penas romanas e a irrelevância do grau de culpa para a fixação da indenização, proporcionaram a separação da função reparatória e punitiva da responsabilidade civil, adquirindo esta última uma função secundária e derivada da primeira⁴³.

Lima conclui no mesmo sentido, asseverando que sem o surgimento da culpabilidade decorrente do *damnum iniuria datum*, o direito tratava-se de uma reação violenta “(...) para alcançar tão somente a satisfação do dano e inflingir um castigo ao autor do ato lesivo”. Portanto,

“a pena e a reparação se confundem; responsabilidade penal e civil não se distinguem. A evolução operou-se, conseqüentemente, no sentido de se introduzir um elemento subjetivo da culpa e diferenciar a responsabilidade civil da penal”. Assim, “a função da pena transformou-se, tendo por fim indenizar, como nas ações reipersecutórias, embora o modo de calcular a pena ainda fosse inspirado na função primitiva de vingança; o caráter penal da ação da lei Aquília, no direito clássico, não passa de uma sobrevivência.”⁴⁴

Seguindo este mesmo entendimento, Lourenço observa que as ações penais (*actiones poenalis privatas*) tornaram-se puramente punitivas, enquanto que as *ações penais mistas* possuíam, preponderantemente, um caráter duplo de reparação do dano e punição do autor do delito (sendo que, estas últimas, converteram-se em *actiones reipersecutorie* no Direito pós-clássico). Isso porque houve uma “(...) gradual substituição do sistema de vingança privada (no qual abundavam as penas de morte e corporais) pela satisfação do lesado, através do pagamento de penas pecuniárias que reparassem o dano, e punissem o lesante”⁴⁵.

Ainda sobre o aspecto da indenização, Kaser observa que

“aos romanos é estranho tanto o conceito geral da indemnização de prejuízos como o dever geral de indemnizar. Conhecem apenas casos particulares de danos, diversamente apreciados, cujas conseqüências jurídicas, em regra, visam à compensação do prejuízo, mas nem sempre de modo que a prestação a realizar se limite ao dano individual sofrido pelo lesado”. Além disso, em “(...) Roma, em todo o âmbito de aplicação do processo formulário, rege o princípio da

43 GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 12 e ss.

44 LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960. p. 28.

45 LOURENÇO, Paula Meira. **A função da responsabilidade civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 52-57.

‘condemnatio pecuniaria’, segundo o qual toda a condenação na prestação tem de ser expressa numa certa quantia em dinheiro. Este conceito explica-se historicamente por a prestação, originariamente, ser desvinculada da responsabilidade, querendo preservar o devedor dos rigores da execução pessoal. Pela fixação da quantia de desvinculação, quem satisfizer essa quantia pode libertar o responsável. Com a condenação em dinheiro – só com esta, não antes – a obrigação que primariamente visava uma qualquer prestação transforma-se numa dívida em dinheiro. Esta prestação secundária em dinheiro não ocupa, como hoje, o lugar da prestação primária só quando esta se tornou impossível, mas mesmo quando ela continua possível e desejada pelo credor. Neste sentido, as prestações secundárias em dinheiro diferem de uma verdadeira indemnização do dano”⁴⁶.

Novo progresso ocorreu com Domat e Pothier, consolidando, definitivamente, como pressuposto da responsabilidade civil a ocorrência do prejuízo, e a existência de culpa *lato sensu*. Este posicionamento inspirou o Código Civil francês (“*Art. 1.382. Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*”) e foi difundido para todos os países de Direito Romano-germânico⁴⁷. Todavia, os problemas enfrentados pelo enfoque da culpa como pressuposto da responsabilidade civil foram: (i) a ausência de culpa nos casos e responsabilidade por fato de animais ou coisas, sendo necessária a introdução da figura da presunção de culpa para esses casos; e (ii) a dificuldade em caracterizar o comportamento culposo, utilizando-se do critério resgatado da *Lex Aquilia* de que a conduta culposa é aquela que não está adequada ao bom pai de família⁴⁸.

Na atualidade, o fundamento da responsabilidade civil é o dano podendo haver a culpa em provocar o dano e o risco de proporcionar dano (sem qualquer culpa – quem se aproveita dos riscos deve arcar com suas consequências). A esta última forma de responsabilização denominou-se responsabilidade objetiva, por ser definida de forma objetiva (constatação do risco) e a primeira de responsabilidade subjetiva ou aquiliana, já que intrinsecamente relacionada com a culpa do ofensor (as quais serão analisadas em capítulos adiante). Neste estágio, a responsabilidade civil mudou o seu foco, abandonando a preocupação com o ofensor do ato ilícito e sua conduta, passando à preocupação com os danos proporcionados e a

⁴⁶ KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Tradução Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 209. “*No PROCESSO COGNITÓRIO já não vigora o princípio da ‘condemnatio pecuniaria’, a sentença pode condenar noutras prestações que não em dinheiro e obtidas imediatamente por via executiva. A desvalorização monetária nos séculos PÓS-CLÁSSICOS determina que se estabeleçam prestações em alternativa com certas prestações em dinheiro ou em lugar destas (p. ex., nas indemnizações ou multas, devendo entregar em vez de um escravo que já não existe um outro equivalente – ou dois, como multa por delito). Em contrapartida, JUSTINIANO, atém-se geralmente à regra (ainda hoje vigente) de que se condene e execute a prestação natural ainda possível apenas quando ela for primariamente devida*”.

⁴⁷ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960. p. 29.

⁴⁸ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 16-17.

vítima, tornando-se “*mais importante a indenização dos prejuízos do que a reação social à conduta ilícita do autor do dano*”⁴⁹.

1.2. Responsabilidade civil no Direito Anglo-saxão

Denominado no inglês de *common law*, o Direito Anglo-saxão tem origem na Inglaterra. Constitui um Direito fundado pelas decisões dos Tribunais, afastando-se, no que for possível, o Direito positivado e codificado (típico do *civil law*, denominação do Direito Romano-germânico). Trata-se de um Direito tipicamente costumeiro e hoje aplicado, além da Inglaterra e Reino Unido, também nos Estados Unidos da América do Norte, Canadá, Austrália e Nova Zelândia.

O Direito Romano somente influenciou o Direito Anglo-saxão em poucos institutos periféricos considerando o isolamento físico da Inglaterra com o restante da Europa, bem como a ausência das Universidades, que de uma forma ou outra viabilizaram a sistematização e lógica do Direito e a sua análise de forma abstrata. A formação de um Direito comum (*common law*) ocorreu entre os séculos XI ao XV (1066 – 1485) quando houve a centralização do poder em torno do soberano que ditava as regras aos seus senhores feudais de toda a Inglaterra, porém emanado exclusivamente pelos Tribunais de *Westminster*⁵⁰.

O sistema anglo-saxão possui uma divisão dual estanque da responsabilidade civil: a derivada dos contratos (*contracts*), que busca tutelar os compromissos firmados voluntariamente pelas partes; e dos atos ilícitos (*torts*), visando

“(...) *proteger interesses pessoais e/ou sociais, estabelecendo a(s) pessoa(s), vítima(s) de determinado prejuízo, ao status quo ante (...)*”, bem como “(...) *punir o responsável (pessoa física ou jurídica) pela prática do dano causado a essa vítima e dissuadir este e a sociedade em geral de praticar semelhante conduta (...)*”⁵¹.

⁴⁹PÜSCHEL, Flávia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no Direito Civil brasileiro: uma proposta de investigação empírica. **Revista de Direito GV**. jul. – dez 2007. v3. nº 21. p. 21.

⁵⁰ MARKESINIS, Basil S.. Civil responsibility for harmful conduct: the anglo-american perspective. In: VACCA, Letizia (a cura di). **La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatista**. Torino: G. Giappichelli, 1993 *apud* ULIAN, Eduardo. **Responsabilidade civil punitiva**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003. p. 21.

⁵¹ VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages do direito comparado e brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 47.

Assim, os pleitos que buscam remédios para um litígio decorrente do *Tort*⁵² (delito civil) ocorrem através dos *writs* que, na esteira do Direito Romano, tratavam-se de fórmulas pré-estabelecidas. O *Tort* fundamenta-se tão somente na violação do Direito havendo ou não o elemento dano. Nestes casos, cada tipo de *Tort* é especificado em delitos civis particulares. Sendo concedido o *writ*, um júri composto por leigos toma a decisão sobre o requerido. Este procedimento secular sobrevive no Direito inglês e norte-americano para as demandas de responsabilidade civil onde o julgamento, pelo júri, da indenização sempre deve ser em pecúnia⁵³.

Em síntese, o sistema de reparação de danos do Direito Anglo-saxão, por ser um Direito Consuetudinário, possui três teorias que podem fundamentar o dever responsabilização: 1ª Teoria - a intenção de causar o dano (*intentional torts*); 2ª Teoria - ter o agente realizado um ilícito (*wrong* ou *fault* ou *negligence*); 3ª Teoria - a responsabilidade absoluta (*strict liability*)⁵⁴. Os danos que são indenizáveis neste sistema são⁵⁵:

- (i) *nominal damages*, quando não há dano, mas há a conduta ilícita e culpável, atribuindo-se um determinado valor pecuniário para pagamento do ofensor para que não ocorra impunidade.
- (ii) *compensatory damages*, há danos patrimoniais (dano econômico) ou extrapatrimoniais (dano não-econômico), atribuindo-se um determinado valor pecuniário para o lesado com a finalidade de reparação ou compensação do dano.
- (iii) *aggravated damages*, consiste no aumento da indenização pecuniária caso o prejuízo do lesado tenha se agravado.
- (iv) *punitive damages* ou *exemplary damages*, são valores pecuniários atribuídos junto à indenização com a finalidade de punir a conduta do lesado que, normalmente, proporcionam danos irreparáveis.

⁵² Importante notar que a denominação *tort* designando delitos civis de forma ampla passa a ser utilizada nos julgados somente no século XVIII. in LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960. p. 32-36.

⁵³ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law: introdução ao direito dos E.U.A.** . 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 32-35 *apud* ULIAN, Eduardo. **Responsabilidade civil punitiva**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003. p. 22-23.

⁵⁴ KEMPIN JR., Frederick G. **Historical introduction to Anglo-American Law** – in a nut shell. Second Edition. St. Paul, Minn.: West Publishing. 1973. p.163-164.

⁵⁵ MALUF, Renata Chade Cattini. **O aspecto punitivo da reparação do dano moral**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2004. p. 125-127.

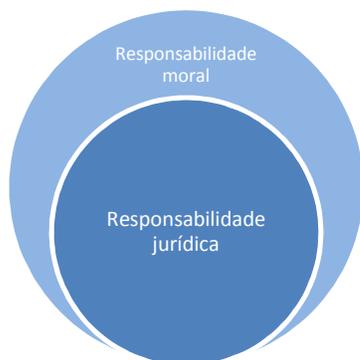
1.3. Responsabilidade moral e jurídica

Após a breve análise da responsabilidade civil nos Direitos Romano-germânico e anglo-saxão, nada mais pertinente que diferenciar a responsabilidade moral da jurídica, para assim, afastar quaisquer conceitos alienígenas ao sistema jurídico que podem a ele confundir-se. A responsabilidade moral pertence à consciência de cada pessoa e está alheia às regras sociais e do Direito. Normalmente, a responsabilidade moral é constituída com a religião ou crença seguida pelo indivíduo ou pela própria educação recebida da família. O exemplo mais cotidiano da responsabilidade moral é a “dor” ou “culpa moral” em descumprir compromissos perante Deus ou sua consciência.

Os irmãos Mazeaud entendem que a responsabilidade moral está fundada no pecado, tratando-se, portanto, de uma questão puramente subjetiva, pois necessária a análise do estado de ânimo do agente. Assim,

“du moment qu’il y a péché, action mauvaise, il y a responsabilité morale. Peu importe que cette action n’ait eu aucune conséquence, qu’elle n’ait cause aucun préjudice, ou que le préjudice, s’il y en a un, soit subi par l’auteur de l’acte; la responsabilité morale existe indépendamment de son résultat: une simple pensée peut constituer un péché.”⁵⁶

Por outro lado, certamente menos abrangente que a responsabilidade moral, a responsabilidade jurídica pertence à seara do Direito, estando, segundo Ascensão, concêntrica à responsabilidade moral⁵⁷ e se caracteriza quando ocorrido uma infração da norma jurídica civil ou penal e esta tenha causado danos, respectivamente, ao indivíduo e à coletividade.



⁵⁶ MAZEAUD, Henri e MAZEAUD Leon. **Traité Théorique et pratique de la responsabilité civile**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947. v. I. p. 4.

⁵⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito** – Introdução e Teoria Geral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978. p. 73-76.

Ainda citando os Mazeaud,

“les règles juridiques n’ont pour but que d’assurer l’harmonie nécessaire au libre développement des rapports des individus. Il ne saurait donc y avoir responsabilité juridique sans un dommage; ce qui se passe seulement à l’intérieur d’une conscience appartient uniquement à la morale.”

Para Dias, *“a finalidade da regra jurídica se esgota com manter a paz social, e esta só é atingida quando a violação se traduz em prejuízo”*. Afirma que a responsabilidade moral em muito sustenta a responsabilidade jurídica, pois seria duvidoso haver uma regra jurídica contrária à moral. E, embasado no entendimento de G. Maton, afirma que *“a concepção social é o corretivo da concepção individual da responsabilidade moral”*. Inclusive, Dias ressalta que a responsabilidade moral e a jurídica podem convergir, ou seja, que um mesmo ato possa ser caracterizado sob os dois títulos simultaneamente⁵⁸.

Pode-se inclusive dizer que a responsabilidade moral constitui a responsabilidade jurídica, pois normas morais e normas jurídicas possuem uma base ética comum, que, porém, não se confundem. A norma moral relaciona-se com o elemento volitivo interno da ação humana, enquanto que a norma jurídica é sua ação externa⁵⁹. Em sentido muito próximo, para Ripert, não há diferença de domínio, de natureza e de fim entre a norma moral e a jurídica. Há somente uma diferença de caráter:

“a regra moral torna-se regra jurídica graças a uma injunção mais enérgica e a uma sanção exterior necessária para o fim a atingir”, qual seja, a justiça. *“Encarna-se e precisa-se pela elaboração técnica da regra jurídica. Quando esta regra foi assim dada e sancionada pelo legislador, separa-se da regra moral que lhe serve de fundamento, no sentido em que o direito intensificando-se com a ordem jurídica estabelecida, basta-se a si próprio; dita a regra e aplicação a sanção; contentam-se com a obediência à lei sem pedir contas dos motivos dessa obediência”*.⁶⁰

Há também o posicionamento da coercibilidade – no sentido de exigibilidade e imperatividade - fundamentando a distinção de norma jurídica e norma moral. A norma moral, portanto, não possuiria qualquer forma de coação, diferentemente da jurídica. Entende-se que esta regra não é verdadeira, uma vez que é possível haver a coação na norma moral como, por exemplo, para acolhimento em uma comunidade ou grupo (inclusive, valendo-se de atos físicos como acoites, jejuns, corte do cabelo, cilício, mutilações). Já norma jurídica nem

⁵⁸DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 6-8.

⁵⁹RUGGIERO, Roberto. **Instituições de Direito Civil**. Tradutor Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1957. v. 1. p. 28.

⁶⁰RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Tradução de Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2002. p. 27

sempre é seguida de coação, uma vez que há normas jurídicas que não são exigíveis. Segundo Ascensão, o que de fato caracteriza a norma ser jurídica é o “valer” da ordem jurídica⁶¹.

1.3.1. Responsabilidade jurídica: responsabilidade civil e penal

Em análise anterior, constatou-se que o Direito Romano desconhecia a divisão entre responsabilidade civil e penal, consistindo em um mesmo fenômeno a repreensão e a reparação. A responsabilidade jurídica iniciou o processo de fragmentação dos conceitos no século XVI, consagrando-se a divisão responsabilidade civil e penal com o Código Francês Napoleônico, por diferenciar interesses de ordem pública (Direito Penal) e de ordem privada (Direito Civil)⁶².

Sob a perspectiva penal, o dano ocorre para com a ordem social e a forma do restabelecimento do equilíbrio social encontra-se na punição do ofensor com o cumprimento das penas específicas da lei. No Brasil, tais penas consistem na privação da liberdade, na restrição de direitos (penas alternativas, como, por exemplo, pagamentos de valores ou trabalhos assistenciais de caráter beneficente) e multa pecuniária⁶³. Importante ressaltar que a responsabilidade penal tem como fonte a infração à lei que previamente dispõe a respectiva pena, atendendo o princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*. Isso porque, para reequilibrar a balança da ordem social afetada pelo *dano social*⁶⁴, não é possível o restabelecimento da situação anterior à violação do direito, mas tão somente a repreensão do ofensor como forma de restabelecimento do equilíbrio social, sem qualquer reparação ao lesado.

⁶¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito** – Introdução e Teoria Geral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1978. p. 73-76.

⁶² “(...) XVI^e siècle, qu’interprétant désormais la loi Aquilia em s’inspirant des idées des canonistes, nos anciens auteurs ont nettement dégagé la distinction de l’époque moderne, em faisant valoir qu’à cote de l’action publique intée au nom du Roi et tendant à la punition du coupable, la victime du dommage avait droit à réparation ‘de toute lés pertes et de tout les dommages’”. in TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. **Droit civil**. Les obligations. 6^e édition. Paris: Dalloz, 1996. p. 538.

⁶³ Artigo 32 do Código Penal brasileiro.

⁶⁴ Denominação utilizada em DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11^a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 10.

Além disso, também é requisito para a aplicabilidade da responsabilidade penal a conduta culposa do ofensor. Caso a lesão não seja subjetivamente imputada ao ofensor (como nos casos de insanidade ou inconsciência) não poderá ser aplicada a pena correspondente à infração legal. Em definição rigorosa sobre a responsabilidade penal, Dias expressa que

“(…) consiste na declaração, pronunciada pelo órgão jurisdicional estatal, de que em determinado indivíduo se verificam, em concreto, as condições de imputabilidade pela lei genericamente requeridas, e de que ele, se é imputável, é obrigado efetivamente a sofrer as conseqüências de um fato, como seu autor. A imputabilidade, uma vez afirmada em forma de acusação concreta, é a imputação declarada como efetiva e real, constitui a responsabilidade”⁶⁵.

Já a responsabilidade civil⁶⁶ pressupõe a ocorrência do dano privado à particular, terceiro, ou Estado e busca restabelecer o *status quo ante damnum* ou, na sua impossibilidade, o pagamento de determinado valor em pecúnia a título de compensação, independentemente da subjetividade do ofensor (culpa ou dolo), sendo inclusive possível a responsabilidade sem culpa. Não há a necessidade da disposição legal da infração cometida pelo ofensor para a sua responsabilização civil, por não se tratar de pena, e, essencialmente, não se cogita em averiguar se o dano ocorrido ao particular proporcionou ameaça ou dano para a ordem social, pois a responsabilidade civil está voltada para a observação das relações privadas.

Apesar de considerar a culpa *lato sensu* como pressuposto da responsabilidade civil, em sentido próximo os Mazeaud afirmam que

“(…) il importe peu que l'acte qui a causé un dommage à un particulier ne menace pas l'ordre social, mais il n'y a jamais à rechercher si l'auteur de cet acte est ou non coupable, est ou non moralement responsable; celui auquel sa conscience ne reproche rien pourra être contraint à réparer le dommage qu'il causé; il pourra être déclaré civilement responsable de son acte. Il ne s'agit plus que d'établir un lien de droit, un rapport d'obligation entre deux personnes, de faire de l'une un créancier, de l'autre un débiteur. Il en résulte que, logiquement, le montant des dommages-intérêts accordés à la victime doit être absolument indépendant de la gravité de l'acte accompli.”⁶⁷

Pereira diferencia tais responsabilidades expressando que o *sentimento social* é tutelado pelo Direito Penal, uma vez que somente a punição do infrator proporciona uma satisfação social. Já o *sentimento humano* é assegurado pelo Direito Civil, pois necessária a reparação do

⁶⁵DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 10.

⁶⁶Maria Helena Diniz afirma que a responsabilidade civil é a prova da “*unidade jurídica quanto aos institutos basilares*”, pois há uma raiz única para os princípios, fundamento e regime jurídico, pertencendo a responsabilidade civil à Teoria Geral do Direito, apesar da necessidade de adaptação das especificidades dos ramos público e privado – in DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 7. p.4.

⁶⁷ MAZEAUD, Henri e MAZEAUD Leon. **Traité Théorique et pratique de la responsabilité civile**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947. v. I. p. 7.

dano proporcionado à vítima que não se contentaria com a punição social do ofensor. Entretanto, o Autor conclui que “*na responsabilidade civil estará presente uma finalidade punitiva ao infrator aliada a uma necessidade que eu designo como pedagógica, a que não é estranha a idéia de garantia para a vítima, e de solidariedade que a sociedade humana deve-lhe prestar*”⁶⁸.

Terré, Simler, e Lequette afirmam que, no Direito contemporâneo francês, as responsabilidades civil e penal diferenciam-se em várias perspectivas⁶⁹:

(i) pelos domínios. Um mesmo fato pode não decorrer responsabilidade civil e penal ao mesmo tempo (como por exemplo, o porte de arma proibida e a mendicância). O domínio da responsabilidade civil é bastante maior que o da responsabilidade penal, que pode reprimir os casos de comportamentos perigosos para sociedade e os previamente estabelecidos pela lei.

(ii) pelas funções. Na responsabilidade penal a função é de eliminar certas condutas ou ainda a função de readaptação. Já a responsabilidade civil possui a função de reparar o dano causado, o que no âmbito penal seria de menor importância. Não obstante, tanto a sanção penal como a sanção civil correspondem a um duplo desejo de punição e de intimidação ou de dissuasão.

(iii) pelos meios jurídicos de demanda. No caso da responsabilidade penal, há uma ação pública em jurisdições competentes para a execução da repressão. Enquanto que a responsabilidade civil ocorre por meio de uma ação civil para obtenção de reparação, a qual pode ser proposta diante a jurisdição repressiva se já houver uma ação pública.

(iv) pelos modos de fixação das sanções. A sanção penal é valorada proporcionalmente a culpabilidade do infrator. A sanção civil consiste na reparação integral do dano e, segundo o grau de gravidade da culpa, pode ser somente reduzida.

Em apertada síntese, diz-se que ambos os tipos de responsabilidade possuem a mesma fundamentação, qual seja, a ocorrência do dano. Entretanto, possuem enfoques diferentes quanto à reação: no Direito Penal há a preponderância da punição do criminoso; no Direito Civil, a reparação dos danos ou a sua compensação. Miranda assevera, ao distinguir o Direito Civil do Direito Penal, que “*a distinção entre delito (civil) e crime devia ser apenas ‘nas*

⁶⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 2ª Ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 15-17.

⁶⁹ TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. **Droit civil**. Les obligations. 6^e édition. Paris: Dalloz, 1996. p. 539.

consequências', nas medidas; e não na extensão do interesse social". O Autor ainda observa que no caso de *delitos civis* não há somente a consequência da indenização, mas também diversas outras formas, como, por exemplo, a ingratidão do donatário revoga a doação e a perda dos bens daquele que os sonegou da herança⁷⁰.

Ressalta-se que a ocorrência de um dano em uma relação entre indivíduos (âmbito privado) proporciona um desequilíbrio, por menor que o seja, para a ordem social (âmbito público). Admitir o contrário seria afirmar que indivíduos e sociedade são elementos estanques. Miranda também assume este viés ao afirmar que

“o homem que causa dano a outrem, não prejudica somente a este, mas à ordem social; a reparação para o ofendido não adapta o culpado à vida social, nem lhe corrige o defeito da adaptação. O que faz é consolar o prejudicado, com a prestação do equivalente, ou, o que é mais preciso e exato, com a expectativa jurídica da reparação”⁷¹.

Concordando com este entendimento, Dias⁷² ressalta a necessidade de se esclarecer que este posicionamento não está situado no âmbito privado, e sim no da repercussão social, tal como vulgarmente dito na comoção da sociedade. Assim, quanto à reparação do dano, deveria ocorrer de forma distinta quando se tratar de reestruturação da ordem social, ocorrendo a punição por meio da responsabilidade penal (Direito Penal) e quando atingir diretamente os particulares, haveria a reparação do lesado sustentada pela responsabilidade civil (Direito Civil). Defende que seria necessária a divisão das responsabilidades em civil e penal, para atender a sociedade como um todo, bem como as violações amparadas pela responsabilidade penal seriam solicitadoras de medidas mais exigentes para o restabelecimento da ordem social, posto que impõem sanção de coação pessoal, e por isso assume caráter subsidiário à responsabilização civil que impõe sanção de coação patrimonial.

Não se pode olvidar que a legislação brasileira impõe o princípio da independência da responsabilidade civil e penal, pelo artigo 935 do Código Civil. Isso significa dizer que mesmo sem a condenação da responsabilidade penal, a mesma pessoa poderá ser condenada sob a perspectiva da responsabilidade civil. Entretanto, a condenação de responsabilização penal implica em necessária condenação sob a órbita da responsabilidade civil, posto que a primeira apura a culpa *lato sensu* do ofensor. Também não há a possibilidade de pleitear a

⁷⁰ MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi. 1966. n° 53. p. 33.

⁷¹ MIRANDA, Pontes. *apud* DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 11.

⁷² DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 11-14.

responsabilidade civil no âmbito penal, exceto de forma parcial através das penas alternativas que possibilitam a condenação do infrator em determinado valor pecuniário, alternativamente à pena privativa de liberdade, sem excluir a possibilidade de indenização suplementar em juízo cível posteriormente.

2. Pressupostos da responsabilidade civil

Pelo desenvolvimento do capítulo anterior, constata-se que a responsabilidade civil consiste, por força do princípio de não causar dano a ninguém (*neminem laedere*), no mecanismo de restabelecimento do *status quo ante damnum*. Singelamente, diz-se que a responsabilidade civil é a “(...) obrigação imposta a uma pessoa de reparar os danos causados a outra (...)”⁷³. Como visto, este conceito está sedimentado nos países de base no Direito Romano-germânico.

Todavia, não é pacífica a sistematização dos pressupostos da responsabilidade civil⁷⁴. A maioria dos Autores admite variados pressupostos. Observando-se cada forma de enfrentamento, preferiu-se utilizar a sistematização realizada por Diniz⁷⁵, por ser de desenvolvimento linear e abranger as espécies de responsabilidade, bem como reduzir as exceções, principalmente quanto à responsabilidade decorrente de ato lícito e abuso de direito e a responsabilidade objetiva. Assim, analisar-se-ão em sequência, de forma a encadear o desenvolvimento da dissertação, os pressupostos *ação*, *dano* e *nexo causal*, sem qualquer pretensão de esgotar os títulos, mas tão somente conferir ampla visão da atual sistemática da responsabilidade civil.

2.1. Da ação

⁷³ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 2.

⁷⁴ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 53 e ss.

⁷⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Capítulo 2. v. 7. p. 41-116.

Diante das justificativas preambulares, pode-se afirmar que o fato gerador da responsabilidade civil trata-se do “(...) *ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado*”⁷⁶, quais sejam, a reparação ou compensação do dano. A presente definição é bastante elucidativa, sendo suficiente o desenvolvimento dos conceitos que a compõe.

Inicialmente pode-se notar uma simples divisão de ações decorrente do ser humano e de fato animal (situações proporcionadas por animais) ou coisa inanimada (ou seja, qualquer tipo de objeto), sendo que, quaisquer das ações deverão sempre proporcionar um dano, para gerar a responsabilidade civil.

Às ações *decorrentes de fato animal* ou de *coisa inanimada* serão seus proprietários imputados pelos danos que proporcionarem, ou a terceira pessoa a quem o proprietário conferiu a posse ou guarda, já que passam a assumir a responsabilidade pelo bem.

Quanto às *ações humanas* considerando ser esta ilícita, compreende-se que a conduta comissiva ou omissiva violou previsão legal ou contratual e proporcionou dano (a exemplificar: aquele que compra algo deve pagar. O não pagamento pelo algo recebido implica em violação da regra estabelecida pelo contrato e consequente responsabilização pelos danos causados). Situação semelhante ocorre com a ação humana lícita. Todavia, a legislação ou o contrato farão a previsão das circunstâncias de responsabilização pelo dano decorrente da prática da ação lícita (exemplifica-se com os casos de abuso de direito, em que uma pessoa pratica uma ação lícita prevista pela lei, mas que o abuso do uso dessa ação lícita proporciona um dano que é de sua responsabilidade).

Em ambos os casos, o agente poderá ter agido com ou sem intenção (vontade) de lesar outrem, ou seja, proporcionar dano. O elemento que estuda as intenções do agente (subjetividade da ação) é denominado genericamente culpa, ou culpa *lato sensu*. Havendo a intenção de provocar dano pela violação do dever jurídico, há o que se denomina dolo. Nas demais circunstâncias, em que não se há a intenção de causar o dano, como a imperícia (falta de habilidade ou inaptidão), a imprudência (ausência da cautela esperada) e a negligência

⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Capítulo 2. v. 7. p. 43-44.

(inobservância de regras que se deveria saber ou realizar) denomina-se culpa *stricto sensu*. Note-se que sempre haverá a reparação integral ou compensação do dano, independentemente de culpa *stricto sensu* ou dolo como forma de assegurar o princípio do *restitutium in integrum*.

Ao praticar a ação humana, o agente deve ter possibilidade de conhecer e de observar os seus direitos e deveres, pois sem discernimento e sem a livre vontade dos seus atos (havendo vícios, por exemplo), não poderá assumi-los e responsabilizar-se. Esta análise denomina-se imputabilidade que será observada de forma objetiva (direta), podendo ser afastada mediante prova da inimputabilidade (como a demência ou estado grave de desequilíbrio mental; menores de 18 anos), a qual descaracterizará a ação e, conseqüentemente, não incidirá a responsabilidade civil.

Importante, neste momento frisar que a culpa, por ser o elemento divisor das responsabilidades civil e penal, sempre esteve arraigada ao instituto, inclusive sendo considerada como pressuposto da responsabilidade civil. Neste sentido, Tunc justifica a culpa como critério da responsabilidade civil por acarretar um valor moral de exigência de justiça que, conseqüentemente, passa a cumprir um valor social: obriga à sociedade a comportar-se adequadamente, correspondendo a um *valor educativo*. Gomes, interpretando Tunc, afirma que a culpa

“desempenha valor social, pois a culpa, como critério de responsabilidade, é muitas vezes considerada também como uma exigência da vida social. É exatamente porque estamos obrigados a reparar o prejuízo causado que nos leva a nos comportarmos como um bom cidadão, que reconhece o exercício do direito igual dos semelhantes ao exercício de sua liberdade. Exerce, por isso, valor educativo”⁷⁷.

Mas o próprio Tunc admite que, na atualidade, vem-se rompendo este paradigma, afastando a culpa dos pressupostos da responsabilidade e criando-se responsabilidades previamente definidas pelo legislador ou pelo juiz⁷⁸.

Isso porque, por necessidade pragmática, consequência da industrialização e do surgimento das relações de consumo em massa, verificaram-se situações em que a ação é

⁷⁷ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 27.

⁷⁸ O autor afirma que a culpa deve ser um critério da responsabilidade civil, uma vez que representa: (i) *force logique* (quem provoca o dano deve repará-lo); (ii) *valeur morale* (significado de justiça trazido culturalmente); (iii) *valeur sociale* (equilíbrio da vida social); (iv) *valeur éducative* (capacidade de se comportar social ou anti-socialmente e a possibilidade de escolher entre o bem e o mal – *Selon ses décisions et son comportement, le droit l'absout de tout responsabilité ou Il impose une sanction civile*). TUNC, André. **La responsabilité civile**. 2ª Ed. Paris: Economica, 1989. Capítulo III, p. 97-131.

praticada lícitamente, entretanto, há a ocorrência do dano. Nesses casos, a lei ou a atividade de risco normalmente exercida pelo agente passaram a configurar a incidência da responsabilidade civil. Percebe-se que o agente possui intenção de praticar a ação lícita e sem querer proporcionar danos, porém está também disposto a assumir o risco do seu advento – trata-se da famigerada responsabilidade sem culpa ou responsabilidade objetiva que será mais bem analisada quando das espécies da responsabilidade civil.

Mesmo com as considerações anteriores, entende-se pertinente o estudo da culpa, não a caracterizando como pressuposto, pois a evolução do instituto da responsabilidade civil está totalmente a ela atrelada por inúmeras circunstâncias: por ser a imputabilidade da lesão fundada na culpa é regra geral da responsabilidade civil (como será visto adiante); pela existência da culpa quando possível o direito de regresso (inclusive na responsabilidade objetiva); por ser considerada, em algumas circunstâncias, culpa presumida (como nos danos extrapatrimoniais e nos danos decorrentes de fatos de animais ou coisas); para sistematizar as espécies de responsabilidade; para servir de parâmetro para a redução da indenização quando houver desproporção entre o dano e a gravidade da culpa (parágrafo único do artigo 944 do Código Civil)⁷⁹; e principalmente, porque, através do apurado estudo da culpa, permitiu-se desenvolver e implementar a responsabilidade independente da prova da culpa por uma demanda decorrente do exponencial aumento das relações comerciais e produtivas.

Para concluir este tópico, verifica-se que a definição de ação remete a atos do agente ou de terceiros. Há casos em que a lei prevê que determinados agentes assumirão a responsabilidade de terceiros por decorrência de vínculo legal. Assim, quando o próprio agente é responsabilizado pela ação, diz-se que a responsabilidade é direta, e quando terceiro é responsabilizado, há a responsabilidade indireta.

2.2. Do dano

⁷⁹ Notar que a intenção do legislador foi promover a justiça social, mesmo que o lesado permanecesse sem a reparação do dano a ele assegurada pela Constituição Federal pelo artigo 5º, X, podendo assim ser alegada a inconstitucionalidade do dispositivo civil.

Instintivamente é possível verificar que o pressuposto indiscutível da responsabilidade civil é a existência do dano, pouco importando se ele é atual ou futuro. É expressão de Cavalieri Filho: “O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano.”⁸⁰

Também é o dano que fundamenta as distinções de responsabilidade moral e responsabilidade penal.

*“La morale frappé le péché, sans se préoccuper de savoir s’il a ou non un résultat. Le droit penal va moins loin; par qu’il y ait responsabilité pénale, Il faut au moins que la pensée se soit extériorisée, qu’elle se soit traduite dans le domaine des faits, qu’il y ait eu ce qu’on appelle un commencement d’exécution”*⁸¹.

Como visto, na responsabilidade civil é necessária a ação (comissiva ou omissiva) e, de fato, a ocorrência do dano, uma vez que sua essência é o *restitutio in integrum*. Mas o dano não só se limita à caracterização da responsabilidade civil. Segundo Viney, trata-se também de parâmetro para a medição da reparação, como reflexo do princípio da reparação integral dos danos⁸².

Seguindo esta mesma orientação, o Código Civil brasileiro prevê o dano não só como pressuposto da responsabilidade civil, mas também como parâmetro de quantificação da reparação:

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. Artigo 927 (caput) - Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Artigo 944 (caput) - A indenização mede-se pela extensão do dano.

Consequentemente, não se pode pleitear a reparação se o dano for hipotético ou eventual. É preciso que ele seja atual (dano existiu ou existente no momento da ação de responsabilidade)⁸³; certo⁸⁴ e subsistente (dano não pode ter sido reparado anteriormente⁸⁵).

⁸⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2ª Ed., 3ª tir., rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p.70.

⁸¹ MAZEAUD, Henri e MAZEAUD Leon. **Traité Théorique et pratique de la responsabilité civile**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947. v. I. p. 229-230.

⁸²VINEY, Geneviève. **Traité de Droit Civil**. Les obligations. Responsabilité civile. N° 247. *apud* PEREIRA. Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 2ª Ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 44. No mesmo sentido, CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2ª Ed., 3ª tir., rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 71.

⁸³ Sobre o dano ser atual, Pereira ressalta que é admitida por parte da doutrina a reparação de dano futuro desde que previsível e certo o desenvolvimento dos fatos que irão proporcioná-lo, sendo somente incerta sua

Assim, aquele que pleiteia a reparação de um dano incerto não poderá ser atendido pela Justiça, devendo o requerido ser absolvido da demanda, já que o requerente não terá provado o dano⁸⁶. O mesmo ocorre nos casos em que houve intenção em praticar a ação danosa, sem que ocorra, contudo, qualquer dano: neste caso, nenhuma indenização será devida, pois não há o que ser reparado. Se houvesse algum tipo de condenação indenizatória, esta proporcionaria o enriquecimento do suposto lesado⁸⁷.

Dias, utilizando-se dos ensinamentos de Fischer, demonstra que há duas perspectivas de análise do dano. Uma que considera “(...) dano tão somente a repercussão prejudicial imediata de um dado fato ou, ao contrário, o prejuízo consumado e definitivo, última consequência de cadeia casual”, optando o Autor pela última – um prejuízo consumado – pois a primeira perspectiva não proporcionaria certeza do dano⁸⁸.

Ressalta-se que nas circunstâncias em que não há o dano, o Direito de base romano-germânica soluciona a violação do dever jurídico ou da ocorrência de ato ilícito através do instituto do enriquecimento sem causa, o qual se diferencia da responsabilidade civil. No

quantificação. *in* PEREIRA. Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 2ª Ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 45

⁸⁴ Há a exceção formulada pela jurisprudência, denominada de “perda de uma chance”, que consiste na possibilidade de reparação pela chance perdida, segundo um critério de probabilidade que verifique uma oportunidade factível. *in* SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de Direito Civil**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. p. 235- 256. Importante ressaltar que nos casos de dano em *richochete* ou danos reflexos (quando terceiro também sofre os efeitos reflexos de um dano causado à vítima – a exemplificar pai, que presta alimentos ao filho, falece em decorrência de acidente de trânsito.) o dano é certo, e, portanto, reparável uma vez que a relação com o terceiro já era existente quando da ocorrência do dano, proporcionando efeitos em cadeia (reflexos). *in* PEREIRA. Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 2ª Ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 48-50.

⁸⁵ Exceção ao dano atômico. *in* PEREIRA. Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 2ª Ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 55-59.

⁸⁶ “*il danno deve essere concreto, materiale, non presunto. Ciò anche quando è impossibile determinarlo con precisione: la liquidazione equitativa del danno presuppone che questo, pur non essendo provato nel suo preciso ammontare, sai certo nella sua esistenza ontologica; se tale certezza non sussiste, è inibito al giudice di procedere ad una valutazione equitativa e deve essere applicato il principio: actore non probante, reus absolvitur*” *in* ALPA, Guido. **Responsabilità civile e danno**, Bologna, Il Mulino, 1991, p. 477. *apud* AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Estudos e pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p 35.

⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 20.386/RJ, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, j. 23/05/1994, DJ 27/06/1994, p. 16894. “*Processual civil. Ação ordinária visando o ressarcimento de prejuízos. Inexistência da comprovação efetiva do dano. Improcedência. Para viabilizar a procedência da ação de ressarcimento de prejuízos, a prova da existência do dano efetivamente configurado e pressuposto essencial e indispensável. Ainda mesmo que se comprove a violação de um dever jurídico, e que tenha existido culpa ou dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, desde que, dela, não tenha decorrido prejuízo. A satisfação, pela via judicial, de prejuízo inexistente, implicaria, em relação a parte adversa, em enriquecimento sem causa. O pressuposto da reparação civil esta, não só na configuração de conduta ‘contra jus’, mas, também, na prova efetiva dos ônus, já que se não repõe dano hipotético. Recurso improvido. Decisão por maioria de votos*”.

⁸⁸ O Autor também nota que não se pode levar regra ao extremo, sob pena de nunca ser indenizado se não se define um limite futuro da análise do dano. *In* DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 973-974.

Brasil, previsto pelos artigos 884 a 886 do Código Civil, o enriquecimento sem causa caracteriza-se, segundo a diferenciação dos institutos por Nanni, pelo “(...) *enriquecimento à custa de outrem, mas sem a necessidade de que essa vantagem obtida seja conseqüente de um ato ilícito e que provoque um dano*”, como ocorre na responsabilidade civil. A função do instituto do enriquecimento sem causa é proporcionar a *restituição* (ao empobrecido) da vantagem, obtida indevidamente, que enriqueceu o seu patrimônio com o patrimônio de outrem, o que, por vezes, pode representar os mesmos resultados que a responsabilidade civil (reposição do *status quo ante damnum*)⁸⁹.

Diferentemente do Direito Romano-germânico que é fundamentado na ocorrência do dano, no Direito Anglo-saxão a situação jurídica de ausência de dano e presença de violação legal ou conduta ilícita culpável é solucionada através da figura dos *nominal damages*.

Mas, em que consiste o dano? É possível verificar a utilização de outros vocábulos apresentados como sinônimos, a exemplificar a lesão e o prejuízo.

*“La expresión de ‘daño’ o de ‘prejuicio’ (‘Schädigung’) ha de entenderse en un sentido muy amplio. Comprende tanto los daños corporales o de la salud como los ataques a la propiedad u otros daños patrimoniales, p. ej., a virtud de la estafa o de la competencia ilícita”*⁹⁰.

Entretanto, por muitas vezes, é possível encontrar referências com significados diferentes. A confusão de vocábulos pode proporcionar maus julgamentos e entendimentos, sendo necessário o entendimento preciso para não acarretar interpretações errôneas. Como muito bem explica Azevedo, tais vocábulos (prejuízo e lesão) podem ser utilizados ora para “o ato que viola o bem juridicamente protegido, ora para significar o prejuízo resultante dessa violação”, ocorrendo a mesma problemática no Direito francês com as palavras *dommage* e *préjudice*. Soluciona a questão utilizando a nomenclatura *dano-evento*, para o ato que viola o bem juridicamente, e *dano-prejuízo*, para o prejuízo que resulta dessa violação⁹¹.

Tradicionalmente, os danos são de natureza patrimonial (também denominado de dano material), quando reduzem o patrimônio do lesado, e extrapatrimonial (também denominado dano moral ou dano imaterial), quando há a lesão aos interesses não patrimoniais. Dias expressa que a definição do dano patrimonial pelo conceito jurídico de patrimônio é

⁸⁹ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004. p.205-208.

⁹⁰ LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1958. Tomo I. p. 15.

⁹¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Estudos e pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 33.

imprecisa, entendendo ser mais apropriada a definição de Fischer, que expressa a ideia de interesse econômico ou valor econômico: “*dano patrimonial pressupõe sempre ofensa ou diminuição de certos valores econômicos*”. Isso porque a apuração do dano para a sua reparação integral ocorrerá pelo critério diferencial matemático: a Teoria da diferença que consiste na diferença de valor monetário entre a situação danosa e a situação anterior sem o dano⁹²⁹³.

Para Cavalieri Filho, melhor conceituação do dano seria “*a subtração ou a diminuição de um bem jurídico*” para, assim, integrar tanto o *bem patrimonial* ou *bem integrante da própria personalidade da vítima*⁹⁴. Para Pereira, melhor ainda seria definir “(...) *dano como toda ofensa a um bem jurídico*”, para “(...) *fugir da restrição à patrimonialidade do prejuízo*” e, assim, acolher o dano extrapatrimonial⁹⁵⁹⁶.

Certo o dano patrimonial, ele será apurado por meio de avaliação pecuniária, sendo reparado de forma direta, através da *restauração natural ou reconstituição específica da situação anterior à lesão* (reparação *in natura*), quando for possível a reparação do próprio bem material; ou de forma indireta, compensando-se o dano por meio de *equivalente ou indenização pecuniária* (reparação *in pecunia*), quando a prestação do valor em dinheiro é possível restabelecer a situação anterior ao dano. Esta última é subsidiária à primeira já que o dano patrimonial trata-se de uma diminuição aritmética de patrimônio⁹⁷.

⁹² No Brasil, há a possibilidade de redução da indenização havendo desproporção entre a gravidade da culpa do ofensor e o dano. – artigo 944, parágrafo único do Código Civil.

⁹³ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 975.

⁹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2ª Ed., 3ª tir., rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 71.

⁹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 2ª Ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 60.

⁹⁶ Para Diniz, o dano patrimonial direto e indireto possuem 3 vieses: o primeiro denomina dano direto aquele proporcionado imediatamente ao patrimônio da vítima e dano indireto o que atinge interesses extrapatrimoniais do lesado (como danos ao corpo - aos quais se incluem os danos estéticos, lesões à integridade intelectual e moral) causando mediatamente danos patrimoniais. O segundo caracteriza o dano em relação à vítima. Tratar-se-á de dano direto se o dano produz efeitos para a vítima, e dano indireto se efeitos para terceiros. O terceiro viés funda-se nos efeitos do dano relacionados ao dano-evento. Assim, o dano direto seria o prejuízo como consequência imediata do dano e dano indireto o acontecimento distinto que relacionado fato gerador do dano causa outros danos (dano por consequência mediata) *In* DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**, 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 7. p. 74-90.

⁹⁷ Dias ressalva que nos casos em que há a destruição do bem e existe a possibilidade de reparação natural através de um bem equivalente, o lesado poderá locupletar-se com o dano. Assim, a solução será condenar a reparação natural, devendo o lesado repetir a diferença ao indenizante, respeitando-se o princípio da equidade. *in* DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 985-987.

Diante desses conceitos, importante diferenciar as denominações reparar, ressarcir, compensar e indenizar o dano. Em linguagem não técnica, são consideradas sinônimas⁹⁸, não obstante, diferenciam-se na linguagem jurídica. Segundo Lotufo, indene é a origem da palavra indenização. E

“o que é tornar indene? É tornar sem prejuízo, tornar sem mácula, tornar sem dano. Por isso que se fala em indenizar, tornar indene, tornar outra vez íntegro, por isso que nós falamos em indenização cabal. Não precisava, bastaria falar em indenização que já devia estar pressuposto que era cabal. Mas somos levados à quantificação, porque começaram a referir à indenização para hipóteses em que não há a reparação total. (...) O objetivo da responsabilização é tornar o lesado indene, isto é, fazer com que o dano não seja sentido, de sorte que a diminuição, ou o desaparecimento de um bem jurídico, ou a lesão de um interesse, seja superado, quando não pela reposição no ‘status quo ante’, como uma forma indenizatória que supra a perda, a lesão”⁹⁹.

Para Antunes Varela, a indenização

“(...) compreende apenas as medidas ou providências destinadas a reparar o prejuízo sofrido por outrem, com exclusão do que seja a mera realização específica (coativa) do direito. A entrega judicial ao credor da coisa que lhe é devida ou a restituição coercitiva da coisa ao dono que dela foi desapossado não constitui, rigorosamente uma indenização”¹⁰⁰.

Portanto, não é adequado o uso da nomenclatura indenização ou reparação de danos para as situações em que não se faz possível o *restitutio in integrum*.

Diniz define alguns requisitos para caracterizar a possibilidade de reparação ou compensação do dano, quais sejam: (i) ocorrência diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou extrapatrimonial pertencente, direta ou indiretamente a uma pessoa; (ii) efetividade ou certeza do dano; (iii) causalidade (dano deve ser direta ou indiretamente relacionado à causa do dano); (iv) subsistência do dano quando da reclamação da reparação (o dano deve ainda existir quando da reclamação ou ter sido reparado pelo lesado); (v) legitimidade (lesados ou seus beneficiários); (vi) ausência de causas excludentes de responsabilidade (pois há danos que não resultam dever ressarcitório)¹⁰¹.

Para tanto, também necessário apurar o dano positivo, denominado de dano emergente, e o dano frustrado, também denominado lucro cessante, que podem ou não ocorrer de forma

⁹⁸ HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

⁹⁹ LOTUFO, Renan. **Curso avançado de Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1. p. 311 e 313.

¹⁰⁰ ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. 10ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1. p. 878.

¹⁰¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 7. p. 67-69.

concomitante. O dano emergente consiste no dano certo e presente (no que o lesado efetivamente perdeu de patrimônio), enquanto que o lucro cessante trata-se no prejuízo futuro de possível determinação ou previsão já que razoavelmente deixou de lucrar (portanto não pertencente ao lesado no momento do dano) – não se confundindo com o lucro hipotético (avaliação de lucro perdido sem qualquer relação mediata com o dano). Ambos são decorrentes do mesmo *dano-evento*. O Código Civil define esses danos nos artigos 402 e seguintes, conferindo parâmetros de apuração, inserindo a correção monetária e os juros de mora como compensação ao lesado pela demora do pagamento para que a sentença seja fidedigna ao devido (sem acréscimos ou reduções) respeitando-se, assim, o *restitutio in integrum*.

Quanto aos danos extrapatrimoniais, tratam-se dos danos que escapam à definição de danos patrimoniais, anteriormente analisada, situando-se na repercussão ao lesado e não propriamente a natureza do Direito, bem ou interesse lesado. Assim, “(...) *tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a um bem não patrimonial, como dano moral em resultado de ofensa a bem material*”¹⁰². Por isso mesmo, não é o dano que deve ser provado em sede processual, mas sim a conduta que proporcionou o dano¹⁰³.

No mesmo sentido, Diniz, citando Zannoni, expressa que o dano extrapatrimonial não é “*a dor a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois estes estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano*”. Isso significa dizer que o dano extrapatrimonial advém dos “*efeitos da lesão jurídica*” e não da natureza do Direito subjetivo danificado. Assim, é possível haver dano extrapatrimonial quando um dano é proporcionado a um “*bem jurídico econômico*” – patrimonial - (denominado de *dano moral indireto*) e a um “*bem jurídico extrapatrimonial*”, como a lesão aos Direitos da Personalidade, aos atributos da pessoa e à dignidade da pessoa humana (denominado de *dano moral direto*)¹⁰⁴.

¹⁰² DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 992-993.

¹⁰³ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil** – Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. Atlas: São Paulo. 2007. p. 191-196.

¹⁰⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 7. p. 90-93.

Ademais, como a própria denominação evidência, o dano extrapatrimonial não está atrelado ao patrimônio, mas, principalmente, com o Direito da Personalidade e, segundo Santos, deve afetar ou lesionar de forma psicofísica o indivíduo¹⁰⁵.

O maior problema do dano extrapatrimonial, portanto, é a forma de quantificar a reparação, uma vez que cada indivíduo pode “sofrer” o dano de forma diferente, bem como impossível obter a restauração do *status quo ante damnum*. Segundo Lotufo,

“(...) cada um de nós é um ser único, com sua carga genética específica, e com sua personalidade individuada. Portanto, os danos que são causados à intimidade de cada ser são diversos entre si. Cabe, portanto, ao lesado moralmente demonstrar a extensão do seu dano, que pode ser muito maior, ou muito menor do que a que ocorre com seu vizinho, ou mesmo do seu irmão, eis que seres que sofrem de forma diversa da sua. Nem todos os pais, ou mães, provocam a mesma dor aos filhos, tanto quanto conforme os filhos, igualmente não provoquem a mesma dor aos pais. Há pais e pais, como há filhos e filhos, e no caso de lesão à intimidade, à moral, a indenização deve reparar a cada um, não obedecer um padrão único, porque graças a Deus somos diferentes. Isto não significa que não devemos entender que vivemos em sociedade e que no convívio social temos que ter padrões, parâmetros, mas como meros referenciais, não como quantificações absolutas”¹⁰⁶.

Por isso mesmo, não é possível dizer que o dano extrapatrimonial é reparável, mas sim, *compensável*. Nas palavras dos irmãos Mazeaud, trata-se de *satisfação em equivalente*, já que

“(...) ‘réparer’ signifie ‘remettre les choses em l’état’, ‘faire disparaître le préjudice’, ‘remplacer ce qui a disparu’, on est bien obligé de renoncer à admettre la possibilité d’une ‘réparation’ de la plupart des dommages moraux. (...) Bien souvent, pareille réparation est irréalisable (...). L’homme est souvent contraint de se contenter d’un ‘équivalent’. L’équivalent le mieux approprié, c’est, en general, l’argent, parce que, avec de l’argent, la victime a un champ d’action presque illimité. (...) ‘Réparer’ un dommage, ce n’est pas seulement refaire ce qu’on a détruit, œuvre souvent impossible à réaliser, c’est aussi donner à la victime la possibilité de se procurer des satisfactions équivalentes à ce qu’elle a perdu; elle est libre de les chercher ou il lui plaît. Le véritable role des dommages-intérêts est un role ‘satisfactorie’. Comment ceux qui le nient peuvent-ils expliquer les textes de nos Codes qui autorisent la victime à demander des dommages-intérêts en réparation d’un préjudice ineffaçable? (...) On repare en donnant à la victime le moyen de se procurer des satisfactions équivalentes à celles dont on l’a privée”¹⁰⁷.

Como apresentado por Mazeaud e Mazeaud, tradicionalmente, proporciona-se a compensação do dano extrapatrimonial com um valor pecuniário que alivie as dores do dano. Há dois métodos para fixar o valor compensatório, quais sejam, o arbitramento judicial ou

¹⁰⁵ Diferentemente do que ocorre no Direito Italiano que o dano moral consiste apenas no dano biológico ou à saúde e a outros casos tipificados. in SANTOS, Antônio Jerová dos. **Dano moral indenizável**. 3ª Ed. São Paulo: Método, 2001. p. 96 – 105.

¹⁰⁶ LOTUFO, Renan. **Curso avançado de Direito Civil**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1, p. 316.

¹⁰⁷ MAZEAUD, Henri e MAZEAUD Leon. **Traité Théorique et pratique de la responsabilité civile**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947. v. I. p. 329-330.

valores tarifados por lei. Viney¹⁰⁸ prefere classificar os métodos de (i) apreciação *in concreto*, avaliando os sofrimentos reais do lesado segundo a subjetividade do magistrado, e (ii) apreciação *in abstracto*, definidos previamente com base em dados estatísticos estritamente objetivos.

Autores sustentam que tais arbitramentos devem corresponder a um valor pecuniário, um *sucedâneo econômico*, que efetivamente alivie das dores e a angústia do lesado, já que não é simplesmente possível pagar pela dor ou pelo sofrimento¹⁰⁹. Zenun, entendendo inadequada a terminologia *sucedâneo* (posto que não substitui o dano extrapatrimonial), prefere denominar de *derivativo para o ofendido*, já que o valor pecuniário deve proporcionar a ele “*uma satisfação causada pelo prazer, pela diversão, ou por outro meio que seja capaz de amenizar a dor ou o sofrimento*”¹¹⁰.

Para Lotufo, nos casos em que há danos em que sendo impossível a restabelecimento do *status quo ante damnum* ou a sua valoração pecuniária, deverá haver a compensação do dano que se referirá, “*(...) ora aos derivativos necessários para a superação da dor, ora ao caráter objetivo da norma e o poder de decisão do juiz*”¹¹¹.

Outros doutrinadores entendem que, para os arbitramentos, o magistrado deve utilizar critérios que visam, primordialmente, a compensar a dor da vítima e, em um segundo plano, um caráter aflitivo, avaliando, assim, a existência de dolo ou culpa do ofensor; o grau do dano proporcionado ao lesado; o patrimônio do ofensor e a aferição de lucro com o dano a que deu causa, a repetição da prática de atos danosos; além da avaliação dos efeitos do dano do presente para o futuro para a própria pessoa e suas relações sociais.

¹⁰⁸ VINEY, Geneviève. **Traité de droit civil**: les obligations, la responsabilité: effets. 2^a Ed. Paris: L.G.D.J., 1988. p. 171-172.

¹⁰⁹ Neste sentido, os irmãos Mazeaud expõem “*Ceci admis, on voit que la réparation du préjudice moral est possible. Ce n'est pas douteux dans certains cas: par exemple, la souffrance physique endurée peut trouver un équivalent dans un voyage ou des distractions que se procure la victime à l'aide de la somme qui lui est versée par l'auteur du dommage, et ceci montre déjà clairement que l'argent est à même, si la victime veut en faire un judicieux emploi, d'enrichir son patrimoine moral, d'y ajouter une valeur morale nouvelle susceptible de compenser celle qui en a disparu*”. in MAZEAUD, Henri e MAZEAUD Leon. **Traité Théorique et pratique de la responsabilité civile**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947. v. I. p. 330.

¹¹⁰ ZENUN, Augusto. **Dano moral e sua reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 58-62.

¹¹¹ LOTUFO, Renan. **Curso avançado de Direito Civil**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1. p. 316. Além disso, “*para Orlando Gomes, no caso de dano extrapatrimonial trata-se de compensação e não de ressarcimento. (...) Alguns escritores usam o termo 'reparação' para a indenização dos danos patrimoniais e 'satisfação' para os danos morais, como Minozzi. Outros falam em 'ressarcimento' para o dano patrimonial e 'reparação' a propósito do dano moral, como Venzi e Pacchioni*”. in LOPEZ, Teresa Anaconda. **O dano estético – Responsabilidade civil**. 2^a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p.105-106 - nota 12.

Surge questão bastante atual sobre a função punitiva da responsabilidade civil diante de danos extrapatrimoniais. Este posicionamento vem sendo velozmente difundido exatamente pela impossibilidade de valoração pecuniária e reparação integral do dano extrapatrimonial, bem como pela necessidade de repreender o ofensor pelo dano proporcionado dissuadindo-o. Outras considerações sobre esta questão serão tratadas de forma mais detalhada em capítulos seguintes¹¹².

Importante ressaltar-se a possibilidade de cumulação do dano patrimonial e extrapatrimonial desde que decorrentes da mesma ação ou fato, tal como estabelece a própria súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça¹¹³.

Por fim, a doutrina vem apresentando uma crescente multiplicação das espécies de danos, principalmente os de natureza existencial e coletiva, decorrência da desconstrução da essência patrimonialista/materialista da responsabilidade civil – graças ao reconhecimento do dano extrapatrimonial; o florescimento da socialidade; a exclusão da culpa como pressuposto da responsabilidade civil e a consequente valorização do dano, este razão da responsabilidade civil¹¹⁴. Exemplifica-se com a reparação independente do dano extrapatrimonial e do dano estético¹¹⁵. Todavia, como previamente estabelecido, esta abordagem busca a elucidação da estrutura basal da responsabilidade civil na atualidade, sem qualquer pretensão de esgotamento da matéria, para, assim, enfrentar a análise e desenvolvimento de questões específicas.

2.3. Do nexo causal

O nexo causal, ou também denominado tão somente de causalidade, é a relação (liame) não jurídica entre a ação (comissão ou omissão) geradora do dano-evento e o dano-prejuízo. Pode-se dizer que se trata da “(...) *ligação de causa e efeito entre a conduta e o resultado.* (...)”

¹¹²Vide Capítulo 9, item 9.1.2.1.1.

¹¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 37: “*São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato*”.

¹¹⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil** – Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. Atlas: São Paulo, 2007. p. 79-81.

¹¹⁵ MATOS, Enéas de Oliveira. **Dano moral e dano estético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 204-210.

*Determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente (...) e, sem o fato alegado, o dano não se teria produzido*¹¹⁶. A ausência desta relação impede a responsabilização.

Considerando a existência de uma única ação proporcionando dano, facilmente observa-se o nexo de causalidade. A problemática maior decorre das causalidades múltiplas, ou seja, vários eventos e circunstâncias proporcionando um só resultado/dano. Teorias foram formuladas para desvendar a causa real do dano. Apresentam-se sinteticamente, a seguir, as principais¹¹⁷:

(a)*Teoria da equivalência dos antecedentes ou da equivalência das condições*. Todas as circunstâncias e condições (causas) possuem o mesmo peso para a geração do dano. Identifica-se a causa se, ao eliminá-la hipoteticamente do fato, o dano desapareceria. A teoria fragiliza-se por permitir uma regressão de responsabilidades ao infinito.

(b)*Teoria da causalidade adequada*. Individualiza as condições, limitando a causa à condição que antecede o dano ou ser a própria a produzir o dano, ou seja, a causa deve ser necessária e adequada, segundo a vivência comum, para proporcionar o dano.

Resta apresentar a orientação do legislador Brasileiro que fez prevalecer no âmbito civil a Teoria da causalidade adequada a qual é acolhida pela legislação, doutrina e jurisprudência civilistas, inclusive na atualidade, como demonstra Alvim ao constatar que o legislador corroborou com esta tese, pois previu que a reparação do dano deveria decorrer de efeito direto e imediato da inexecução¹¹⁸.

2.4. Circunstâncias eximentes de responsabilidade

¹¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2ª Ed., 3ª tir., rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p.49-50.

¹¹⁷ Há ainda a Teoria da relação causal imediata ou Teoria da interrupção do nexo causal – estabelece que somente haveria responsabilização se a conduta da pessoa proporcionasse forma imediata e direta de dano à vítima. In SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de Direito Civil**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. p. 256-264.

¹¹⁸ ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas s**. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1949. p. 304-305. Artigo 403 do Código Civil brasileiro: “*Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual*”.

Com a apresentação dos pressupostos da responsabilidade civil, possível vislumbrar que haverá situações em que não se configurará o instituto pela ausência ou descaracterização de um ou mais pressupostos, correspondendo, assim, às circunstâncias eximentes da responsabilidade civil. Corrobora-se com as denominações e divisão, realizada por Gramstrup¹¹⁹, em categorias de excludentes de antijuridicidade (ou ilicitude) e de excludentes de causalidade, por apresentar sistemática inovadora e mais condizente com a estrutura da responsabilidade civil e as modificações do Código Civil, principalmente por afastar das eximentes a inimputabilidade (como a menoridade e a demência ou estado grave de desequilíbrio mental ou debilidade mental), posto que considera ser “(...) *uma circunstância que tempera ou limita – mas não exclui – o dever de indenizar*”¹²⁰.

Às primeiras excludentes (as de antijuridicidade), que afastam a ilicitude da ação, têm como expoentes a *legítima defesa* (quando a lei estabelece ser legítima e lícita a retribuição de lesão com o intuito de defender-se ou proteger alguém de terceira pessoa ofensora, devendo as lesões serem da mesma medida¹²¹); o *exercício regular de direito* (quando o exercício regular do direito torna-se um abuso de direito); o *consentimento válido da vítima* (que pode ser de dois tipos: *anuência direta*, quando a vítima, por vontade própria, ausente de qualquer vício, permite ser lesada - afastando, portanto, a ilicitude, e não incidindo a obrigação de reparar o dano - para receber um bem ou um benefício, como por exemplo, anuência para testar novo medicamento; e *anuência indireta*, quando a vítima, por vontade própria, ausente de qualquer vício, aceita os riscos normais da atividade ou ação - exemplo, a prática do *bungee jump*¹²²); e o *estado de necessidade* (prática de ação danosa para remoção de perigo iminente), com a ressalva de que nesta circunstância não há a exclusão da responsabilidade civil, mas tão somente do ilícito¹²³. Importante nesta oportunidade ressaltar a observação de Martins que o Código Civil diferencia o estado de necessidade do estado de perigo,

“(...) *considerando que sua vocação prende-se à idéia de assunção de negócio jurídico ou formação de contrato cuja base, discrepando de uma situação de normalidade, é caracterizada por uma circunstância em que o declarante busca salvar a si ou terceira pessoa de um dano*

¹¹⁹ GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Responsabilidade civil na engenharia genética**. São Paulo: Editora Federal, 2006. Capítulo 8. p. 137-162.

¹²⁰ GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Responsabilidade civil na engenharia genética**. São Paulo: Editora Federal, 2006. p. 138.

¹²¹ Caso a lesão seja para proteção de alguém, o ofensor poderá requerer ação regressiva de reparação do dano em face deste alguém (conforme estabelece o artigo 930 do Código Civil).

¹²² Especificações por DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 7. p. 52-53.

¹²³ Nota-se que somente há a isenção da obrigação de indenizar se o quem deu causa ao perigo for o próprio proprietário da coisa danificada pela ação em estado de necessidade.

atual e em desenvolvimento, assumindo obrigação excessivamente onerosa, sob o conhecimento do receptor da declaração que se aproveita do fato. Enquanto o estado de necessidade prende-se ao campo da responsabilidade civil, exonerando, se assim reconhecido, o autor do dano”¹²⁴.

Quanto às excludentes de causalidade, rompem os pressupostos da responsabilidade civil pela descaracterização da origem (causa) da ação, ou seja, rompem o nexo causal. São o *fato de terceiro* (quanto o dano à vítima decorre de ação de terceira pessoa que não é o seu ofensor, devendo o terceiro responsabilizar-se por quaisquer danos que causar - por exemplo, um abalroamento de veículos que gera o atropelamento de pedestre por outro veículo); o *fato da vítima* (a ação do ofensor geradora de dano tão somente instrumentalizou-o, pois a causa decorre da própria vítima – exemplifica-se, pessoa que busca suicídio atirando-se de passarela de rodovia e proporciona abalroamento de veículos); a *força maior* (*Act of God* - trata-se de um evento da natureza que, apesar de se conhecer a sua origem, não se pode prever a sua força sendo, portanto, inevitável - exemplos os furacões, inundações, nevascas, etc.) e o *caso fortuito*¹²⁵ (evento inevitável, desconhecido e imprevisível não decorrente da natureza que gera dano - exemplifica-se com as greves gerais e fechamento do comércio de rua devido a insegurança local).

Nota-se que há casos que mesmo ocorrendo a força maior e o caso fortuito caracterizar-se-á a responsabilidade civil (a) desde que convencionado pelas partes ou definido como dever legal, tal qual como ocorre na responsabilidade objetiva; ou (b) quando a obrigação consiste em dar coisa incerta, posto que, antes da definição ou escolha da prestação não poderá eximir-se justificando a ocorrência dessas excludentes¹²⁶.

Quanto às cláusulas de não indenizar, por serem aplicáveis somente às relações contratuais, em que as partes concordam mutuamente pela exclusão da reparação de determinados danos, verifica-se que não há rompimento do nexo causal, mas sim, a convenção das partes exclui ou limita os seus efeitos. Ressalta-se que a validade da cláusula de não indenizar é bastante controvertida quando utilizada em determinados tipos de contratos, principalmente àqueles que resguardam a ordem pública, ou mediante a ocorrência

¹²⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues. Do estado de perigo. in LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord). **Teoria geral do Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 562.

¹²⁵ Diante da desnecessidade de esgotar o tema, nota-se que há a distinção mais moderna de que caso fortuito trata-se de “(...) um impedimento relacionado com a pessoa do devedor ou com a sua empresa enquanto que a força maior é um acontecimento externo”, este último também denominado de caso fortuito externo e aquele caso fortuito interno. In ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas conseqüências**. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1949. p. 290.

¹²⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 7. p. 113-114.

de dolo ou culpa grave e quando a cláusula de não indenizar expressa-se contra a natureza do contrato (como contrato de estacionamento). Posiciona-se no sentido de que a cláusula de não indenizar é válida desde que haja consentimento mútuo e expresso das partes contratantes, sendo, todavia, invalidada nos casos dolo ou culpa grave de uma das partes e nos de violação da ordem pública.

Reitera-se que não se realizará aprofundamento desta temática já que não é relevante ao tema da dissertação, apresentando, superficialmente, os conceitos e definições para que a estrutura da responsabilidade civil torne-se evidente para o desenvolvimento das próximas partes do trabalho.

3. Fontes da responsabilidade civil

O intuito deste capítulo é demonstrar o nascedouro da responsabilidade civil, para posteriormente, melhor compreender as suas espécies e afastar a idéia tradicionalista de ato ilícito gerador de dano como exclusiva fonte de responsabilidade. Inicialmente, importante ressaltar que as o fato jurídico *lato sensu* que origina a responsabilidade trata-se de uma obrigação de reparar o dano, o que será à frente melhor compreendido. Entretanto, conclui-se que as fontes da responsabilidade civil estão intrinsecamente relacionadas com as fontes obrigacionais.

Assim, historicamente, verifica-se que, desde as Institutas de Gaio, passando pelos jurisconsultos de Justiniano e o código Napoleônico, até a modernidade, a fonte da responsabilidade civil é marcada pelo ato ilícito, que conferiu como fontes da responsabilidade civil os ilícitos e os negócios jurídicos (principalmente os contratos), já que *“a inumerabilidade tornou inúteis os quase-contratos, bem como a consideração abstrata da culpa ‘lato sensu’ dissolveu a dicotomia delito/quase delito”*¹²⁷.

¹²⁷ GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Responsabilidade civil na engenharia genética**. São Paulo: Editora Federal, 2006. p. 15.

Entretanto, sabe-se que a obrigação de indenizar também possui outras origens de responsabilização como, dentre outras, o ato lícito (ex. a responsabilidade pelo risco da atividade). Tanto é assim que Larenz faz a seguinte análise:

“la obligación de indemnizar puede descansar de una parte en el hecho de que el obligado haya obrado antijurídica y culpablemente, es decir, de modo que puede serle reprochada su conducta. Hablamos entonces de un ‘acto ilícito’. Mas también puede derivar la obligación en que el obligado haya de responder, a virtud de la ley, de los riesgos usualmente conectados a determinada explotación (p.ej. ferrocarriles) o a una cosa determinada (p.ej., automóviles), y ello aunque no concurra culpa alguna por su parte”¹²⁸.

Todavía, hoje, o Código Civil, segundo Gramstrup, ainda “(...) toma partido por uma classificação ternária (contrato, ato unilateral, ato ilícito), embora com a cautela de o fazer implicitamente, para não passar a idéia de tratamento exaustivo”¹²⁹.

Entende-se mais pragmática as categorias de fontes obrigacionais apresentadas por Noronha¹³⁰, abaixo relacionadas, que, para serem tratadas como fonte de responsabilidade civil, deverão também proporcionar dano:

- (i) Negócio jurídico, portanto, os contratos e os negócios unilaterais;
- (ii) Atos ilícitos, ação não conforme ao direito (abrangendo os atos lícitos exercidos com abuso de direito);
- (iii) Fatos jurídicos *stricto sensu*, quando a norma jurídica estabelece os efeitos jurídicos decorrentes de acontecimentos naturais (ex. fatos da natureza como nascimento e morte de pessoa natural); ações humanas tratadas impessoalmente (ex. guerra); e atos objetivamente ilícitos (a norma jurídica assim os define, como os casos em que há inimputabilidade e a vontade é juridicamente irrelevante – ex. ato praticado por incapaz em que a lei define que o seu representante legal deve ser responsabilizado);
- (iv) Atos jurídicos *stricto sensu*, que são ações humanas lícitas que produzem efeitos jurídicos benéficos independente da vontade do agente, tais como os atos reais ou atos-fatos (ex. escolha do domicílio e os animais caçados) e os atos quase-negociais ou atos jurídicos lícitos (ex. o pagamento ou a notificação de locatário para restituir a coisa);
- (v) Atos justificados por razões de equidade (como a responsabilidade pelos danos resultantes para terceiras pessoas de atos praticados em estado de necessidade);

¹²⁸ LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado. 1958. Tomo I. p. 15-16.

¹²⁹ GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Responsabilidade civil na engenharia genética**. São Paulo: Editora Federal, 2006. p. 7.

¹³⁰ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 404-407.

(vi) Atividades, que se trata da análise dos efeitos jurídicos proporcionados pela integração dos fatos, atos e negócios jurídicos que, se analisados isoladamente, produziram obrigações diversas do que na análise conjunta (ex. atividade empresarial, atividade administrativa).

O Autor ainda ressalva que a lei sempre será fonte mediata das obrigações, pois só as normas determinam o que é ou não jurídico. A fonte imediata será um fato jurídico *lato sensu*, ou seja, um acontecimento da vida real juridicamente relevante, uma vez que se trata de um pressuposto (hipótese) da norma. Todavia, Noronha nega a utilidade das fontes para a classificação das obrigações, afirmando que acredita ser mais adequado o critério de função das obrigações por melhor definição do regime jurídico, já que fatos jurídicos *lato sensu* de mesmo tipo podem gerar obrigações de natureza diversa, bem como, fatos jurídicos *lato sensu* diferentes poderão originar obrigações iguais¹³¹.

Não se pode olvidar o afastamento do enriquecimento sem causa das fontes da responsabilidade civil, já que aquele visa ao *suum cuique tribuere*, ou seja, dar a cada um o que é seu. Assim, segundo Nanni, “(...) *não se cogita em ato culposo ou ilícito do agente, mas apenas no fato objetivo consubstanciado no enriquecimento à custa alheia, o que patenteia serem elementos prescritíveis na configuração do instituto*”: afasta o requisito do dano, pois seu fim é “(...) *extrair do patrimônio do enriquecido o que indevidamente foi acrescido*”. Consiste, portanto, em uma fonte *sui generis* de obrigações, bem como de princípio¹³².

4. Espécies de responsabilidade civil

¹³¹ O Autor classifica, assim, as obrigações, segundo a função, em: (a) obrigações negociais. Decorrerem de negócios jurídicos (contratos e negócios jurídicos unilaterais). Sendo violada a obrigação negocial, surgirá a obrigação de indenizar o dano sofrido, o que denominou de responsabilidade negocial. A obrigação negocial é assumida voluntariamente e, no seu não cumprimento haverá a responsabilização – seriam duas obrigações sucessivas. (b) responsabilidade civil *stricto sensu*. Caracteriza-se como a obrigação de reparar o dano decorrente de ato ilícito culposo (*lato sensu*) ou, mesmo que sem culpa, desde que equiparados ao ato ilícito. A obrigação de responsabilidade civil ocorre pelo descumprimento de um dever genérico de não produzir dano – seria uma única obrigação. (c) enriquecimento sem causa. O Autor a denomina de obrigações de restituição por enriquecimento sem causa, com o fim de tão somente “(...) *remover de um patrimônio os acréscimos patrimoniais indevidos*” e não de reparar dano. In NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 407- 425.

¹³² NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 166-172; 206 e 208.

Com as considerações dos capítulos anteriores buscou-se definir um fio condutor para o desenvolvimento mais esclarecedor quanto às espécies de responsabilidade civil, bem como afastar a culpa como pressuposto do instituto. Todavia, tendo em vista não ser o principal foco deste trabalho e considerando que a presente parte consiste em apresentar a atual estrutura da responsabilidade civil, para melhor enfrentamento de questões particulares, optou-se por expor sucintamente, bem como manter a divisão clássica da qual é bastante difícil de escapar. Assim, os tradicionais aspectos de divisão consistem na origem ou na culpa.

4.1. Quanto à origem: responsabilidade contratual e extracontratual

A divisão quanto à origem retoma a ideia de fato gerador da responsabilidade civil. Portanto, como o *contractus* consolidou-se como um grande irradiador de responsabilidade civil já no período romano, fundamenta-se nele esta divisão.

Assim, a *responsabilidade contratual* cumpre reparar os danos decorrentes do inadimplemento contratual que corresponde a uma violação dos deveres e obrigações previamente estabelecidas contratualmente. Não estando no âmbito dos contratos, incorre-se na *responsabilidade extracontratual* que tem como obrigação a reparação dos danos proporcionados por ato ilícito culposos (*stricto sensu*) ou doloso, uma vez que violado um dever legal ou um “(...) *dever geral de abstenção pertinente aos direitos reais ou de personalidade*¹³³”, ausente, portanto, vínculo prévio entre o lesado e o ofensor ou responsabilizado, o que possibilitaria o uso da denominação responsabilidade delitual, por retomar o conceito de delito no Direito Romano.

Existem várias formas de distinguir tais responsabilidades, sendo que Gonçalves apresenta os seguintes parâmetros: (i) quanto ao ônus da prova, já que na responsabilidade contratual o credor deverá tão somente provar o descumprimento do contrato (o que é suficiente para caracterizar o dano), cabendo ao devedor o ônus de provar alguma causa eximente de responsabilidade, e na responsabilidade extracontratual caberá ao lesado o ônus da prova da culpa do ofensor pelo dano; (ii) quanto à origem, uma vez que a responsabilidade

¹³³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 7. p. 127-128.

contratual deriva da convenção prévia das partes, enquanto que a responsabilidade extracontratual decorre do dever genérico de não proporcionar dano a ninguém (*neminem laedere*); (iii) quanto à capacidade do agente causador do dano, sendo a responsabilidade contratual mais limitadora por demandar a plena capacidade dos contratantes sob pena de nulidade do contrato, e a responsabilidade extracontratual possibilita a responsabilização pelos danos causados por incapazes (como no artigo 928 do Código Civil); e (iv) quanto à gradação da culpa, apesar de ambas as responsabilidades fundarem-se na culpa, o Autor compreende que na responsabilidade contratual a culpa pode variar de intensidade conforme as circunstâncias sem que alcance extremos, enquanto na responsabilidade extracontratual tal variação poderia chegar aos extremos, inclusive abrangendo a falta ligeiríssima.

Gonçalves ainda expõe que seria no âmbito da responsabilidade extracontratual que se possibilitaria excepcionar casos de responsabilização por atos lícitos sejam estes decorrentes da expressão legal, como o estado de necessidade – onde o dano é lícito pela lei, mas deve ser reparado pelo ofensor (artigo 188, II e 929 do Código Civil), sejam por assunção do risco do exercício de uma atividade perigosa lícita (artigo 927, parágrafo único do Código Civil)¹³⁴.

A problemática desta divisão se dá pela falta de acuidade com as relações diversas da contratual. No bojo da responsabilidade extracontratual concentraram-se um sem número de responsabilidades.

Por fim, ressalva-se que a divisão apresentada denomina-se teoria dualista ou clássica. Contudo, os críticos dessa teoria, os monistas, velam pela uniformidade da responsabilidade civil por considerarem a célula *mater* o dano, o ato ilícito e a causalidade, sendo desnecessária qualquer divisão em espécies da responsabilidade civil¹³⁵.

4.2. Quanto à culpa: responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva (sem culpa)

Utilizar-se da culpa como elemento de divisão da responsabilidade civil, o que demonstra quão importante consistiu a introdução da culpa pelo Direito Romano, pois

¹³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 29-31.

¹³⁵ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 154-155.

permitiu a subjetivação da responsabilidade civil. Daí segue-se a origem da denominação *responsabilidade subjetiva* a qual para sua configuração bastar-se-ia a prova da culpa (*lato sensu*) pelo dano. O Código Civil filiou-se a esta divisão, como se verifica pelo artigo 186.

Todavia, há circunstâncias, estabelecidas pela lei, em que culpa da ação danosa é definida como presumida, sendo necessária somente a prova da ação geradora de dano. Exemplifica-se, sem se limitar, com as responsabilidades por fato de animais ou coisas e dos pais pelos filhos. Dessa forma, compreende-se que havendo prova que afaste a culpa ou a presença de uma circunstância eximente, a responsabilidade não se configurará.

Quanto à *responsabilidade objetiva*, trata-se do oposto daquela primeira. A culpa torna-se elemento sem expressão, posto que a responsabilidade objetiva independe da ocorrência da culpa *lato sensu*, uma vez que a lei define as circunstâncias de aplicabilidade, sendo suficiente a existência e prova do dano e o nexos causal e, por isso, também recebe o nome de responsabilidade sem culpa.

O parâmetro para definir as circunstâncias de aplicabilidade da responsabilidade objetiva é o risco. E para tanto, estruturou-se uma Teoria do risco que, segundo Pereira, consiste na existência de quatro modalidades de risco: (a) risco integral, quando o responsável deverá assumir integralmente a reparação do dano, sendo suficiente a prova do dano (a exemplificar a responsabilidade do Estado); (b) risco profissional, decorrente do exercício da própria atividade (p. ex. responsabilidade do empregador pelos atos do empregado); (c) risco-proveito, quando o aproveitamento da ação é gerador de risco, com base no princípio de que, onde está o ganho, aí reside o encargo – *ubi emolumentum, ibi onus* - (persistindo uma grande discussão sobre o que seria o aproveitamento); (d) risco-criado, quando a atividade normalmente exercida proporciona risco aos indivíduos ou à sociedade, “(...) *independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência, a um erro de conduta (...)*”¹³⁶¹³⁷.

¹³⁶ PEREIRA. Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 298-313.

¹³⁷ Vaz ressalta que Eugênio Facchini Neto aponta para a existência de três teorias da responsabilidade civil, quais sejam: (i) risco-criado; (ii) risco-proveito; (iii) idéia de garantia (de ressarcimento do dano, como ocorre com a responsabilização dos pais pelos atos danosos dos filhos menores), diferindo, portanto, do conceito de garantia utilizado por B. Starck (qual seja, a garantia da tutela pelo Direito pela integridade material – direito subjetivo). In VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages do direito comparado e brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 33.

Ressalta-se que o Código Civil, no seu artigo 927, parágrafo primeiro, assume a modalidade do risco-criado como fundamento da responsabilidade objetiva. Todavia, a regra geral da responsabilidade civil persiste na responsabilidade subjetiva, como se observa pelo artigo 186 do Código Civil. Mesmo assim, ambas as espécies de responsabilidade são conviventes e, ainda, segundo Pereira, a responsabilidade objetiva ficaria circunscrita aos limites da responsabilidade subjetiva.

Acredita-se importante fazer constar os comentários de Lotufo sobre a responsabilidade objetiva, pois apresenta diferenciação a esta classificação que decorre da análise da indenização e a disposição legal do artigo 927, parágrafo único do Código Civil. Considerando que a responsabilidade subjetiva proporciona a indenização “cabal” (em outras palavras, a reparação total do dano), a responsabilidade objetiva seria subdividida em: (i) responsabilidade sem culpa, correspondente ao excerto do referido dispositivo legal “*nos casos em que a lei especificar*”, casos em que a indenização será definida pelo magistrado e não é obrigatoriamente uma indenização cabal, podendo ser individualizada a cada circunstância; e a (ii) responsabilidade por risco, correspondente ao excerto do referido dispositivo legal “*ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*”, devendo ser a indenização tarifada e estabelecida por lei e, assim, implicando em uma não reparação integral do dano, exceto se provada a culpa onde o lesado poderá obter a diferença da reparação para torná-la integral. O Autor faz questão de enfatizar que, por esse motivo (a análise da culpa para uma possível reparação integral do dano), não se pode riscar o elemento culpa do instituto da responsabilidade civil¹³⁸.

5. Funções da responsabilidade civil

Como analisado anteriormente, no Direito Romano a responsabilidade civil confundia-se com a responsabilidade penal, permanecendo enraizado no conceito de responsabilidade civil a punição do agente do dano e a reparação do dano. Entretanto, no Direito moderno, qual função a responsabilidade civil assume?

¹³⁸ LOTUFO, Renan. **Curso avançado de Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1. p. 309-311.

Indubitavelmente, o núcleo rígido da responsabilidade civil é o restabelecimento do *status quo ante delictum* por força do princípio do *neminem laedere*, ou seja, reestabelecer a situação patrimonial e a amenização da “dor” moral abaladas pelo dano, segundo os ditames da justiça.

Retomando as origens da responsabilidade civil, Tunc afirma que

“a travers les siècles, la responsabilité civile semble avoir servi cinq fonctions étroitement liées: a) châtiement d’un coupable; b) vengeance et c) indemnisation de la victime; d) rétablissement de l’ordre social; et e) prévention des comportements anti-sociaux. L’importance respective de ces fonctions peut avoir varié selon les siècles, les lieux, les types de faute ou les cas individuels”. Mas com a evolução dos tempos, *“(…) la vengeance de la victime perdait aussi sa justification. Le droit de la responsabilité civile ne conservait plus que deux fonctions : l’indemnization et la prévention par dissuasion”*¹³⁹.

Também em uma perspectiva tradicional, mas contemporânea, Bittar aponta que, para *“(…) restabelecer o equilíbrio no mundo fático rompido pelas conseqüências da ação lesiva, porque interessa à sociedade a preservação da ordem existente e a defesa de valores que se reconhece como fundamentais na convivência humana”*, necessária uma dupla função da responsabilidade civil, qual seja: (a) a de reparar ou compensar o dano ao lesado e (b) a sancionatória para impor ao lesante a *“(…) submissão pessoal ou patrimonial, para a satisfação dos interesses lesados”*, bem como, *“(…) sob o aspecto da sanção, como advertência à sociedade, para obviar-se a prática do mal. Conclui, o Autor, a presença dos “(…) condicionantes próprios, dentro da noção de bipolaridade da obrigação”*¹⁴⁰.

Já para Diniz¹⁴¹ e Senise Lisboa, a função da responsabilidade civil é dupla, uma vez que visa: (i) *garantir o direito do lesado*, proporcionando segurança jurídica com a reparação integral dos danos (quando possível), bem como prevenção coletiva de eventuais violações; (ii) *servir como sanção civil*, decorrente da violação da norma jurídica, que consiste na *compensação em favor da vítima lesada* proporcionando o empobrecimento do ofensor¹⁴².

Objetivamente, Noronha aponta para três funções da responsabilidade civil, quais sejam, (a) a função reparatória, principal função da responsabilidade civil, pois traduz a sua

¹³⁹ TUNC, André. **La responsabilité civile**. 2ª Ed. Paris: Economica, 1989. Capítulo III. p. 133-134.

¹⁴⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação do Dano Moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 20-23.

¹⁴¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 7. p. 8-9.

¹⁴² SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de Direito Civil**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. p. 210.

essência, seja restaurando o *status quo ante* do patrimônio ao dano ou a compensação do dano extrapatrimonial (quando impossível restabelecer a situação anterior ao dano); (b) função sancionatória ou punitiva, que possui o objetivo de punir o lesante da ação culposa ou dolosa, transformando a indenização em pena privada, principalmente nos casos em que não é possível a reparação do dano; (c) função preventiva ou dissuasória, pois a responsabilidade civil deve ser desestimulante à prática de atos danosos pelo ofensor ou pelo responsabilizado, não sendo adequada a denominação função educativa pois a responsabilidade civil somente coibiria comportamentos danosos e não pretende “(...) *propriamente ensinar o homem a comportar-se melhor (...)*”¹⁴³.

Assim, poder-se-ia dizer que a responsabilidade civil assumiria uma *função punitiva*, pois atua como prevenção do indivíduo (prevenção especial) ou da coletividade (prevenção geral) para a prática de atos violadores da norma jurídica. Entretanto, segundo Jorge, este posicionamento não se faz válido já que, nestas circunstâncias, não seria necessária a constatação do dano para sua aplicabilidade - a infração legal, por si só, nestes casos, seria suficiente para a responsabilização civil, bem como seriam responsabilizados casos de tentativa da violação da norma.

O Autor ressalta, entretanto, que esta não se confunde com as funções da *responsabilidade civil conexa com a criminal* – quando a violação legal implica, ao mesmo tempo, em um crime e em danos indenizáveis. Em Portugal, para esses casos, o Código de Processo Penal (artigo 34, § 2º) estipula que o juiz determine a “(...) *indenização segundo o seu prudente arbítrio, ‘atendendo à gravidade da infracção, ao dano material e moral por ela causado, à situação econômica e à condição especial do ofendido e do infractor’*”, fugindo, portanto, da valoração da indenização segundo os danos causados¹⁴⁴.

Jorge também expõe que a posição majoritária confere *função meramente reparadora* à responsabilidade civil, uma vez que o objetivo é a reparação do dano. Não obstante, sua opinião consiste que a responsabilidade civil possui uma função dúplice: há uma (i) função reparadora que é primária, consistindo a indenização no limite do dano (para não proporcionar o enriquecimento sem causa do lesado); e uma (ii) função secundária punitiva e preventiva

¹⁴³ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p.437-442.

¹⁴⁴ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 47-52.

quando a culpabilidade do ofensor interferir na valoração da indenização (exemplifica com o artigo 494 do Código Civil português¹⁴⁵ e entende-se também aplicável ao caso do artigo 944, parágrafo único do Código Civil brasileiro)¹⁴⁶¹⁴⁷.

Sob perspectiva diversa, nota-se que o instituto da responsabilidade civil além da reparação, inspirado nas ações penais mistas do Direito Romano, vem retomando “*uma função de retribuição (...)*” que possui “*(...) um papel de prevenção, que tem se desenvolvido bastante no período contemporâneo*”¹⁴⁸. São os casos de compensação do dano extrapatrimonial ou patrimonialmente irreparáveis (já que é impossível a restauração do *status quo ante damnum*), ou mesmo de falta lucrativa (enriquecimento do ofensor com o dano) que propõem uma indenização ao lesado valorada segundo o critério punitivo-dissuasório. Esta questão será mais bem analisada em capítulos adiante, não sendo propício aqui o seu desenvolvimento.

Acredita-se que as funções ditas punitivas acima descritas, por muitas vezes, traduzem algo diverso: uma função dissuasória-pedagógica e não simples punição da conduta. Esta essência, que se apresenta escondida pelo uso indiscriminado da denominação função punitiva, necessita ser ressaltada, uma vez que é o anseio social a busca por mecanismos de responsabilização do ofensor, e não punitivos, que almejem a redução das condutas danosas e antijurídicas para aproximar-se da paz social.

¹⁴⁵ Artigo 494 do Código Civil português (Limitação da indemnização no caso de mera culpa): “*Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem*”.

¹⁴⁶ “*(...) função da responsabilidade civil: se essa função for puramente reparadora, a variação da culpabilidade não terá relevância, uma vez que a indemnização se aferirá sempre e só pelos prejuízos; se tal função for puramente punitiva, a relevância do grau de culpabilidade será máxima, em termos análogos à que apresenta no campo penal. Já vimos que há um sector em que a responsabilidade civil desempenha função simultaneamente reparadora e punitivo-preventiva, com predominância mesmo desta última: o da responsabilidade civil conexas com a criminal. (...) Por conseguinte, no domínio muito importante da responsabilidade civil conexas com a criminal, é indubitável que a graduação da culpabilidade tem influência na fixação do montante da indemnização*”. In JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 47-52 e 362-36-366.

¹⁴⁷ “*O importante, entretanto, é sublinhar que a função primordial é satisfazer a vítima pelo dano que lhe foi infligido. A idéia de sanção é secundária, funcionando mais com caráter intimidatório para evitar o dano, porém, também com intuito de fazer com que o causador sinta uma verdadeira pena, depois que tenha cometido o ato ilícito*”. in CASILLO, João. **Dano à pessoa e a sua indenização**. 1ª Ed. São Paulo: RT, 1987. p. 53.

¹⁴⁸ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 3.

Tanto é assim, que em capítulos adiante, verificar-se-á a tendência de transformação das penas no Direito Penal em indenizações civis, por melhor preservarem a dignidade da pessoa do ofensor, bem como inculir redução da coerção física.

II – SEGUNDA PARTE – A OBRIGAÇÃO DE REPARAR OU COMPENSAR O DANO COMO SANÇÃO.

6. Conceitos e diferenciações terminológicas: sanção e pena.

A nomenclatura sanção e pena é utilizada coloquialmente, e até mesmo no meio acadêmico, sem qualquer distinção, como representação de uma punição ou castigo. Entretanto, este uso é equivocado servindo este capítulo para esclarecer conceitos necessários para o desenvolvimento da presente dissertação.

Considerando que o sistema jurídico é marcado pela presença do Estado como gerador da ordem social, predominam duas correntes sobre a sanção jurídica¹⁴⁹ (diante de diversas outras): (i) ser a resposta institucionalizada à violação da norma jurídica, sendo, inclusive, regulada por outras normas do sistema jurídico; (ii) ser o exercício da força, ou seja, a coação.

A análise da sanção jurídica é abordada por diversos Autores e cada qual de forma particular, uma vez que a sua conceituação, direta ou indiretamente, interferirá na definição de norma jurídica ou ordenamento jurídico. Entretanto, como Direito está enraizado na tradicional dependência do poder do Estado para que desempenhe as funções de proteção (dos atos lícitos) e de repreensão (dos atos ilícitos) para proporcionar a ordem social, prevalece, no ocidente do século XX, a primeira corrente, pois poucos Autores defenderam o afastamento da sanção do conceito de Direito¹⁵⁰.

Assim, para analisá-la, inicialmente, retoma-se à Teoria Pura do Direito de Kelsen que apresentou o Direito como ciência e, para tanto, identificou que as normas jurídicas (que têm

¹⁴⁹ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 27.

¹⁵⁰ Há correntes que não tem na sanção o seu foco. “Autores que estão preocupados com o Direito como linguagem, lógica, conciliação, tecnologia, emancipação ou como justiça podem optar por não tratar da sanção. Isso porque o Direito não precisa ser sempre definido como instrumento para controle social ou instância para solução de conflitos”. Autores que não utilizam a sanção para definir Direito: E.B. Pasukanis (Direito será definido pela sua relação com o modo de produção capitalista); Junger Habermas (Direito ligado a uma racionalidade comunicativa que inclui a democracia e um agir comunicativo). In SALGADO, Gisele Mascarelli. **Sanção na teoria do direito de Norberto Bobbio**. Tese. (Doutorado em Filosofia do Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 18-19.

como conteúdo a conduta humana) são o objeto da ciência do Direito, pois são “(...) *mandamentos e, como tais, comandos, imperativos. Mas não são apenas comandos, pois também são permissões e atribuições de poder ou competência*”. Assim, diferencia normas jurídicas das proposições jurídicas (estas últimas também denominadas de enunciados) que são “(...) *juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica – nacional ou internacional – dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas conseqüências pelo mesmo ordenamento determinadas.*” A proposição jurídica descreve o Direito e evidencia o princípio da imputação: em uma fórmula geral, a proposição jurídica pode ser assim descrita: “(...) *sob determinados pressupostos, fixados pela ordem jurídica deve efetivar-se um acto de coerção, pela mesma ordem jurídica estabelecida.*”¹⁵¹

Estabeleceu-se a fórmula: NP→S. Em palavras, dada a não prestação deve ser a sanção¹⁵².

Assim, o conceito kelseniano de sanção é a resposta à violação da regra com o uso da força, sendo o seu caráter jurídico definido pela sua institucionalização que proporciona a coação ao sujeito para cumprimento da norma jurídica. Essa *coação institucionalizada*¹⁵³ assegura maior eficácia das normas jurídicas diante de outras normas (como a moral e a social)¹⁵⁴. Por esse motivo, o Autor busca justificar que as normas ausentes de sanções possuem sanções as quais estariam inseridas no ordenamento jurídico. Ratifica, assim, o posicionamento de que toda norma, para ser jurídica, possui uma sanção institucionalizada¹⁵⁵.

No mesmo sentido da tese kelsiniana, Carnelutti afirma que a sanção é meio (físico ou econômico) de impor o preceito (*fórmula de aplicação da regra ética*) e implica em coação para vencer a resistência da desobediência¹⁵⁶.

¹⁵¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 3ª Ed. Armênio Amado: Coimbra, 1974. p. 109-111 e 119-120.

¹⁵² MONTORO, Andre Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 311-312.

¹⁵³ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 27.

¹⁵⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 3ª Ed. Armênio Amado: Coimbra, 1974. p. 60-62.

¹⁵⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 3ª Ed. Armênio Amado: Coimbra, 1974. p. 171 e 172.

¹⁵⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. Lejus: São Paulo, 1999. p. 113-118.

Questionando os conceitos definidos por Kelsen, Bobbio entende não ser adequado que o conceito de sanção jurídica seja a coação propriamente dita, mas sim ser reação a uma violação a qual pode ser assegurada pelo uso da força¹⁵⁷.

“(...) O ressarcimento de um dano, o pagamento de uma multa ou a redução de limites definidos abusivamente nada têm a ver com o uso da força: são pura e simplesmente cumprimento de obrigações secundárias. A ligação dessas obrigações secundárias – que constituem a sanção jurídica – com a força está no fato de o seu cumprimento ser garantido, primeiramente, pela ameaça de colocar em movimento e, depois, por efetivamente colocar em movimento um aparato executivo dotado de meios coativos que são, ou tendem a ser, irresistíveis, com o escopo de obter pela força o cumprimento da obrigação secundária ou, então, um cumprimento alternativo ou substitutivo”¹⁵⁸.

Ascensão diferencia coercibilidade de coação, o que não é feito por Bobbio¹⁵⁹, sendo esta última o uso da força para cumprimento de uma regra. É errôneo afirmar que toda regra jurídica somente se aplica pela coação. Pelo contrário, a maioria das regras jurídicas é cumprida voluntariamente. Assim, *“coercibilidade consiste, não na susceptibilidade de aplicação coactiva da regra, mas na ‘susceptibilidade de aplicação coactiva de sanções com expressão física, se a regra for violada’”*. Nas palavras de Montoro, a coerção trata-se da *“(...) influência psicológica da sanção, que leva as partes a cumprir a obrigação para evitar os aspectos aflitivos da execução forçada (...)”*, esta última sim uma coação¹⁶⁰¹⁶¹.

Define, Ascensão, que a sanção jurídica seria

“(...) uma conseqüência desfavorável que a regra prevê para o caso de violação, e pela qual se reforça a sua imperatividade. (...) Não quer isto dizer que toda a regra seja necessariamente assistida de sanções – pode haver certas regras não sancionadas. (...) Em si, a sanção não é um

¹⁵⁷ Também contrapõe o conceito de sanção com relação à estrutura da norma e as idéias de Diniz, uma vez que expressa que são elementos essenciais da norma jurídica a sua imperatividade (dever situado no âmbito ético que busca regular conduta humana por todos consentida e desejada) e o autorizamento (norma jurídica pode ou não autorizar o uso da faculdade de reação do lesado, ou seja, a sanção não corresponde a coação, mas a assegura) – in DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 357-381. Importante considerar a definição de sanção por Miguel Reale, que busca por uma definição de Direito diferente da teoria kelsiniana, Para ele *“a sanção é toda conseqüência que se agrega, intencionalmente, a uma norma, visando ao seu cumprimento obrigatório. (...) é, portanto, somente aquela conseqüência querida, desejada, posta com o fim específico de tutelar a regra. Quando a medida se reveste de uma expressão de força física, temos propriamente, o que se chama de coação. A coação, de que tanto falamos os juristas é, assim, uma espécie de sanção, ou seja, sanção de ordem física”*. Diante da construção de Reale da teoria tridimensional do Direito (fato, valor e norma), é o valor (e não a norma) que determina se um comportamento deve ser sancionado ou não. in REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 260.

¹⁵⁸ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 28.

¹⁵⁹ A maioria dos autores de influência kantiniana não faz esta distinção por entenderem haver sinonímia entre os dois termos. In SALGADO, Gisele Mascarelli. **Sanção na teoria do direito de Norberto Bobbio**. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 18-19.

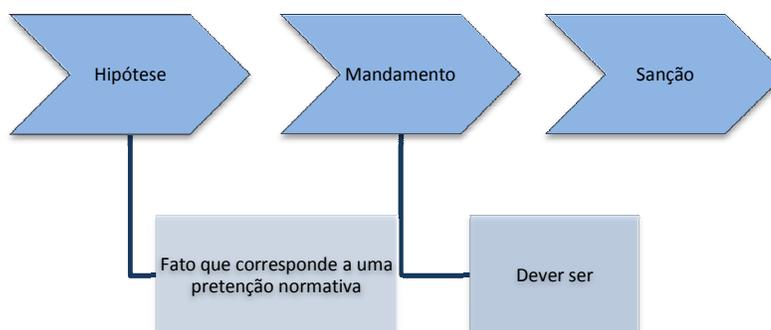
¹⁶⁰ MONTORO, Andre Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 468-469.

¹⁶¹ No mesmo sentido, DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 378-381.

*facto. Como consequência desfavorável, a sanção é um efeito jurídico, conteúdo de uma regra jurídica que prevê a violação de uma regra de conduta*¹⁶².

Lotufo, ao analisar o objeto do Direito, descreve o estabelecimento da relação jurídica através do fato (conduta social) previsto na hipótese normativa, a sua imputação (incidência normativa) e a correspondente sanção, a qual pode ser representada pela figura abaixo que se traduz:

*“(...) o jurista, ao verificar ocorrido o fato, entende-o típico, portanto ocorrida a tipificação da hipótese normativa, e conseqüentemente que ‘deve ser o mandamento’, ou seja, que deve ser o cumprimento do dever imputado e, no caso do descumprimento deste, o ‘dever ser’ da ‘sanção’”*¹⁶³.



Entretanto, Bobbio almeja o descolamento da ideia repressiva da sanção, pois esta sempre esteve impregnada no Direito. Resgata contornos filosóficos e sociológicos ao conceito de sanção¹⁶⁴ ampliando-o: a sanção passa ter além de “*conseqüências desagradáveis da inobservância da norma*” (função repressiva do Direito), também “*conseqüências agradáveis da observância*” da norma (função promocional do Direito), dividindo-se o gênero sanção em duas espécies respectivamente, a sanção negativa e a sanção positiva. Singelamente, em outras palavras, diz-se que “*A sanção é puramente uma conseqüência, boa ou má, agradável ou desagradável, de uma atitude perante o direito*”¹⁶⁵.

¹⁶² ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito** – Introdução e Teoria Geral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978. p. 29 e 45 e 58-59. Ascensão, afirma que a sanção reforça a imperatividade da norma. Já Kelsen afirma que a sanção (por si própria) conferiria eficácia à norma.

¹⁶³ LOTUFO, Renan. **Curso avançado de Direito Civil**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1. p. 130-131.

¹⁶⁴ Afirma que “(...) existe um certo consenso em entender como ‘sanção’ a resposta ou a reação que o grupo social manifesta por ocasião de um comportamento por algum motivo relevante de um membro do grupo (relevante no sentido negativo ou positivo, não importa), com o objetivo de exercer um controle sobre o conjunto dos comportamentos sociais e direcioná-los a certos objetivos mais do que a outros”. In BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 7 e 29.

¹⁶⁵ VASCONCELOS, Arnaldo. Sanção I. in FRANÇA, Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 66. p. 519.

No mesmo sentido, observando detalhadamente a norma jurídica, Montoro, utilizando-se da tese de Cossio, mas criticando-o, afirma que norma jurídica abrange três elementos básicos:

(i) “endonorma, que estabelece a prestação ou a obrigação”; (ii) “uma ou mais perinormas que estabelecem a conseqüências jurídicas negativas do não cumprimento da obrigação”; e (iii) “uma ou mais perinormas que estabelecem a conseqüências jurídicas positivas do cumprimento da obrigação”. Formula, assim, a seguinte estrutura: “Se ocorrer a hipótese (H), deve-se a prestação (P). Se a prestação não é cumprida, devem ser efetivadas, conseqüências negativas ou se a prestação é cumprida, devem ser efetivadas conseqüências positivas”¹⁶⁶.

$$Se H \text{ é } \rightarrow \text{ deve ser } P \rightarrow \left\{ \begin{array}{l} Se P \text{ NÃO é } \rightarrow \text{ devem ser conseqüências negativas} \\ \text{ou} \\ Se P \text{ é } \rightarrow \text{ devem ser conseqüências positivas} \end{array} \right.$$

Manifesta-se o entendimento de que a sanção jurídica por si só não pode ser caracterizada como coação. Corroborando com a tese desenvolvida por Bobbio, a sanção jurídica é uma *conseqüência* da norma, constituindo uma obrigação secundária que poderá ou não ser executada por meios coativos (físicos ou econômicos). Utilizando-se da nomenclatura sanção negativa e sanção positiva, apresentar-se-á melhor aprofundamento sobre as sanções jurídicas para, assim, concluir as distinções propostas.

6.1. Sanção negativa

A sanção negativa consiste na *conseqüência jurídica*¹⁶⁷ decorrente da violação da norma. Trata-se da definição de sanção jurídica de mais fácil assimilação já que muito próxima da estrutura normativa kelseniana, diferenciando-se, contudo, quanto ao caráter coativo, conforme abordado pelo tópico anterior.

¹⁶⁶ MONTORO, Andre Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 313-314.

¹⁶⁷ Nomenclatura utilizada por Diniz, citando Eduardo García Máynez e Juan Llambias de Azevedo. In DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2007. 18ª Ed. p. 376.

Ascensão, ao definir a sanção jurídica (a qual aqui, segundo o entendimento apresentado se caracteriza como sanção jurídica negativa, por estar atrelada a violação da norma), classifica-a em espécies¹⁶⁸ segundo a sua *função*, afirmando ainda que mais de uma espécie poderá ser aplicada cumulativamente a uma violação. As espécies pelo Autor apresentadas são:

- (i) *Sanção compulsória*. Recae sobre o violador da regra para que, mesmo de forma extemporânea, adote o comportamento devido. Não há qualquer caráter punitivo, mas simplesmente de compelir o violador a realizar a obrigação. São os casos da prisão pelo inadimplemento da prestação alimentícia (artigo 733 do CPC); a retenção de bem ou valores decorrentes do direito de indenização e a revogada prisão civil por dívida¹⁶⁹.
- (ii) *Sanção reconstitutiva*. Reconstitui-se, em espécie (*in natura*), a situação que se teria alcançado com a “observância da regra”. São os casos da reitegração de posse; execução específica de uma obrigação de dar, fazer e não-fazer (inclusive de contratar); e a indenização específica¹⁷⁰ na responsabilidade civil.
- (iii) *Sanção compensatória*. Almeja-se uma situação equivalente à situação antes da violação da regra, uma vez que não é possível reconstituí-la. O Autor entende que esta sanção “*opera sempre através de uma indenização de danos sofridos*” que consistiriam na falta do próprio bem devido; outros danos patrimoniais e os danos pessoais.
- (iv) *Sanção punitiva*. Visa a castigar o agente que praticou violações graves a ordem jurídica, violador, impondo-lhe sofrimento e reprovação. Denominam-se penas e podem ser aplicadas no âmbito penal, civil e administrativo.
- (v) *Sanção preventiva*. Mesmo tendo ocorrido a violação da regra a sanção é aplicada com a finalidade de “*prevenir violações futuras, de que a prática do ilícito anterior justifica o receio*”. Exemplificam-se as medidas de segurança, do Direito Penal ou a

¹⁶⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito** – Introdução e Teoria Geral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978. p. 45-57. Interessante observar é que a análise do caráter coativo da sanção não altera a estruturação das espécies de sanção. A exemplificar, Carnelutti, que é adepto ao conceito de sanção como coação, aponta quatro ordens de sanções:

(a) *restituição*, de caráter de satisfação, que almeja o “*restabelecimento da situação anterior à inobservância do preceito*”, (...) “*resolve-se no sacrifício de um interesse idêntico*”.

(b) *pena*, de caráter aflitivo, resolve-se “*no sacrifício de um interesse diverso do interesse a sacrificar segundo o preceito*”.

(c) *ressarcimento*, espécie híbrida de caráter satisfatório e aflitivo, resolvendo-se “*no sacrifício de um interesse diferente do interesse sacrificado pelo preceito, mas a ele equivalente*”.

(d) *reparação*, espécie híbrida de caráter satisfatório e aflitivo, resolvendo-se “*no sacrifício de um interesse compensativo desse mesmo interesse*”. In CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Lejus, 1999. p. 113-118.

¹⁶⁹ Segundo o Autor, em Portugal um exemplo de sanção compulsória é a prisão do arrematante de hasta pública que não efetuou o pagamento devido conforme artigo 904 do código de processo civil Português.

¹⁷⁰ Conforme artigo 947 do Código Civil e Artigo 566/1 do Código Civil português.

“inabilitação para o exercício de funções públicas em consequência da prática de certos factos delituosos”.

Já Diniz demonstra que as sanções podem ser classificadas de acordo com a sua natureza¹⁷¹:

- (a) “restitutivas - visam à reposição das coisas no estado anterior em que estavam antes da violação da norma;*
- (b) compensatórias – abrangem indenização ou reparação do dano;*
- (c) repressivas – constituem penas em geral do direito criminal ou penal;*
- (d) advenientes – são as sanções por incúria, abandono, desídia etc., que consistem na perda de um direito.*
- (e) preventivas – são constituídas pelas medidas de segurança estabelecidas em lei por motivos de precaução”.*

Ascensão ainda indaga se seria uma sanção a ineficácia do ato jurídico (*lato sensu*) por a lei considerá-lo inadequado para produzir efeitos, considerando a existência da autonomia privada das partes. Antes de concluir, esclarece que a ineficácia jurídica mais relevante é a de invalidade, a qual, segundo o Autor, se subdividiria em inexistência jurídica – o ato jurídico não produz qualquer efeito, sendo, assim, um nada jurídico; nulidade – o ato jurídico não é válido desde o início dos efeitos e visa a proteger o interesse público; e anulabilidade – ato jurídico é válido a princípio, mas pode ser invalidado, segundo o interesse privado.

Sem almejar uma solução, simplesmente elucida os posicionamentos favoráveis e desfavoráveis. Se *“(...) tudo o que é criado pelas partes é juridicamente relevante”*, o ato jurídico deverá tornar-se ineficaz e, portanto, configurando-se ato ilícito. Neste caso, haveria a sanção. Porém, se a norma jurídica é quem confere a *“razão da relevância do acto”*, a ineficácia é consequência da falta de *“pressuposto da regra jurídica”*, não havendo sanção. Ressalta que, caso a invalidade seja compreendida como sanção, esta não poderá ser aplicada aos atos inexistentes juridicamente, pela sua natureza de nada no mundo jurídico¹⁷².

Verifica-se que a caracterização da nulidade como sanção trata-se de problemática que divide a teoria do Direito:

“(...) la sottrina tradizionale è portata a negare l’identificazione di sanzione e nullità ed è seguita da alcuni degli studiosi più influenti degli ultimi anni, ma nelle prospettive più aperte al funzionalismo si nota una sostanziale riconduzione della categoria di nullità a quella di

¹⁷¹ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 375-376.

¹⁷² ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito – Introdução e Teoria Geral**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978. p. 46-50.

sanzione, sia pure a una specie particolarissima di sanzione, che più che punizione o riparazione andrebbe definita frustrazione, nel senso che la misura afflittiva cui è sottoposto colui che viola una norma tecnica rende la sua azione non già a lui malefica o svantaggiosa, ma inutile. Ma in tal modo si lascia cadere quello che della sanzione giuridica è un connotato particolare, il suo essere – secondo la definizione già data in precedenza – una misura specifica, che presuppone l'intervento attivo dell'ordinamento contro l'autore dell'atto illecito. Con la nullità non sia sanziona l'atto invalido, bensì ci si limita a constatarne l'irriconecibilità sociale – il che non comporta di per sé l'irrelevanza giuridica dell'atto sotto diversi profili –, non solo in quanto questo non è conforme agli schemi normativi, ma anche e ancor più radicalmente perché non è identificabile come quell'atto giuridico voluto dall'agente. In questa prospettiva si può arrivare a dire che più che la validità di alcuni atti, ciò che viene sindacata è la loro stessa esistenza.”¹⁷³

Analisando os negócios jurídicos nulos e seus efeitos, Bdine Júnior diferencia eficácia da validade, pois aquela está relacionada à produção de efeitos esperados do negócio jurídico contra todos, enquanto que esta relaciona-se às regras vigentes ao negócio jurídico, ou seja, *inter partis*. O Autor conclui posicionar-se favorável à sanção de invalidade e ineficácia, pois

“(...) a razão fundamental pela qual se nega validade a um negócio é a necessidade de estipular-se sanção à manifestação de vontade em desacordo com o ordenamento. Assim, a sanção consiste em negar-lhe validade e, em consequência, impedi-lo de produzir efeitos”¹⁷⁴.

Entende-se que a ineficácia e a invalidade são sanções, inclusive desprovidas de conteúdo patrimonial. Todavia, acredita-se que tais sanções não devem compor a classificação anterior. Isso porque, percebe-se que ora as sanções possuem natureza punitiva e ora natureza compensatória. Dessa forma, as sanções de invalidade e de ineficácia poderão ser inseridas na classificação das sanções acima apresentadas, observando-se, tão somente a sua natureza. Mais adiante, verificar-se-á que algumas das penas privadas consistem em invalidades e ineficácias.

Diniz também apresenta outra classificação para as sanções jurídicas (as quais aqui, segundo o entendimento apresentado se caracterizam como sanções jurídicas negativas, uma vez que estão atreladas à violação da norma), qual seja, em espécies quanto ao ramo do Direito, as quais seguem com exemplos¹⁷⁵:

- (i)civis (p.ex. condenação pecuniária);
- (ii)penais (p.ex. penas privativas de liberdade);

¹⁷³ D'AGOSTINHO, Francesco. **Enciclopedia del diritto**. [Varese?]: Dott. A. Giuffrè Editore. 1989. v. 41. p. 322.

¹⁷⁴ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. **Efeitos do negócio jurídico**. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007. p. 122-126.

¹⁷⁵ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 375-376.

- (iii) administrativas (p.ex. interdição de estabelecimentos);
- (iv) processuais (p.ex. condenação nas custas e despesas processuais).

Grosso modo, pode-se dizer que diante da classificação pelo ramo do Direito, via de regra, as sanções civis demandam a existência de um dano, enquanto que as demais sanções, via de regra, somente demandam a tipificação do ato para a sua aplicação

Como as sanções jurídicas negativas são consequências jurídicas da violação da norma, Bobbio compreende que tais sanções cumprem uma *função de desencorajamento* à prática do ato violador da norma. O Autor as caracteriza como *medidas de retribuição e de reparação* (pois intervêm quando o comportamento já ocorreu), denominando seu gênero como *medida indireta de controle social*, já que “*o comportamento não desejado ou desejado continua sendo possível, mas (...) uma vez praticado, é seguido por medidas que pretendem a sua retribuição ou reparação*”¹⁷⁶.

Sob o ponto de vista funcional do Direito, tais medidas indiretas proporcionam a *conservação social*, pois não há qualquer motivação para o cumprimento da norma (de comportamento permitido ou obrigatório), exceto o temor de ser sancionado no caso do descumprimento de uma norma de comportamento obrigatório¹⁷⁷.

Por fim, diante de tantas espécies, conclui-se que muitos Autores cometem o equívoco ao denominar pena como gênero ou sinônimo de sanção, já que, na realidade, trata-se de uma das espécies de sanção (a sanção punitiva)¹⁷⁸.

6.1.1. Pena e pena privada

Devido ao tema desenvolvido neste estudo, importante conceituar e diferenciar as penas que consistem em espécies do gênero sanção e têm como escopo o castigo. Utilizando-se das

¹⁷⁶ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p.31.

¹⁷⁷ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p.19-21.

¹⁷⁸ VASCONCELOS, Arnaldo. Sanção I. in FRANÇA, Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 66. p. 521.

classificações apresentadas anteriormente, pode-se dizer que as penas são sanções negativas, pois possuem caráter de repreensão à violação da norma e não de premiação/promoção de conduta. Podem ser aplicadas no âmbito penal ou civil e, por isso, a denominação pena e pena privada, respectivamente.

No Direito Penal, o conceito de pena, segundo o posicionamento mais tradicionalista, trata-se de uma sanção à pessoa que violou norma jurídica para atingir ou lesar interesse social, objetivando-se, assim, proporcionar prevenção geral negativa (intimidação de potenciais delinquentes); prevenção geral positiva (publicidade da vigência da norma); prevenção especial positiva (ressocialização do criminoso) e prevenção especial negativa (afastamento do indivíduo criminoso da sociedade)¹⁷⁹. Ademais, necessitam de previsão legal da pena para que se assegure a constitucionalidade da condenação conforme o princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege*.

No âmbito civil, Gallo¹⁸⁰ afirma que necessário ainda distinguir sanção civil com o significado de pena privada. Este é bem mais restrito, já que a sanção civil não está necessariamente vinculada a um valor pecuniário, “*mas pode resultar da decadência de um direito ou da possibilidade de fazê-lo valer em juízo*” (como a nulidade que é uma sanção do ordenamento aos casos de violação de norma imperativa, ou da sanção de resolução do contrato pelo seu inadimplemento). Assim, para o Autor “*pena privada em sentido estrito é a imposição da obrigação de pagar soma de dinheiro culminada a título de sanção*”, exercendo função punitiva, subdividindo-a em (i) *negocial*, quando advém da estipulação da vontade das partes, por exemplo, cláusula penal e arras punitivas dos contratos; (ii) *legislativa*, por ser determinada por lei, como no caso das legislações específicas (exemplifica que na Itália há dispositivos legais que asseguram o pagamento de valor em dinheiro para os casos de emissão

¹⁷⁹ Esse conceito acaba por separar as responsabilidades civil e penal, pois, a sanção, no caso da responsabilidade civil, corresponde à reparação do dano (“princípio da restituição”), assumindo a responsabilidade pelo mal um caráter accidental já que existem pessoas que são responsáveis pelo dano e não deram causa a ele (responsabilidade por fato de terceiro) e outras que são responsáveis sem terem agido com conduta reprovável (responsabilidade sem culpa) - in PÜSCHEL, Flávia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no Direito Civil brasileiro: uma proposta de investigação empírica. **Revista de Direito GV**. jul. – dez. 2007. v. 3. n.21. p. 24.

¹⁸⁰ GALLO, Paolo. **Pene private e responsabilità civile**. Milão: Guiuffrè, 1996. p. 33-35. O Autor compreende que pena privada é composta pelos seguintes elementos: (i) estipulação de valor pecuniário independente da quantificação do dano; (ii) finalidade exclusivamente punitiva; a avaliação do grau de culpa *lato sensu* aumentando ou reduzindo o valor pecuniário; (iii) pessoalidade da obrigação (intransmissível por cessão ou sucessão); (iv) ocorrência de delito civil (não se preocupando com o dano).

de gases sem cobertura; construção de edifício ocupando parcialmente o fundo de outro; violação de regulamento condominial, etc.); (iii) *judicial*, quando determinada pelo Juiz.

Ao contrário do que se possa dizer instintivamente, Azevedo e Dias afirmam que no Direito Civil brasileiro há muitos exemplos de penas privadas, citando, como exemplo¹⁸¹¹⁸²: (i) a destituição do poder familiar do pai ou mãe que incorram em condutas descritas no artigo 1.638 do Código Civil; (ii) a pena de sonegados, do artigo 1.992 do Código Civil; (iii) perda da indenização do seguro no caso de declarações inexatas ou omitidas que influam na aceitação da proposta, conforme o artigo 766 do Código Civil; (iv) a oposição, pelo segurador ao segurado, de quaisquer defesas que tenha contra o estipulante, por descumprimento das normas de conclusão do contrato, ou o próprio pagamento do prêmio, artigo 767 do Código Civil; (v) perda do direito à garantia do segurado se agravar intencionalmente o risco, artigo 768 do Código Civil; (vi) perder a garantia, se o segurado tiver notícia do agravamento do risco e silenciou-se com má-fé, artigo 769 do Código Civil; (vii) o pagamento do dobro do prêmio estipulado, caso o segurador expedir apólice tendo o conhecimento de que o risco não é mais existente, conforme artigo 773 do Código Civil; (viii) o credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro, artigo 939 do Código Civil; (ix) caso o credor demande por dívida já paga ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar o devedor o dobro do que houver cobrado, na primeira hipótese, e, na segunda, o credor deverá pagar o equivalente do que exigiu, artigo 940 do Código Civil; (x) ocorrendo um dos crimes descritos pelo artigo 44 da Lei 8.245/91 (Lei de locações) – como, por exemplo, recusa de fornecer recibo do aluguel de habitações coletivas multifamiliares e outros - poderá o prejudicado reclamar, em processo próprio, multa equivalente ao valor do aluguel ou do que esteja sendo cobrado do novo locatário, se realugado o imóvel, segundo estabelece o parágrafo único do referido artigo.

Verifica-se que o entendimento dos Autores sobre pena privada é mais amplo, diferenciando-se da conceituação utilizada por Gallo. Segundo os Autores Brasileiros, a pena

¹⁸¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma. jul/set 2004. v. 19. p. 211-219. e DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 998-999.

¹⁸² No mesmo sentido, VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages do direito comparado e brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 39.

privada trata-se de uma sanção jurídica negativa no âmbito privado e com função exclusivamente punitiva. Não há, portanto, qualquer distinção quanto ao caráter pecuniário ou não da pena privada. Pelo contrário, pelos exemplos transcritos, observa-se que ora as penas privadas são de natureza não patrimonial, ora patrimonial e não pecuniária, ora exclusivamente pecuniária.

Portanto, as sanções civis são gênero das penas privadas. Azevedo faz ainda questão de ressaltar que as penas privadas diferenciam-se das sanções penais, pois, tendo em vista o âmbito de aplicação, “(...) não se exige a tipicidade rígida própria do direito penal”¹⁸³.

Dias ressalta que alguns Autores associam a pena privada à sua função punitiva no âmbito civil pela dificuldade de estimação do dano. Todavia, tanto Dias como Azevedo, posicionam no sentido de separação dos conceitos de indenização e pena privada, visto que possuem naturezas diferentes.

6.1.2. Sanções civis e sanções administrativas

Entende-se oportuno apresentar as diferenciações das sanções civis e administrativas, para manterem-se claros conceitos e aplicações. Anteriormente, verificou-se que a sanção civil assim se caracteriza por ser consequência (negativa) que ocorre aos atos jurídicos no âmbito civil, podendo alcançar funções diversas (desde a reparação até a punição) que refletirão na sua denominação.

Pelo outro lado, Vitta define sanção administrativa como

“(...) a consequência repressiva, estipulada pela ordem jurídica e imposta por autoridade administrativa, no exercício da função administrativa, desfavorável ao sujeito (infrator ou responsável), com a finalidade de desestimular as pessoas a cumprirem as normas do ordenamento normativo, em virtude de conduta (comissiva ou omissiva) praticada em ofensa ao mandamento da norma jurídica”.

O Autor observa que há uma identificação ontológica entre os ilícitos penais e administrativos e, assim, pode-se dizer que

¹⁸³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma. jul/set 2004. v. 19. p. 213.

“(…) as sanções penais e administrativas são iguais, homogêneas e eventuais divergências de gravidade não significam distinção de fundo, de substância. As sanções são, ontologicamente, iguais. Apesar disso, mencionam-se sanção penal e sanção administrativa, que são tipos ou espécies delas; critério adotado para distingui-las, como visto, é o da autoridade competente para impô-las, segundo o ordenamento jurídico¹⁸⁴.”

Conclui que não há *bis in idem* porque quanto aos ilícitos administrativo e penal admite-se a concorrência de responsabilidades, posto que há diversas tipicidade e legalidade de infrações¹⁸⁵.

Compreende-se que as sanções administrativas divergem das civis e, como a origem decorre do Direito Penal, necessitam de serem impostas por autoridade administrativa competente, bem como serem tipificadas respeitando-se o *nullun crimen nulla poena sine lege*, segundo a Constituição Federal (artigo 5º, XXXIX). Já as sanções civis não são taxativas por decorrência da sua natureza civil, e podem ser aplicadas tanto pelo magistrado como pelos particulares (cláusula penal, por exemplo).

Pode-se ainda dizer que as penas privadas, por serem espécies de sanções civis, distinguem-se da sanção administrativa em dois aspectos: quanto ao destino da condenação pecuniária, sendo a primeira ao particular (âmbito privado) e a segunda aos cofres públicos; e quanto a tipicidade da sanção, quais sejam, não típicas e típicas, respectivamente.

6.2. Sanção positiva

A sanção positiva trata-se de prêmio ou de recompensa pela realização de determinado comportamento conforme ou superconforme a norma jurídica, como ocorre no caso dos benefícios fiscais (isenção ou abatimento de tributos) e prêmios de inovação tecnológica.

Verifica-se que a sanção positiva é a imagem espelhada da sanção negativa, já que o prêmio cumpre uma *função retributiva* (posto que mero reconhecimento) enquanto que a recompensa cumpre a *função de compensação*. Assim, “*tal como uma sanção negativa, uma*

¹⁸⁴ VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no Direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 65-68.

¹⁸⁵ VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no Direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 114-116.

*sanção positiva se resolve na superveniência de uma obrigação secundária – lá no caso de violação; aqui no caso de supercumprimento de uma obrigação primária*¹⁸⁶.

Bobbio nota que na linguagem jurídica, caso não haja qualquer pré-referência ao gênero e espécies de sanção, deve-se entender tratar de sanção negativa. Isso se deve pela influência da Teoria de Kelsen que, apesar de admitir a existência de sanções premiaias, reduziu sua importância a um papel secundário no ordenamento jurídico, uma vez que este seria coercitivo¹⁸⁷.

Importante diferenciar a sanção positiva da *técnica de facilitação*. Ainda segundo Bobbio,

*“por técnica de facilitação entendo o conjunto de expedientes com os quais um grupo social organizado exerce um determinado tipo de controle sobre os comportamentos de seus membros (neste caso, trata-se do controle que consiste em promover a atividade na direção desejada), não pelo estabelecimento de uma recompensa à ação desejada, depois que esta tenha sido realizada, mas atuando de modo que a sua realização se torne mais fácil ou menos difícil. Note-se a diferença: recompensa vem depois, enquanto que a facilitação precede ou acompanha a ação que se precede encorajar”*¹⁸⁸.

Verifica-se, portanto, que somente os prêmios e recompensas caracterizam-se como sanções positivas, pois são ulteriores à ocorrência do fato previsto pela norma. Não obstante, tanto as sanções positivas como a técnica de facilitação desempenham uma função promocional de condutas desejadas e, por isso, recebem a denominação de *medidas indiretas de controle social*, pois *“o comportamento não desejado ou desejado continua sendo possível, mas se torna mais difícil ou mais fácil, ou, então, uma vez praticado, é seguido por medidas que pretendem a sua retribuição ou reparação”*¹⁸⁹. Do ponto de vista funcional, caracterizam-se como medidas de encorajamento de condutas que exercem o papel de *mudança* por estimular o agente a um comportamento igual ao previsto na norma, ou melhor.

¹⁸⁶ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p.29.

¹⁸⁷ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p.7-8 e 17-18.

¹⁸⁸ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p.30.

¹⁸⁹ A título informativo, as medidas diretas de controle social consistem em medidas que *“(...) procuram obter o comportamento desejado ou impedir o indesejado agindo sobre o comportamento em si (...)”*- também denominado de medidas de constrição ou de preclusão. In BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 31-32.

Assim, Bobbio afirma que “(...) a imagem tradicional do direito como ordenamento protetor-repressivo” está, aos poucos, sendo abandonada, por consequência do “(...) freqüente uso de técnicas de encorajamento” constituindo o ordenamento jurídico com uma nova função: a *promocional*¹⁹⁰. Ressalta-se que entende ser fundamental que haja conduta superconforme à norma jurídica para a aplicação da sanção positiva. Caso a premiação consista na conduta conforme a norma jurídica, não se fomentará qualquer mudança de conduta, pelo contrário: será necessário sempre um estímulo para o cumprimento da norma jurídica extinguindo, gradativamente, a sua natural imperatividade.

Um exemplo marcante desta premiação anômala foi documentado pelos noticiários da imprensa nacional em novembro de 2004. A Sra. Ione Pereira Machado, de 48 anos, moradora de

*“um bairro pobre de Maringá, cadastrara-se no programa havia nove meses, porque seu marido esteve desempregado durante um ano, dois meses e 20 dias. Com a chegada do cartão do Bolsa Família, em agosto, ela recebeu 50 reais. No fim de setembro, quando o marido recebeu o primeiro salário, resolveu devolver o cartão. ‘Ficamos com dor na consciência. A gente sabia que não era certo receber a ajuda porque ele [o marido] já tinha arrumado um emprego. Outras pessoas precisavam desse dinheiro’, justificou Ione.”*¹⁹¹ “(...) ela recebeu uma carta de agradecimento do Presidente Lula por ter devolvido o seu cartão do programa Bolsa Família, uma vez que seu marido havia acabado de arranjar um emprego de R\$ 400 (...). Na carta, o presidente disse que ficou emocionado ao tomar conhecimento da atitude da dona de casa. E que o gesto é admirável e deve servir de exemplo. ‘Talvez a senhora não tenha idéia da importância do seu gesto num momento como o que a gente está vivendo, dona Ione. O gesto de uma brasileira que, com toda a dificuldade que é a luta pela sobrevivência num país...’”¹⁹² *“Ione se sentiu surpresa e emocionada em receber a carta. Disse mesmo que iria colocá-la num quadro, por que não era todo mundo que tinha essa honra de receber uma carta escrita de próprio punho pelo presidente”*¹⁹³.

Generosidade. Foi este o título da Revista Época¹⁹⁴ para a “notícia”, que destacou o gesto desta cidadã que teve como prêmio o respeito e a carta (de próprio punho) do Presidente da República, além da boa-fama na imprensa falada e escrita. Sob o âmbito da sanção

¹⁹⁰ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 13.

¹⁹¹ SODRÉ, Muniz. Imprensa e as lições de simplicidade. **Observatório da imprensa**, [S.I.], 16 nov. 2004. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/artigos.asp?cod=303FDS001>>. Acesso em: 19 mar. 2010.

¹⁹² BRASIL. Ministério do Planejamento. Um grande abraço, meu e da Marisa. **Clipping**. [Brasília], 10 nov. 2004. Disponível em <<http://www.qprocura.com.br/clip-noticias/2004/47104/Um-grande-abraco--meu-e-da-Marisa.html>> Acesso em: 19 mar. 2010.

¹⁹³ INSTITUTO DE CULTURA E CIDADANIA. Ione Pereira Machado. **A voz do cidadão**. [S.I.], 23 nov. 2004. Disponível em: <http://www.avozdocidadao.com.br/detailEditorial.asp?ID=307&SM=1%2329&pagina=16>>. Acesso em: 19 mar. 2010.

¹⁹⁴ Generosidade. **Revista Época on line**. [São Paulo], 11 nov. 2004. Edição 339. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG67440-5988-339,00.html>>. Acesso em: 19 mar. 2010.

positiva, há duas questões centrais: O programa bolsa família trata-se de uma forma de sanção positiva? A conduta da Sra. Ione Pereira Machado foi uma conduta superconforme?

Quanto à primeira indagação, entende-se que se trata de uma *técnica de facilitação*, uma vez que

*“ao entrar no Programa, a família se compromete a cumprir as ‘condicionalidades’ do Bolsa Família nas áreas de saúde e educação, que são: manter as crianças e adolescentes em idade escolar frequentando a escola; e cumprir os cuidados básicos em saúde, que é seguir o calendário de vacinação para as crianças entre 0 e 6 anos, e a agenda pré e pós-natal para as gestantes e mães em amamentação”*¹⁹⁵.

Assim, o benefício ocorre juntamente com a direção da conduta tomada pela família beneficiada, não se caracterizando uma sanção positiva porque não há o cumprimento de uma conduta para uma posterior recompensa. Verifica-se também que a técnica de facilitação está atrelada às características sócio-culturais do país, já que o programa bolsa família não poderia ser considerado técnica de facilitação em um país desenvolvido onde o estudo das crianças e adolescentes é cumprido por todos indistintamente e assegurado pelo Estado.

Quanto à segunda questão, entende-se que a conduta da Sra. Ione Pereira Machado foi normal, uma vez que os benefícios do Programa Bolsa Família são para os cidadãos que necessitam de tal assistência. Trata-se de uma questão de Direito: a referida senhora não mais se enquadrava nos requisitos legais para concessão do benefício¹⁹⁶, agindo, portanto de forma ativa para a sua exclusão (o que possibilitaria a utilização do benefício por outras pessoas com maiores dificuldades financeiras), para que não recebesse o benefício indevidamente. Não obstante, considerando a característica sócio-cultural da população brasileira, acredita-se que o ato da cidadã também foi louvável, sendo merecedor de um prêmio.

Como será possível conciliar a função promocional do Direito ante este cenário, constatando-se que a população Brasileira necessita de incentivos para o cumprimento normal da lei (norma)? Entende-se que as medidas de promoção do Direito (como as sanções positivas e as técnicas de facilitação) estão impregnadas pelo caráter econômico ou

¹⁹⁵ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e do Combate à Fome. Programa Bolsa Família – Benefícios e condicionalidades. [Brasília], [2009?]. <http://www.mds.gov.br/bolsafamilia/o_programa_bolsa_familia/beneficios-e-contrapartidas>. Acesso em: 19 mar. 2010.

¹⁹⁶ BRASIL. Lei 10.836, de 09 de janeiro de 2004 e Decreto nº 5.209, de 17 de setembro de 2004.

patrimonialista, uma vez que uma das alavancas da sociedade é a recompensa (salário ou remuneração)¹⁹⁷.

Seria preciso um mecanismo intermediário que possibilitasse à população brasileira o cumprimento normal da lei, para assim, vislumbrar os mecanismos reais de promoção do Direito, os quais necessitam de cidadãos com educação formal e familiar¹⁹⁸ constituída. Caso contrário, os mecanismos promocionais tornar-se-ão uma permuta de uma conduta forçada por dinheiro, sem qualquer promoção de mudança: uma conservação social.

7. Perspectiva especial sobre a sanção jurídica. O controle social vs direção social: a função do Direito segundo Bobbio.

Bobbio preocupa-se em definir as funções do Direito a partir do estudo das relações entre as sanções e os seus efeitos, sem qualquer pretensão de invadir o campo da sociologia, mas sempre limitado à perspectiva da Teoria Geral do Direito (estrutura). Assim, diante desta idéia, observa que o Direito possui as seguintes funções¹⁹⁹:

- (i) Negativa (protetivo-repressiva), que quando se trata de atos conformes, assegura-lhes o seu exercício e, quando se trata de atos desviantes, atribui-lhes determinada consequência, sendo os atos superconformes tolerados. Preocupa-se com comportamentos socialmente não desejáveis.
- (ii) Positiva (promocional), que tutela e promove atos conformes, “(...) *tornando atos obrigatórios particularmente atraentes e os atos proibidos particularmente repugnantes*”. Preocupa-se com comportamentos socialmente desejáveis.

Para constatar tais funções, Bobbio observou a sanção jurídica de forma mais cuidadosa afastando o seu caráter de coação e descobrindo a sanção positiva que promove mudança na sociedade, pois encoraja os cidadãos a praticarem condutas desejadas aproveitando-se ao máximo a liberdade do indivíduo (função promocional). Diferentemente destas, as sanções

¹⁹⁷ Refere-se às quatro alavancas do movimento social (da mecânica social) propostas por Jhering: Duas de natureza egoística, quais sejam a recompensa e a coação; e duas de natureza ética ou moral, quais sejam, o senso de dever e o amor. In JHERING, Rudolf Von. **A finalidade do Direito**. Rio de Janeiro: Rio, 1979. v. I e II.

¹⁹⁸ Entende-se por *educação familiar* a educação para convivência social provida pela família ao indivíduo.

¹⁹⁹ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 14-15.

negativas, por serem de caráter protetivo e repressivo, mantêm a estagnação social e não estimulam condutas melhores e inovadoras (condutas superconforme)²⁰⁰. Consequentemente, o Autor faz previsões de que o controle social através da função protetivo-repressiva está fadado a sua redução, pois, (a) será sobreposto ao controle coercitivo o condicionamento psicológico dos indivíduos por meio da persuasão lastreada na difusão nos meios de comunicação em massa – o que Bobbio denomina *formação e predomínio de um controle social de outro tipo*; e (b) constituir-se-á uma sociedade tecnologicamente avançada que proporcionará o *controle antecipado* da conduta, reduzindo-se a interferência do Direito para o controle social – como consequência do *aumento dos meios de prevenção social*.

Nas palavras do Autor,

*“(...) quando falo aqui de um provável deslocamento da repressão à prevenção da política social das sociedades tecnologicamente avançadas, refiro-me a um fenômeno muitíssimo mais complexo e relevante, isto é, à tendência de utilizar os conhecimentos cada vez mais adequados que as ciências sociais estão à altura de nos fornecer sobre motivações do comportamento desviante e sobre as condições que o tornam possível com o objetivo não de recorrer às reparações quando ele já houver sido praticado, mas de impedir que ocorra. Hoje, a ciência pode vir, como jamais ocorreu antes, ao encontro da sabedoria popular, a qual ensina que é preciso fechar o estábulo antes que os bois fujam. (...) porque disponibilizar um gigantesco aparato para antes individualizar, depois julgar e, finalmente, punir um comportamento desviante, quando se pode modificar as condições sociais de modo a influir nas próprias causas que o determinam?”*²⁰¹

Bobbio acredita que, no futuro, mecanismos diversos proporcionarão à sociedade *direção social* e não mais *controle social*. As sanções positivas seriam a expressão atual dessa tendência que se inicia. Ademais, busca destacar a premente necessidade de constituir mecanismos (jurídicos ou não) que proporcionem uma mudança do comportamento dos indivíduos de forma permanente, possibilitando-se, assim, a prevenção dos comportamentos desconforme a norma. Bobbio não desmerece a função preventiva que as sanções repressivas proporcionam. Entretanto, almeja uma mudança de maiores proporções.

8. A obrigação de reparar ou compensar o dano como sanção.

²⁰⁰ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 19-21.

²⁰¹ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 36.

Tendo em vista a apresentação dos conceitos e as diferenciações terminológicas realizadas nos capítulos anteriores, passa-se analisar mais detidamente a obrigação de reparar ou compensar o dano como sanção²⁰². Fundado nos princípios do *neminem laedere* (não ofender/causar dano a ninguém) e do *restitutio in integrum* (restituição integral), o instituto da responsabilidade civil desenvolveu-se a fim de assegurar o restabelecimento do *status quo ante damnum* (estado anterior ao dano). Assim, o artigo 927 do Código Civil estabelece que a consequência jurídica do ato ilícito trata-se da *obrigação de indenizar* o dano.

Justifica-se a natureza obrigacional da responsabilidade civil, não só como decorrência da expressão legal, inclusive no Código Civil português²⁰³, bem como a tradição de se incluir o ato ilícito entre as fontes obrigacionais. Jorge posiciona-se pela natureza obrigacional, já que a responsabilidade consiste em um dever que pode ser cumprido voluntariamente: “(...) a responsabilidade exige, como qualquer ‘dever positivo’, a realização de uma conduta, que é a ‘entrega da indenização’”.

A voluntariedade do cumprimento do dever de indenizar é determinante sobre as demais teses de definição da natureza da responsabilidade. Jorge as diferencia com simplicidade e maestria. A responsabilidade não pode ser entendida como *sujeição a uma sanção* (leia-se aqui, sanção de caráter punitivo), pois a indenização não corresponde ao autor do fato danoso uma sujeição a uma punição. Caso seja argumentada a existência de uma função punitiva da responsabilidade civil, ainda não poderia assim afirmar, uma vez que o autor do fato danoso estaria *sujeito à criação da sanção*. O Autor ainda apresenta o entendimento de outros doutrinadores que compreendem ser a natureza jurídica da responsabilidade a *sujeição à execução*, o que ele repudia por entender traduzir uma situação puramente passiva onde o credor teria direito sobre o patrimônio do devedor. Por fim, ainda há posicionamentos de que a responsabilidade seria a *sujeição do patrimônio à execução*, entretanto, Jorge afasta tal natureza, pois tal sujeição somente ocorreria quando o ofensor não efetuar o pagamento da indenização e se assim fosse requerido pelo lesado²⁰⁴.

²⁰² Importante notar que para este entendimento, foi afastada a teoria kelseniana de que a sanção corresponde à coação. Aqui, a sanção corresponde à consequência jurídica do cumprimento ou violação da norma jurídica.

²⁰³ O Código Civil português assim regula a responsabilidade civil como modalidade especial de obrigação de indenização (artigos 483 e 562 e seguintes).

²⁰⁴ JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 42-44.

Considerando ser a natureza da responsabilidade obrigacional, Jorge entende ser necessária a distinção entre o dever de indenizar e o dever de prestar da relação obrigacional fundada na relação creditícia, uma vez que são deveres distintos e autônomos, tanto assim o é que a indenização mede-se pela extensão do dano, o qual pode ser maior ou menor que a prestação obrigacional.²⁰⁵

No mesmo sentido de que a responsabilidade civil trata-se de obrigação, Larenz justifica que as obrigações decorrem de acontecimentos vitais, os quais mais expoentes são o tráfico jurídico (*“intercambio de bienes, prestaciones de cosas y de servicios que se produce de acuerdo con las normas jurídicas entre personas equiparadas en principio entre si”*.) e os danos ou prejuízos imputáveis, ou seja, *“(...) una relación de obligación cuando el que, según los principios generales del Derecho, sea responsable del daño venga legalmente obligado a indemnizar al perjudicado”*.²⁰⁶

Antunes Varela define que a obrigação de indenizar *“é sempre ‘reparar’, mediante compensação adequada, o prejuízo sofrido por outrem”*. Afirma ainda que tal obrigação foi entendida como o *“(...) efeito do não cumprimento das obrigações, e na responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana, como uma consequência da prática de ‘factos ilícitos’”*, mas que, na atualidade em Portugal, tornou-se uma *“categoria de modalidade autónoma”*. Entretanto, traços comuns

“(...) unem as obrigações do devedor ‘inadimplente’ e do autor do facto ilícito e as vantagens (tanto teóricas como práticas) que adviriam da regulamentação conjunta dos dois núcleos de matérias”, possuindo a obrigação de indenizar *“regime sensivelmente idêntico”* ao das obrigações em geral²⁰⁷.

Importante considerar que Jorge ainda apresenta a existência da orientação clássica denominada monista ou unitária que afirma que o dever de indenizar e o dever de prestação são idênticos, consistindo a obrigação de indenizar a obrigação inicial com modificação do

²⁰⁵ JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina. 1995. p. 45-46. Não se pode afirmar que a indenização seja um *“(...) ‘sucedâneo’ ou ‘substitutivo’ da prestação ou o resultado da transformação desta; na verdade, a indemnização não corresponde ao valor da prestação, pois se mede pelos prejuízos efectivos, que podem ser muito inferiores ou muito superiores àquela. A diferença torna-se mais nítida se considerarmos a inexecução temporária, em que a indenização é apenas moratória: neste caso, o dever de prestar subsiste na sua configuração objectiva inicial e a ele ‘acresce’ o dever de indemnizar”*.

²⁰⁶ LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1958. Tomo I. p. 13-15 e 17.

²⁰⁷ ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. 10ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1. p. 876-877.

seu objeto: de prestação para indenização²⁰⁸. Segundo Antunes Varela, a orientação unitária compreende que “a dívida não consiste apenas no dever de prestar, mas no dever de prestar sob coação da ordem jurídica”²⁰⁹.

Por outro lado, há a doutrina dualista (formulada por Brinz no século XIX²¹⁰) que, segundo Lotufo, distingue elementos dissociáveis do débito (*Shuld; debitum*) – “(...) de caráter pessoal, relativo à dívida” – e da responsabilidade (*Halftung; obligatio*) – “(...) que surge com o inadimplemento do devedor, destinando-se a reparar a lesão ao direito do credor em receber seu crédito”. Tanto assim o é que é possível a responsabilidade existir sem débito²¹¹ e existir débito sem responsabilidade²¹²²¹³. Para Antunes Varela, trata-se, respectivamente, do “dever de prestar” e da

“sujeição dos bens do devedor ou do terceiro aos fins próprios da execução, ou melhor, na relação de sujeição que pode ter por objecto, tanto a pessoa do devedor (antigo direito romano), como uma coisa ou complexo de coisas do devedor ou do terceiro”²¹⁴.

Larenz conclui que responsabilidade pela dívida (dever de indenizar) e o dever de prestar são conceitos distintos,

“(...) pero aquella sigue a ésta como la sombra al cuerpo. El que asume una obligación no se hace cargo sólo de un deber jurídico moral (lo que para algunos significaría muy poco), sino que corre el riesgo de perder su patrimonio (o una parte del mismo) por vía ejecutiva. De esta suerte la ‘responsabilidad’ que acompaña a la ‘deuda’ transmite a ésta una especie de gravitación”²¹⁵.

O entendimento de distinção entre débito e responsabilidade proporcionou a estruturação da relação obrigacional como um *processo*, denominação utilizada por Larenz²¹⁶,

²⁰⁸ JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 45-46.

²⁰⁹ ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1. p. 132-133

²¹⁰ SILVA, Clovis V. do Couto. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky. 1976. p. 97.

²¹¹ A exemplificar a fiança, o penhor ou a hipoteca que terceiro se responsabiliza pelo débito, mas dele não se beneficia.

²¹² A exemplificar as obrigações naturais, em que o credor tem direito à prestação, mas não à ação creditória, posto que inexecúvel (conforme artigos 564, III e 814 do Código Civil brasileiro).

²¹³ LOTUFO, Renan. **Curso avançado de Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1. p. 302-303.

²¹⁴ ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. 10ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1. p. 143-144. No mesmo sentido, CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2ª ed., 3ª tir., rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p.19-21.

²¹⁵ LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1958. Tomo I. p. 34.

²¹⁶ Interessante a descrição de Larenz sobre o *processo obrigacional*: “(...) toda relación de obligación late el fin de la satisfacción del interés en la prestación de acreedor, puede y debe considerarse la relación de obligación como un proceso. Está desde un principio encaminada a alcanzar un fin determinado y a extinguirse con la obtención de ese fin. Y precisamente la obtención del fin puede exigir alguna modificación; así acontece cuando

mas introduzida de forma marcante na doutrina jurídica brasileira e portuguesa por Silva, que especificou ser o débito a prestação primária e a responsabilidade a prestação secundária do processo obrigacional (perfeito), bem como constatou a existência de deveres secundários ou anexos (tais como os deveres de indicação e esclarecimento; dever de cooperação e auxílio; etc.) que se relacionavam intrinsecamente à boa-fé tanto do credor como do devedor²¹⁷.

Cavaliere Filho, filiando-se ao mesmo posicionamento, define que o dever de indenizar o prejuízo caracteriza-se como um “*dever jurídico sucessivo ou secundário*” decorrente da violação de uma obrigação – que seria o “*dever jurídico originário ou primário*”.

No mesmo sentido, Jorge justifica que a distinção entre dever de prestação e dever de indenizar não impede a relação entre eles. A indenização trata-se de uma forma de se conferir ao lesado o alcance da sua prestação, ou, na impossibilidade, de se “*obter as mesmas utilidades; quer dizer, está-se ainda a procurar atingir o ‘fim da obrigação’, embora por processo diferente do inicialmente previsto*”²¹⁸.

Antunes Varela expressa crítica à doutrina dualista por acreditar ser desnecessário o desmembramento da relação creditória. Justifica que os argumentos que embasam a distinção dos institutos do débito e da responsabilidade podem ser corrompidos se analisados sob perspectivas diversas²¹⁹. Inclusive relata que os próprios seguidores da doutrina dualista não negam a existência de duas circunstâncias que abalam a teoria:

*la prestación debida se haya hecho imposible, pero el interés de deudor en la prestación pueda ser satisfecho de otra forma, mediante indemnización. La satisfacción del acreedor se produce normalmente mediante cumplimiento del deber de prestación; pero puede producirse de otra forma, p. ej., mediante compensación (de modo que el acreedor compensado extingue una deuda propia) o mediante prestación subsidiaria consentida por el acreedor. La relación de obligación como un todo se extingue cuando su fin haya sido alcanzado totalmente, es decir, cuando el acreedor (o todo el que participa como acreedor) haya sido totalmente satisfecho en su interés en la prestación”. In LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1958. Tomo I. p. 39.*

²¹⁷ SILVA, Clovis V. do Couto. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky. 1976. p. 99. Importante notar que o Autor admitia a possibilidade de obrigações principais imperfeitas, ou seja, que não possuiriam qualquer possibilidade de pretensão, como, por exemplo, as obrigações naturais.

²¹⁸ JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina. 1995. p. 45-46. Não se pode afirmar que a indenização seja um “(...) ‘sucedâneo’ ou ‘substitutivo’ da prestação ou o resultado da transformação desta; na verdade, a indemnização não corresponde ao valor da prestação, pois se mede pelos prejuízos efectivos, que podem ser muito inferiores ou muito superiores àquela. A diferença torna-se mais nítida se considerarmos a inexecução temporária, em que a indenização é apenas moratória: neste caso, o dever de prestar subsiste na sua configuração objectiva inicial e a ele ‘acresce’ o dever de indemnizar”.

²¹⁹ As obrigações naturais, por não serem “*verdadeiras obrigações jurídicas e nem sequer deveres jurídicos*”, não podem, assim, caracterizar a existência de obrigação sem responsabilidade. Já a fiança não se trata de uma responsabilidade sem obrigação, mas sim uma obrigação acessória. No mesmo sentido as relações de hipoteca e

“a primeira é que a responsabilidade se não pode constituir sem uma dívida, ainda que futura ou condicional, em vista da qual ela se forma; a segunda é que a responsabilidade não persiste, em nenhum dos casos discriminados pelos autores depois de extinto o débito correlativo” – “(...) reforçando a idéia de que a responsabilidade (acção creditória) integra o direito à prestação, como principal sustentáculo do poder de exigir conferido ao credor”²²⁰.

Possuindo como referência a relação obrigacional como um processo complexo, Díez-Picazo afirma que a responsabilidade somente se justifica por existir um dever jurídico prévio. *“A responsabilidade é, por conseguinte, uma forma de sanção (leia-se consequência) do não cumprimento do débito, que é um acto antijurídico”²²¹*. No mesmo sentido, Alvim, expressa que *“Não cumprida a obrigação, ou cumprida de modo irregular, surge para o devedor a obrigação de reparar o dano. (...) A consequência, pois, do inadimplemento, é fazer nascer a obrigação se satisfazer o dano”²²²*.

Diante de tantos posicionamentos, um ponto não se pode negar: a responsabilidade civil está intrinsecamente relacionada às obrigações, mesmo que se considere ou não haver distinção entre o débito e a responsabilidade. Entretanto, para este estudo entende-se que a responsabilidade civil consiste na sanção jurídica, ou melhor, na consequência jurídica de carácter obrigacional da obrigação inadimplida danosa (dever obrigacional - *obligo*) ou do ato ilícito ou violação de um dever ambos danosos (dever *stricto sensu* - *obligatione*), sujeita à coação, já que o dever de indenizar ou compensar o dano é voluntário, conferindo ao lesado a faculdade de utilizar-se de medidas coativas caso não ocorra o cumprimento.²²³

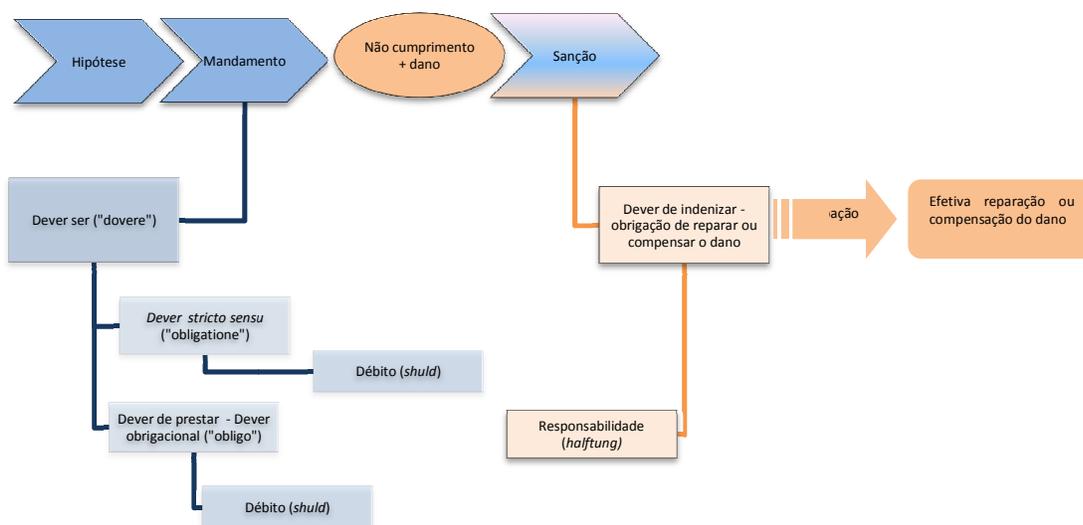
penhor (direito real de garantia condicional). in ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. 10ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1. p. 147-149.

²²⁰ ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. 10ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1. p. 151 e 155-156. O mesmo Autor afirma que *“É certo que constituem aspectos diferentes, assinalando momentos distintos, o poder de exigir a prestação, por um lado, e a acção creditória, por outro, como distintos desta são os vários poderes de que goza o credor, para a tutela do seu direito, antes de recorrer à acção executiva. A própria acção creditória pode revestir diferentes configurações, ter objectos diferentes em momentos sucessivos: umas vezes destina-se a obter a prestação devida (execução específica ou mediante restituição natural), outras o ressarcimento do dano causado pelo não cumprimento (execução por equivalente). A indemnização por equivalente pode, em certo momento, ter um valor, e adquirir em momento posterior um valor bastante mais elevado, por virtude do dano que entretanto haja sobrevindo ao credor. Nenhuma destas circunstâncias impede, porém, que o poder de exigir a prestação e a acção creditória sejam, com relação instrumental que as une, peças ‘integrantes’ do ‘mesmo’ sistema. Todas as diversas facetas que reveste o poder do credor e, correlativamente, o dever do obrigado são elementos do mesmo ‘processo’, parcelas da mesma ‘unidade global’, moléculas do mesmo ‘corpo’ ou ‘organismo’, a que muitos autores reconduzem figurativamente a relação obrigacional”*.

²²¹ Díez-PICAZO, Luis e GULLÓN, Antonio. **Sistema de derecho civil**. apud ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. 10ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1. p. 151.

²²² ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas consequências**. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1949. p. 153-154.

²²³ *“En los contextos o discursos del tercer tipo – el lenguaje de los teóricos (generales) del derecho, de los jusfilósofos, de los cultores del derecho político – nos damos con un uso general de las expresiones ‘obligación jurídica’ y ‘deber jurídico’ que abarca todos los campos del derecho. En italiano se emplea, en estos casos,*



8.1. Rompendo o paradigma da patrimonialidade da prestação obrigacional

Diante dessas considerações que dissecam a responsabilidade civil, encontrou-se a obrigação como sua linha cervical. Assim, a obrigação de reparar ou compensar o dano (também denominada, como já visto, impropriamente de obrigação de indenizar) deverá corresponder a uma das modalidades da obrigação: dar, fazer ou não fazer. Portanto, por qual motivo as “indenizações” são traduzidas em prestações patrimoniais ou valores pecuniários? Segundo Costa, vale refletir sobre “(...) até que ponto caberá estancar a dinâmica de puros critérios econômicos em atenção a valores ético-jurídicos”²²⁴.

Ao resgatar a questão no âmbito da Teoria Geral das Obrigações, verificar-se-á que a patrimonialidade das prestações, segundo a doutrina clássica, relaciona-se ao critério de validade da obrigação²²⁵. Entendia-se que a prestação deveria possuir um valor econômico

‘*obbligo*’ y no ‘*obligazione*’”. CARRIÓ, Genaro. **Sobre el concepto del deber jurídico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966. p. 14-15. *apud* LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. II. p. 10. Ressalta-se que o esquema foi extraído de aula ministrada pelo Prof. Dr. Renan Lotufo, no curso de Direito das obrigações na Pós-graduação *lato sensu* da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 13.03.2006 e 12.02.2007.

²²⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina. 1979. p. 111.

²²⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina. 1979. p. 623-624.

propriamente dito, passível de avaliação pecuniária, ou, então, possuir, pelo menos, interesse econômico do credor, mesmo que tal interesse não fosse, de fato, patrimonial ou pecuniário (como um espetáculo teatral, por exemplo, que se trata de interesse espiritual e não material), mas de passível valoração econômica²²⁶.

Acredita-se que o requisito de patrimonialidade da prestação obrigacional foi consequência da sedimentação da *Lex Poetelia Papiria*, que civilizou as relações civis ao afastar o caráter pessoal da dívida (o qual possibilitava a escravidão ou a morte do devedor pelo inadimplemento da obrigação), transpondo-a ao patrimônio do devedor. Evolutivamente, aos casos de inadimplemento do devedor da prestação na espécie ajustada, possibilitou-se a conversão da prestação seu respectivo valor em dinheiro²²⁷. Em fase posterior, desenvolveu-se a execução forçada e as formas de coação para cumprimento da própria obrigação inadimplida.

Além disso, em momento histórico mais recente, a proteção aos Direitos fundamentais conferiu benefícios ao tratamento do devedor, sendo que em 1774, o próprio ordenamento Português já afastava as prisões por dívida, modificando o seu caráter de punitivo para coativo ao cumprimento de obrigações, como a de alimentos²²⁸.

Obviamente, as relações obrigacionais tendem à natureza patrimonial ou econômica, pois “(...) permitem o tráfico jurídico – quer dizer, a troca de bens, de prestação de coisas ou de serviços, operada segundo as normas do direito”. Mas “(...) também podem alcançar-se outros interesses, fora das áreas patrimoniais e econômicas”²²⁹.

²²⁶ Savigny justificava a existência da obrigação somente com prestação de valor patrimonial, pois seria este o interesse do credor. *apud* LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1958. Tomo I. p. 24.

²²⁷ ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. 10ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1. p. 101-109. No mesmo sentido, prevê a disposição do artigo 947 do Código Civil brasileiro.

²²⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 7ª Ed.. Coimbra: Almedina. 1979. p. 82-84. O Autor ainda sumariza que a doutrina clássica apresenta o caráter patrimonial da obrigação como decorrência do conceito de obrigação em duas perspectivas: (i) a prestação deveria ter natureza econômica (avaliável em dinheiro); e (ii) o inadimplemento somente permitiria o avanço sobre os bens do devedor e não a sua pessoa. A primeira perspectiva, “(...) mostra-se inexacto integrar a patrimonialidade no conceito de obrigação, embora a maior parte dos vínculos obrigacionais que se constituem revistam essa natureza, Contudo, já a característica da patrimonialidade se revela pertinente, no segundo sentido acima indicado – querendo-se com ela significar que a execução, em caso de incumprimento, não incide sobre a pessoa do obrigado, mas exclusivamente sobre os seus bens”.

²²⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina. 1979. p. 111- 112.

Larenz, ao analisar a prestação da relação obrigacional, afirma que esta pode consistir em uma ação ou omissão do devedor, sendo que,

“la prestación ha de serle en algún aspecto ventajosa al acreedor; no se exige que se trate de una ventaja patrimonial. Sin embargo, es este normalmente el caso, ya que no solo las cosas y su uso, sino también las prestaciones de servicios y los productos del trabajo tienen su precio y con ello su valor patrimonial dentro del proceso de intercambio económico. Sin embargo, nada se opone a que alguien se obligue frente a otro a hacer una retractación pública, aun cuando no concurra en ello interés patrimonial alguno”²³⁰.

Diante do exposto, verifica-se que a prestação obrigacional não necessita de ser patrimonial, apesar de ser esta expoente devido à dinâmica econômica que confere valor pecuniário a qualquer ação humana ou não, uma vez que a prestação da obrigação trata-se do interesse do credor (seja ele patrimonial ou não).

Neste mesmo sentido, defendem Konder e Rentería, que

“(…) prevalece na doutrina atual a concepção personalista da obrigação, de acordo com a qual, o objeto da obrigação consiste sempre na ‘prestação-comportamento’, pois até mesmo a abstenção, tal como a atividade de dar ou de fazer constitui um ‘tipo’ de conduta. No entanto, à diferença da teoria personalista clássica, a atual procura livrar a relação obrigacional da ótica proprietária, tão arraigada na cultura jurídica, que, como visto, concebe o direito do credor como espécie de propriedade ‘sobre’ o ato do devedor. Como já se observou, o credor tem direito à prestação, isto é, o de exigir do devedor a necessária cooperação para a satisfação do seu interesse”²³¹.

Por outro lado, também se argumenta que as obrigações deveriam possuir o caráter patrimonial pela dificuldade de coerção do cumprimento de uma prestação não patrimonial. Diferentemente, Antunes Varela sinaliza pela possibilidade de coerção e confere exemplos: a execução específica da prestação; as ações diretas como as *astreintes*²³², cláusula penal, liberalidades modais ou a própria resolução do contrato bilateral; procedimentos cautelares, como a busca e apreensão de bem; e direitos específicos, como o direito de retenção (quando lícito)²³³.

²³⁰ LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1958. Tomo I. p. 20.

²³¹ KONDER, Carlos Nelson e RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e a patrimonialidade da prestação. In TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. II. p.274-275. Os Autores ainda notam que “O perigo de admitir a existência de obrigações não patrimoniais é enquadrar estas hipóteses em uma estrutura jurídica (o direito de crédito), cuja disciplina normativa, como se sabe, foi toda elaborada tendo em vista situações patrimoniais, tratando-as com desprezo ao seu valor existencial”. E exemplificam a problemática com a indenizabilidade ou não do débito conjugal (p. 292).

²³² Também denominada de sanção pecuniária compulsória pelo Código Civil português, no artigo 829 – A e pelo código de processo civil português nos artigos 933, 941.

²³³ “O facto de não ser eventualmente viável a execução indirecta do património do devedor não envolve, nem lógica nem praticamente, a necessidade de se recusarem todos os outros meios de que a ordem jurídica dispõe

Isso porque, na atualidade, vivencia-se a tutela de Direitos que não são patrimoniais essencialmente, como as obrigações decorrentes do Direito da Personalidade e do Direito de Família. Mesmo se ausente uma pré-definição sobre a eventual compensação de danos, tais obrigações podem ser válidas se o interesse do credor for merecedor de tutela jurídica, sendo-lhe assegurada a sua satisfação (mesmo que não plenamente), e, segundo Antunes Varela, a luz do que hoje ocorre com a compensação dos danos extrapatrimoniais, “(...) *nada impedirá que igual solução se venha a adoptar para o não cumprimento de prestações destituídas de valor económico*”²³⁴.

Afastado o argumento da impossibilidade pela inexistência e pela falta de coercitibilidade das prestações não patrimoniais, necessário demonstrar que as prestações também são merecedoras de tutela pelo Direito. Constatou-se que alguns conteúdos, ausentes de valoração econômica, devem ser protegidos para a manutenção da harmonia social. Maior expressão, sem dúvida, consiste na compensação dos danos extrapatrimoniais, os quais tutelam os Direitos da Personalidade.

Corroborando com tal posicionamento, o Código Civil português fez menção expressa à desnecessidade de valor pecuniário à prestação, deslocando o requisito de validade da prestação ao “(...) *interesse do credor, digno de protecção legal*”²³⁵. Consequentemente, depreende-se que o interesse do credor, que corresponderá a prestação obrigacional, poderá ser ou não de carácter pecuniário, não se exigindo, pelo Código Civil português, nem mesmo a pecuniaridade de forma reflexa ou indireta²³⁶.

para sancionar as obrigações. Podem estas ficar com uma garantia mais frouxa ou mais precária, nalguns casos mesmo quase ineficaz, mas isso não obstará a que lhes seja concedida a ‘garantia possível’, nem a que por via desta, muitos dos deveres de conteúdo não patrimonial (haja vista o caso das liberalidades modais) possam ser e sejam de facto cumpridos”. in ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. Vol. 01. 10ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1. p. 104-105.

²³⁴ “*Aliás, ainda que não haja estipulação directa das partes (quanto à compensação de danos), se entendermos que as prestações de conteúdo não patrimonial podem merecer a tutela do direito, nem sempre será impossível arbitrar ao credor lesado com a falta do cumprimento da respectiva obrigação uma ‘satisfação’ adequada, à custa do devedor, dos danos por ele sofridos. Se essa é, precisamente, a orientação geral seguida pelas modernas legislações quanto aos chamados danos morais provenientes da prática de factos ilícitos, nada impedirá que igual solução se venha a adoptar para o não cumprimento de prestações destituídas de valor económico*”.

²³⁵ PORTUGAL. Código Civil. Artigo 398º, 2 – “*A prestação não necessita de ter valor pecuniário; mas deve corresponder a um interesse do credor, digno de protecção legal*”.

²³⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina. 1979. p. 625-626.

Nas palavras de Antunes Varela, sobre as obrigações,

“não é necessário, portanto, que a prestação enriqueça o patrimônio do credor ou evite o seu empobrecimento, nem é forçoso que se trate daqueles actos ou omissões que têm no comércio jurídico um preço, independentemente da natureza dos benefícios ou vantagens que proporcionam. Exige-se apenas: a) que a prestação (estipulada) corresponda a um interesse real do credor; b) que o interesse do credor ‘seja digno da protecção legal’”, ressaltando-se, porém, as prestações de mero capricho do credor e ou indignas ao devedor. *“A prestação há-de, em suma, satisfazer uma necessidade ‘séria’ e ‘razoável’ do credor, que justifique socialmente a intercessão dos meios coercitivos próprios do Direito”*²³⁷.

Assim, Costa indaga: *“Mas quando se poderá dizer que um interesse não econômico (do credor) merece protecção legal?”* O legislador português conferiu ao magistrado tal apreciação, a qual deve ser realizada segundo a razoabilidade jurídica, devendo afastar

*“(…), portanto, quer os puros caprichos ou excentricidades (ex.: não ir à janela ao domingo; só usar gravata castanha), quer as vinculações que, embora perfeitamente legítimas e fundadas em face de outros ordenamentos, se encontram excluídas dos fins específicos visados pelo direito (ex.: cumprir os vizinhos; participar em certo acto litúrgico todos os meses)”*²³⁸.

Acenando para a possibilidade de uma prestação de conteúdo não patrimonial, Noronha ressalva somente que

*“(…) apenas pode ficar mais difícil para o credor o ônus da prova de que a obrigação que devedor assumiu foi verdadeiramente jurídica, e não uma mera obrigação de natureza social, Essa maior dificuldade de prova de vinculação jurídica não impedirá, porém, o reconhecimento da validade de obrigações sem conteúdo avaliável pecuniariamente”. Exemplifica com a “(…) obrigação de fazer retratação pública de afirmação que tenha afetado o bom nome de outra pessoa, para assim se fazer a reparação do dano moral causado; esta é uma obrigação que pode ser imposta mesmo que, concomitantemente e com a mesma finalidade, o lesante seja condenado também a pagar uma quantia em dinheiro (e eventualmente seja condenado ainda a reparar danos patrimoniais, caso os haja)”*²³⁹.

Considerando rompido o paradigma da patrimonialidade das prestações obrigacionais, por que não aplicar a não patrimonialidade quanto à prestação da obrigação de indenizar? Seria plausível possibilitar novas formas de reparação ou compensação do dano além das patrimoniais? Possibilitar-se-ia uma forma de melhor satisfazer o princípio da reparação integral ao lesado em muitas circunstâncias?

²³⁷ ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. 10ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1. p. 108-109.

²³⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 1979. p. 627.

²³⁹ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p.43-44.

8.2. Obrigação de reparar ou compensar o dano: prestação não patrimonial ou não pecuniária?

Visto que a relação obrigacional não possui como requisito de validade a patrimonialidade da prestação, possível afirmar que, por vezes, a satisfação do lesado não consiste em um valor pecuniário compensatório ao dano. Por exemplo, o lesado poderá manifestar satisfação com a assunção pública da culpa pelo evento danoso no caso de uma revista vexatória em supermercado ao invés do recebimento de determinado valor pecuniário a título derivativo do dano. Em outras circunstâncias, o ofensor por ser insolvente, não pode ressarcir pecuniariamente o lesado, permanecendo este sem qualquer reparação ou compensação. Não poderia o lesado, nesse caso, manifestar satisfação do dano na condenação do ofensor a um trabalho social ou cumprimento de frequência em curso de educação formal/profissional?

Ademais, acredita-se também que os indivíduos em sociedade podem vivenciar situações que proporcionam um dano extrapatrimonial em decorrência de um pequeno dano patrimonial, este o qual pode nem mesmo lhe proporcionar qualquer interesse de reparação. Exemplifica-se com o proprietário do veículo que, no congestionamento, tem seu retrovisor abalroado por motoqueiro, que, além de impróprios, nem ao menos pára para verificar o ocorrido. O lesado tem consciência do ínfimo dano patrimonial, mas também não busca a compensação do dano extrapatrimonial por meio de um valor pecuniário, que além da dificuldade de apuração, certamente não proporcionaria satisfação ao lesado, uma vez o que a mácula moral decorre pelo desrespeito às regras de trânsito e à conduta social esperada.

Entende-se que, hoje, a reparação ou compensação do dano concentra-se na patrimonialidade, o que proporciona, por muitas vezes, a ineficácia do Direito como estabilizador e solucionador de conflitos para os casos que envolvam danos (de qualquer espécie e ou valor) decorrentes do desequilíbrio harmônico-social proporcionado pela violação de regras de Direito. E, por que não possibilitar a satisfação do lesado pelos danos (seja patrimonial ou extrapatrimonial) proporcionados compensando-o com algo não-patrimonial, com algo que seja de interesse do lesado?

Os irmãos Mazeaud já propunham dois modos de reparação civil, independentemente do tipo de dano²⁴⁰: (1) a condenação em natura; e (2) a condenação em equivalente, sendo esta última subdividida em (2.1.) equivalente não-pecuniário e em (2.2.) equivalente pecuniário, que correspondem às *dommages-intérêts*²⁴¹.

Com relação à condenação em natura, esta contempla a mesma forma e função da reparação *in natura* utilizada no Direito brasileiro e afirmam que esta é a única forma de reparação integral, pois permite restabelecer, de fato, o *status quo ante damnum*. Neste caso, o lesado deverá contentar-se com ela não podendo exigir um equivalente como reparação.

E, “em que consiste a reparação em equivalente? Em geral, é traduzida como a alocação de uma quantia em dinheiro, as ‘dommages-intérêts’. Mas ela pode ser realizada, de outra forma, que não a forma em dinheiro. (...) O equivalente não é, com efeito, necessariamente pecuniário. A vítima, que não pode chegar à reparação em natura, pode demandar um equivalente, que não consiste em dinheiro.” (tradução livre)²⁴²

Justificam que é possível tal forma de reparação em equivalente, pois a disposição legal (artigo 1.382 do Código Civil francês²⁴³) prevê tão somente a *obrigação de reparar*, não se opondo a qualquer forma de equivalente não pecuniário, inclusive em matéria contratual. Por outro lado vislumbram uma autorização da sua aplicação, uma vez que há a previsão legal (artigo 1.142 do Código Civil francês²⁴⁴) dispondo que obrigações de fazer e não fazer, quando não forem possíveis fazer de outra forma, resolvem-se em ‘*dommages-intérêts*’. Ou seja, não haveria oposição “a uma reparação em um equivalente não pecuniário, todas as vezes em que esta pode ser acordada”, já que não foi especificado que por ‘*dommages-intérêts*’ não estaria afastado o equivalente não pecuniário. Vislumbram, também, dispositivo permissivo do equivalente não pecuniário no artigo 1.184 do Código Civil francês²⁴⁵ “(...) que

²⁴⁰ MAZEAUD, Henri e MAZEAUD Leon. **Traité Théorique et pratique de la responsabilité civile**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1950. v. III. p. 413 a 443.

²⁴¹ Acredita-se que a melhor tradução para *dommages-intérêts* seria a expressão jurídica “perdas e danos”. Entretanto, muitos autores a traduzem como indenização, a qual teria como característica principal o pagamento em pecúnia.

²⁴² O equivalente não pecuniário “(...) encontra grande interesse nos períodos de carência, de quotização e de taxação, nos quais, a atribuição de uma quantia em dinheiro, que corresponde ao preço fixado por um objeto, não permite que se obtenha o tal objeto”. in MAZEAUD, Henri e MAZEAUD Leon. **Traité Théorique et pratique de la responsabilité civile**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1950. v. III. p. 427.

²⁴³ Artigo 1382 do Código Civil francês. «*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*».

²⁴⁴ Artigo 1142 do Código Civil francês. «*Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur*».

²⁴⁵ Artigo 1184 do Código Civil francês. «*La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix*

reconhece ao credor da obrigação não executada, o direito de reclamar a resolução do contrato (...) (tradução livre)”, a qual, por si só, consistiria em uma reparação em um equivalente não pecuniário²⁴⁶.

Ademais, os irmãos Mazeaud analisam a reparação do equivalente não pecuniário sob a perspectiva processual. Considerando a impossibilidade de uma reparação *in natura*, o lesado, para constituir sua demanda, poderá escolher entre os diferentes modos de compensação o que melhor atinge a sua satisfação. Entretanto, não poderá impor ou exigir uma obrigação ao juiz, que possuirá liberdade para “(...) *escolher entre os diferentes equivalentes (pecuniário e não pecuniário), aquele que, em sua opinião, compensa, de melhor forma, o prejuízo (...)*”. Ressalva-se o Direito de exigir a reparação em equivalente não pecuniário nos casos em que a lei assim dispor. Como, por exemplo, o caso de inexecução do contrato em que é possível, a pedido do demandante, a resolução do contrato (conforme artigo 1.184 do Código Civil francês), como forma de reparação em equivalente não pecuniário, já que o demandante estaria dispensado de cumprir suas obrigações. Assim, estar-se-ia compensando no todo ou em parte a inexecução das obrigações do demandado.

Ao investigar algumas formas de equivalentes não pecuniários, os irmãos Mazeaud ainda apresentaram, no que se entendeu, três formas de equivalentes não pecuniários²⁴⁷:

(a) condenação em prestações semelhantes à devida ou bens lesionados. Nas palavras dos Autores, “(...) *se trata de um objeto semelhante ao conjunto certo, cujo responsável era o devedor(...)*”. Importante notar que, segundo o conceito dos Autores, não se trata da reparação em natura, tendo em vista que esta, para eles, consiste na reparação do próprio bem em lide. Diferentemente, na situação prevista, trata-se de um bem semelhante apenas. Um dos exemplos por eles citados foi o pagamento de um “*caminhão da mesma força e da mesma qualidade que o caminhão acidentalmente destruído*”.

(b) condenação pecuniária não reparará o dano. Há situações que a condenação em equivalente pecuniário não proporcionará a reparação do dano como um equivalente

ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances».

²⁴⁶ Por todas as citações MAZEAUD, Henri e MAZEAUD Leon. **Traité Théorique et pratique de la responsabilité civile**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1950. v. III. p. 427 e 428.

²⁴⁷ MAZEAUD, Henri e MAZEAUD Leon. **Traité Théorique et pratique de la responsabilité civile**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1950. v. III. p. 429-431.

pecuniário. Assim o Juiz poderá pronunciar decisão que proporcione maior segurança aos interesses públicos (como, por exemplo, no caso da lesão de um menor, em que o Juiz entenda ser melhor converter o valor pecuniário em um título de renda nominativo em nome do menor); ou que *“a afirmação do justo direito do demandante, feita pelo juiz, e levada ao conhecimento do público, constitui assim, um equivalente não pecuniário”*. Exemplificam com a condenação, ao custo do condenado, de *“(…) uma certa propaganda de suas decisões, pelos jornais ou por cartazes”*, para compensação do prejuízo decorrente de difamação ou concorrência desleal. Entretanto, ressaltam que nem sempre é necessária uma publicidade especial, pois o Juiz pode entender suficiente a publicidade feita normalmente aos julgados. *“A simples leitura do julgamento bastaria, para compensar o prejuízo sofrido pela vítima”*.

(c) condenação de equivalentes não pecuniários previstos pela lei, como, por exemplo, o caso da *“(…) resolução do contrato que a vítima da inexecução está autorizada a requerer”* (artigo 1.184 do Código Civil francês).

Os irmãos Mazeaud ressaltam que *“só os equivalentes não pecuniários que afetariam a liberdade individual, não podem ser empregados”*. E entendem que *“é deste modo, que não é possível condenar o autor de uma injúria ou de uma difamação, por confessar a sua culpa”*, pois, para os Autores, *“confessar a culpa pareceu contrário à dignidade humana”*(tradução livre)²⁴⁸.

Na mesma linha de alternativas à reparação ou compensação patrimonial do dano, Bittar assevera que em decorrência do dano extrapatrimonial, foi necessário o desenvolvimento da tese da compensação do dano (já que é impossível o restabelecimento do *status quo ante damnum*), sendo o valor pecuniário eleito como melhor forma de amenizar os males do dano. Entretanto, há uma busca por formas de compensação do dano que mais se aproximem da satisfação do lesado. Trata-se da evolução da teoria da responsabilidade civil proporciona *“(…) um engajamento contínuo de elementos sociais, inclusive na definição das respostas ao lesante”*²⁴⁹. Assim, o Autor vislumbra que existem dois modos de “reparação”:

²⁴⁸ MAZEAUD, Henri e MAZEAUD Leon. **Traité Théorique et pratique de la responsabilité civile**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1950. v. III. p. 431. Os artigos 226 e 227 do Código Penal francês, autorizavam as condenações de confessar a culpa no caso de ultraje a magistrados, a jurados, a oficiais do ministério público ou a agentes da força pública, por ocasião do exercício de suas funções; mas estes textos foram ab-rogados pela lei francesa de 28 de dezembro de 1894.

²⁴⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação do Dano Moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 22.

“(...) pecuniários ou pessoais, conforme se atinja diretamente o patrimônio ou a pessoa do lesante, (...) a quem se impõe a realização de determinado comportamento, ou a prática de certa ação, como modo de reparação dos danos causados”, a fim de se evitar a “(...) reparação através do valor monetário ínfimo, ou simplesmente de princípio. Com efeito, conscientizou-se a doutrina, de um lado, de que é necessário que o agente sinta as conseqüências da resposta do ordenamento jurídico, para que o sistema tenha eficácia, e, de outro, mister se faz dotar-se a reparação cabível de expressão que sirva de exemplo para a sociedade, tudo para a realização efetiva de sua função inibitória. Nesse sentido, sempre que o agente não tenha bens, ou sejam insuficientes, frustrando-se a reparação do lesado, pode-se lançar mão de sanção não pecuniária, com a submissão pessoal do lesante a obrigações de fazer, ou de não fazer, como por exemplo, a prestação de serviços, a abstenção de certas condutas, o cerceamento de certos direitos, já utilizadas, há mais tempo, no plano penal como penas restritivas de direitos. Pode-se, ainda, usar desse expediente em cumulação com o ressarcimento pecuniário, sempre que o magistrado assim o entender conveniente, diante das circunstâncias do caso, e uma vez presentes os pressupostos de direito”, “(...) em consonância com os poderes de que se investe no processo civil, como ora se entende. A formulação de pedido genérico, possível em ações de reparação de danos (CPC, art. 286, II²⁵⁰), permite a adoção desses sancionamentos”²⁵¹.

Afirma que não há vedação legal da indenização do dano por meio de uma sanção não pecuniária, tendo em vista que compreende que o termo indenizar utilizado no Código Civil “significa, por natureza, satisfazer os interesses lesados”, sendo, assim, possível uma satisfação *in natura* (o que denomina reintegração específica), ou compensar de forma pecuniária ou não pecuniária.

Ressalta-se que a solução proposta por Bittar é compreendida por Maluf como expressão *punitiva* da responsabilidade civil, uma vez que asseguraria que o ofensor, destituído de patrimônio, não saísse impune do dano por ele gerado, condenando-o a uma obrigação de fazer e não fazer, aproximando-se, em muito, das penas alternativas da esfera do Direito Penal²⁵². Discorda-se da posição da Autora, corroborando com o entendimento de Bittar de que é possível outras formas de compensação do dano, que não patrimoniais, sendo o exemplo da insolvência do ofensor a evidência da insuficiência do critério da patrimonialidade para a reparação dos danos, desfavorecendo condutas normais e não satisfazendo, de forma alguma, o lesado.

Bittar ainda exemplifica várias formas de sanção não pecuniária como a publicação da sentença de retratação ou da sentença condenatória, a obrigação de prestação de socorro à

²⁵⁰ Artigo 286 do código de processo civil brasileiro. “O pedido deve ser certo ou determinado. É lícito, porém, formular pedido genérico: II - quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito”.

²⁵¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação do Dano Moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 228-231.

²⁵² MALUF, Renata Chade Cattini. **O aspecto punitivo da reparação do dano moral**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2004. p. 163-166.

vítima e a inclusão do nome do titular na divulgação de obra²⁵³. Entretanto, ressalta que é a prestação de serviços pelo infrator uma medida eficaz para muitas circunstâncias de “reparação” de danos, inclusive no âmbito civil, “(...) *seja como sucedâneo, seja como complementação da reparação pecuniária*”, pois o ofensor, obrigado a determinado comportamento, satisfaz o interesse do lesado.²⁵⁴

Pede-se licença para colacionar, mais uma vez, as palavras do Autor sobre a sanção não patrimonial sob a forma de prestação de serviços.

*“Cuida-se, em geral, de efetivação de serviços voltados para o interesse da sociedade, como atendimento em hospitais, orfanatos, entidades assistenciais, ou em programas outros de caráter comunitário ou estatal como, aliás, o prevê a nossa lei penal (CP, art. 46), em plena consonância com a constituição (art. 5º, inc. XLVI). Levam-se em conta, nesse âmbito a personalidade do agente e suas aptidões, realizando-se as tarefas por oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados, ou em dias úteis, sem prejuízo da jornada normal de trabalho. Trata-se de sanção restritiva de direitos, que pode obter resultados positivos, de interesse social, quanto à reeducação do infrator, em caso de delito, mas também sob o prisma particular, quanto à satisfação do lesado no reconhecimento judicial de seu direito e nas privações a que se submete o lesante. Discute-se a propósito dessa fórmula no âmbito civil, mas de um lado é compatível com o sistema jurídico nacional e, de outro, pode, realmente, trazer conforto ou satisfação moral ao lesado. De fato, de um lado, o nosso estatuto processual civil admite a condenação que importe em obrigação de fazer ou não fazer (CPC, arts. 632 a 643) e, de outro, a recompensa moral ao lesado pode ser mais positiva do que a simplesmente patrimonial. (...) A conscientização do infrator, o exemplo para a sociedade, a satisfação moral do lesado são os pontos de maior relevo desse posicionamento, que pode, assim como se entende no plano penal, realizar a justiça devida na órbita civil. (...) Ressalta-se que caberá ao julgador, (...) diante do conhecimento dos fatos, os elementos de que precisa para a dosagem certa em concreto e o acompanhamento posterior da execução, sempre sob a fiscalização interessada do lesado, como, ademais, ocorre em qualquer processo civil”.*²⁵⁵

Quanto ao controle e fiscalização de tais sanções sob a forma de prestação de serviços, Bittar entende que não será custoso ou problemático a administração, considerando que seria realizada por convênios próprios por entidades públicas ou privadas. Não obstante, nos casos

²⁵³ Cita como exemplos a retratação, o desmedido ou retificação de notícia injuriosa, divulgação imediata de resposta, nos termos da Lei 5.250/67 (artigos 29 e 30). Outros exemplos, também mencionados são: a republicação de material com a indicação do nome do autor (Lei. 5.988/73, artigo 126); a contrapropaganda, em casos de publicidade enganosa ou abusiva (Lei 8.078/90, artigo 60); a publicação gratuita de sentença condenatória (Lei 5.250/67, artigo 68), divulgação da condenação às expensas do infrator (Lei 8.078/90, artigo 78); divulgação de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos ou de serviços (Lei 8.078/90, artigo 44). In BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação do Dano Moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 231.

²⁵⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação do Dano Moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 239-240.

²⁵⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação do Dano Moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 240-242.

de resistência ou descumprimento da sentença judicial, o Autor propõe a decretação de prisão do infrator pelo delito de desobediência (conforme o artigo 359 do Código Penal²⁵⁶).

Discorda-se da posição de Bittar quanto à forma de coação do ofensor civilmente condenado, entendendo não ser possível a caracterização do crime de desobediência. Segundo Delmanto, a sentença a que se refere o dispositivo limita-se a sentença de natureza penal²⁵⁷. Considerando que a sanção limita-se ao âmbito civil de natureza compensatória, dissuasória e educativa, não há justificativa para aplicação de tal dispositivo penal.

Todavia, entende-se que a violação do cumprimento da sentença enquadra-se na violação do artigo 14, V do Código de Processo Civil, que estabelece os deveres das partes no processo. Assim, caberá ao magistrado a aplicação da multa administrativa fixada segundo a gravidade da conduta e limitada ao máximo de 20% (vinte por cento) do valor da causa, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis – conforme o parágrafo único do mesmo artigo em referência²⁵⁸.

Ademais, como será analisado em Capítulos seguintes, as *astreintes* são consideradas bons mecanismos de coação do cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer. E, na total impossibilidade da prestação ou morte do ofensor, entende-se que a obrigação converte-se em perdas e danos, seguindo a regra da legislação brasileira para as obrigações de fazer e não fazer (conforme artigos 247, 248, 250 do Código Civil e artigo 461, § 1º do Código de Processo Civil).

Confirmando a existência da compensação não patrimonial, Senise Lisboa entende que os danos extrapatrimoniais poderão ser compensados pelo que denomina *sanções não pecuniárias*.

²⁵⁶ Artigo 359 do Código Penal brasileiro. “Desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de um direito – Exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus, de que foi suspenso ou privado por decisão judicial. Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, ou multa”.

²⁵⁷ DELMANTO, Celso et al. **Código Penal comentado**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 649-650.

²⁵⁸ Artigo 14 do código de processo civil brasileiro.. “São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (...) V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado”.

“A adoção de sanção em desfavor do agente por dano moral cometido encontra fundamento na compensação que a reparação pode proporcionar. Há duas espécies básicas de sanção, quando da violação de algum direito moral: a ‘pecuniária’ e a ‘pessoal’.(...) É extremamente útil a aplicação de sanção não pecuniária ao agente causador do dano, em especial quando ele não possui bens suficientes para proceder à reparação”²⁵⁹.

Diniz também corrobora com posicionamento semelhante. Fundamentando-se em De Cupis, a Autora afirma que quando a reparação natural dos danos extrapatrimoniais faz-se impossível, necessário, portanto, uma *“situação material correspondente”*. Apesar de tal compensação ser, em regra, pecuniária (facilitando *“a aquisição de tudo aquilo que possa concorrer para trazer ao lesado uma compensação por seus sofrimentos”*),

“grande é o papel do magistrado na reparação do dano moral, competindo, a seu prudente arbítrio, examinar cada caso, ponderando os elementos probatórios e medindo as circunstâncias, preferindo o desagravo direto ou compensação não econômica à pecuniária, sempre que possível, ou se não houver risco de novos danos”²⁶⁰.

Indicando uma consequência normativa-cultural, Perlingieri afirma que *“(...) se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes e do consumismo, depois, como valores)”*, a caminho da ‘despatrimonialização do Direito Civil’²⁶¹.

Schreiber, afirma a necessidade de ressarcimento não-patrimonial *“considerando a insuficiência do valor monetário como meio de pacificação dos conflitos decorrentes de lesões a interesses extrapatrimoniais”*. Entende que se caminha não para a despatrimonialização, mas sim para uma *“despeculiarização ou desmonetarização da reparação de danos”²⁶²*. Segundo o Autor, os meios não patrimoniais de reparação consistiriam em uma associação à indenização *“no sentido de efetivamente aplacar o prejuízo moral e atenuar a importância pecuniária no contexto da reparação”*. Exemplifica a

²⁵⁹ SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de Direito Civil**. 4ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. p. 253.

²⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 7. p. 107. A Autora cita exemplos de situação material correspondente: *“nos delitos contra a reputação, pela publicação, pelo jornal, do desagravo, pela retratação pública do ofensor; ou pela divulgação, pela imprensa, da sentença condenatória do difamador ou do injuriador e a suas expensas; nos delitos contra honra de uma mulher, pelo casamento do sedutor com a seduzida; no dano estético, mediante cirurgia plástica, cujo preço estará incluído na reparação do dano na sua liquidação (RT, 193:403, 262:272; 436:97; RTJ, 39:320, 47:316)”*.

²⁶¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.33.

²⁶² SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil** – Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. Atlas: São Paulo. 2007. p. 188 e 191.

reparação não pecuniária com a *retratação pública*, permissivo da Lei de Imprensa²⁶³, em que é possível, além da indenização, a aplicação da retratação pública como medida dissuasória da conduta danosa, não sendo necessária a utilização do aumento da indenização para desestímulo do ofensor. Não obstante, o Autor afirma que tal instrumento é pouco utilizado pelo judiciário brasileiro já que se trata de autorização específica às questões que envolvem a imprensa.

O referido Autor conclui pela necessidade de utilização de instrumentos não pecuniários para, de fato, haver a compensação do *desvalor moral*, tendo em vista que hoje, considerando somente a aplicabilidade da pecúnia como compensação do dano extrapatrimonial, afronta a dignidade do lesado ao ser determinado baixos valores indenizatórios que primam, acima de tudo, pelo não enriquecimento do lesado, não proporcionando ao ofensor, por vezes, qualquer tipo de desestímulo. Pelo contrário, fomentam a *mercantilização das relações existenciais* pelos ofensores, sendo possível avaliar o risco de ser demandado, bem como, realizar contingências financeiras no caso de alta probabilidade de condenação do ofensor: ou seja, “*a responsabilidade civil atua como paradoxal instrumento de mercantilização, quantificando o inquantificável*”.

Outra evidência da possibilidade de reparação e compensação do dano por um equivalente não-patrimonial, afastando-se do âmbito do dano extrapatrimonial, advém da própria Lei de ação civil pública (Lei 7.347/85), que por tutelar Direitos que, na maioria das vezes, são irreparáveis, traz explicitamente tal possibilidade no seu artigo 3º, por meio da

²⁶³ BRASIL. Lei 5.250/67. Artigo 26. “*A retratação ou retificação espontânea, expressa e cabal, feita antes de iniciado o procedimento judicial, excluirá a ação penal contra o responsável pelos crimes previstos nos arts. 20 e 22. § 1º A retratação do ofensor, em juízo, reconhecendo, por termo lavrado nos autos, a falsidade da imputação, o eximirá da pena, desde que pague as custas do processo e promova, se assim o desejar o ofendido, dentro de 5 dias e por sua conta, a divulgação da notícia da retratação. § 2º Nos casos deste artigo e do § 1º, a retratação deve ser feita ou divulgada: a) no mesmo jornal ou periódico, no mesmo local, com os mesmos caracteres e sob a mesma epígrafe; ou b) na mesma estação emissora e no mesmo programa ou horário. Artigo - 75. A publicação da sentença cível ou criminal, transitada em julgado, na íntegra, será decretada pela autoridade competente, a pedido da parte prejudicada, em jornal, periódico ou através de órgão de radiodifusão de real circulação, ou expressão, às expensas da parte vencida ou condenada. Parágrafo único. Aplica-se a disposição contida neste artigo em relação aos termos do ato judicial que tenha homologado a retratação do ofensor (...)*”. Importante ressaltar que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130, que tramita no Supremo Tribunal de Justiça, em 26/02/2010 proferiu parcial concessão de medida liminar a qual suspendeu por 180 dias a eficácia dos seguintes dispositivos por verificar o descompasso com a Constituição Federal: a) a parte inicial do § 2º do art. 1º (a expressão “a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem”); b) íntegra do § 2º do art. 2º e dos arts. 3º, 4º, 5º, 6º e 65; c) parte final do art. 56 (o fraseado “e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa”); d) §§ 3º e 6º do art. 57; e) §§ 1º e 2º do art. 60 e a íntegra dos arts. 61, 62, 63 e 64; f) arts. 20, 21, 22 e 23; g) arts. 51 e 52. Andamento processual disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=12837>>. Acesso em: 1 mar. 2010.

condenação de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Ademais, no caso de descumprimento da condenação conforme artigo 11 poderá haver a coerção para a execução específica da obrigação ou a incidência de *astreintes*.²⁶⁴

Também no mesmo sentido, Gomes posiciona-se que

“a efetiva reparação do dano não se resolve necessariamente com a ‘compensação pecuniária’, já que esta medida não esgota as respostas do sistema jurídico para a resolução dos conflitos ocorrentes no ambiente social. Em alguns casos, a ‘reparação devida’ pode não consistir na mera entrega dum quantia em dinheiro, mas sim na realização dum comportamento que pode ser positivo (‘fazer’) ou negativo (‘não fazer’). Tome-se como exemplo o dano ambiental, em que o agente pode ser responsabilizado a recompor a degradação ecológica provocada, o que equivale a uma obrigação de ‘fazer’. Tome-se, ainda, a hipótese de responsabilização por ato de improbidade administrativa previstas na Lei nº 8.429/92, em que, entre outras conseqüências, se encartam a perda de direitos políticos, a proibição de celebração de contratos com os poderes públicos e a proibição de recebimento de incentivos fiscais”²⁶⁵.

O que se pretende alcançar com este capítulo é verificar que, ocorrendo tanto o dano patrimonial quanto o dano extrapatrimonial, a satisfação do lesado através da condenação do ofensor em obrigações de fazer ou não fazer, constitui verdadeiras “*reparações em equivalente não pecuniário*”, substituindo “*reparações em equivalente pecuniário*” que, em muitos casos, são vazias de satisfação ao ofensor. Não há, portanto, a limitação da compensação não patrimonial ao dano extrapatrimonial.

Para tanto, necessário esclarecimento de denominações, em especial a referência patrimonial. Por decorrência da especificidade das circunstâncias e desenvolvimento da tecnicidade jurídica, as palavras “patrimonial” e “pecuniário” introduzem conceitos distintos, afirmando-se, contudo, que a última trata-se de espécie da primeira. Historicamente, a origem da palavra pecúnia representava patrimônio, pois decorre da palavra latina *pecus*: ou seja, bois que, nas antigas civilizações, consolidaram-se moeda de troca, assim como na atualidade o dinheiro (em papel ou metal)²⁶⁶.

²⁶⁴ BRASIL. Lei 7.347/85. Artigo 1º. “Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio-ambiente; II - ao consumidor; III - à ordem urbanística; IV - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; V - por infração da ordem econômica e da economia popular; VI - à ordem urbanística. (...) Art. 3º - A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Art. 11 - Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”.

²⁶⁵ GOMES, José Jairo. **Responsabilidade Civil e Eticidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 291.

²⁶⁶ KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 192-193.

Contextualizando o tema às prestações obrigacionais ou às sanções, as *pecuniárias* referem-se exclusivamente ao pagamento de determinado valor em dinheiro, enquanto que as *patrimoniais* são representadas por coisas, bens, ações ou omissões que possam ser valoradas em pecúnia, como, por exemplo, um espetáculo teatral, a pintura da fachada de um imóvel, a execução de qualquer trabalho (afinal, podem ser traduzidos em um valor pecuniário).

Evolutivamente, inseriram-se ao patrimônio da pessoa, inclusive, atributos imateriais, como afirma Diniz: “*o patrimônio é uma universalidade jurídica constituída pelo conjunto de bens de uma pessoa, sendo, portanto, um dos atributos da personalidade e como tal intangível*”.²⁶⁷

Depreende-se que a melhor técnica jurídica para o presente estudo seria a utilização da denominação prestação ou sanção não pecuniária, já que as propostas à reparação e compensação do dano aqui apresentadas podem ter tanto natureza patrimonial (quando, apesar de não pecuniárias, podem ser valoradas pecuniariamente, como qualquer obrigação de fazer e não fazer); quanto não patrimonial, a exemplificar o pedido de desculpas formalizado. Percebe-se, contudo, que é bastante difícil exemplificar prestações que não poderiam nunca ser valoradas pecuniariamente. A regra é que as prestações, sejam elas materiais ou imateriais, recebam alguma valoração pecuniária.

Diante dessa dificuldade, ressalta-se que também se busca com este trabalho demonstrar a tendência à abstração do patrimônio, já que a obrigação de reparação do dano teria o seu caráter típico patrimonial diluído pela socialidade, permitindo a satisfação do lesado e a educação do ofensor, o que instrumentaliza uma função social da responsabilidade civil, por meio de uma sanção (prestação obrigacional de indenizar) desprovida de qualquer *interesse patrimonial*. Assim, apesar da prestação poder ser patrimonial ou poder possuir valor pecuniário, não é esse o interesse do lesado.

Esse deslocamento do foco patrimonial da responsabilidade civil, advindo inicialmente da afirmação do dano extrapatrimonial, possibilita a expansão da despatrimonialização do dano à compensação do dano (ou seja, para a prestação obrigacional de indenizar),

²⁶⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 7. p. 70.

inaugurando-se a sua segunda geração. Dessa forma, por esses argumentos, optou-se pela utilização da denominação sanção não patrimonial neste trabalho.

9. Diferentes olhares sobre a obrigação de reparar ou compensar o dano.

Acredita-se que para evidenciar a necessidade de explorar nova função da responsabilidade civil, importante observar as diferentes interpretações do instituto da responsabilidade civil e da aplicabilidade das sanções jurídicas, principalmente no tocante a obtenção de um resultado social eficaz.

Por esse motivo, desenvolveram-se os tópicos seguintes, sem qualquer pretensão de esgotá-los, mas tão somente, para ilustrar a existência de olhares diferentes sobre a obrigação de reparar ou compensar o dano a que visam, cada qual a sua forma, a harmonia social. E, com tal diversidade de entendimentos, permitir que o desenvolvimento da presente dissertação apresente modificação ao paradigma da indenização, ou seja, possibilite a compensação não patrimonial ao dano.

Inicialmente, analisar-se-á a utilização da sanção punitiva juntamente com a sanção compensatória, segundo o Direito Anglo-saxão e o romano-germânico (tanto no Direito brasileiro e quanto no Direito dos países da Europa continental), a fim de esclarecer o mecanismo e constatar as suas consequências jurídicas e sociais. Em sequência, analisar-se-á, a questão do repúdio aos *punitive damages* e à solidarização dos danos.

Ao final, analisar-se-á o conceito e mecanismo da Justiça Restaurativa e o abrandamento do Direito Penal, demonstrando a valorização da responsabilidade civil no papel da restauração do indivíduo, inclusive no âmbito civil, conferindo satisfação ao lesado e conscientização do ofensor e paz social. Apurar-se-á também as medidas semelhantes às práticas restaurativas que já são utilizadas no Brasil, para, mais uma vez, reiterar, tão somente, as mudanças na função do Direito e permitir a evolução da técnica-jurídica com o fim de alcançar uma sociedade justa e harmônica.

9.1. Quando a obrigação de reparar ou compensar o dano “carrega” uma sanção punitiva.

9.1.1. No Direito Civil anglo-saxão: Pena privada como punição do dano patrimonial ou extrapatrimonial - o instituto do *punitive damages*.

O Direito Anglo-saxão utiliza a pena privada para conferir ao lesado soma de dinheiro além da sua correspondente reparação do dano patrimonial ou extrapatrimonial, podendo, inclusive, ultrapassar o valor liquidado para a reparação do dano, a título punitivo ao ofensor. Assim, constata-se que há dois tipos de valores destinados ao lesado: valor de caráter reparatório ou compensatório, até o limite do dano (*compensatory damages*); e valor de caráter repressivo-punitivo, valor a ser pago além do dano (*punitive damages*).

Denominado de *punitive damages* ou *exemplary damages* (no francês, *dommages-inérêts dits punitifs* ou tão somente *exemplaires*), na tradução literal para o português, danos punitivos, entretanto, tecnicamente mais adequada a tradução de indenização punitiva,²⁶⁸ são aplicados ao ofensor e destinados para benefício do lesado.

O efeito do *punitive damages* de beneficiar o ofendido é caracterizado como enriquecimento excessivo por parte do lesado no Direito Romano-germânico. Em outras palavras, o lesado ao receber valor além do dano a ser reparado pelo ofendido, estaria enriquecendo-se injustamente - reflexo do instituto *compensatio lucri cum damno*.

Contudo, para o Direito Anglo-saxão, o valor conferido ao lesado a título punitivo do ofensor não corresponde a um enriquecimento por parte do lesado, mas sim uma recompensa ao lesado, que possibilitou a Justiça a condenar e corrigir o ato do ofensor. Ou seja, o lesado é

²⁶⁸ Segundo Gonçalves melhor a denominação “indenização punitiva”, uma vez que a tradução literal danos punitivos deveria remeter a “perdas e danos de caráter punitivo”. Entretanto, como se verá adiante, o *punitive damages* não possui caráter indenizatório (tornar indene), mas sim repressivo (o caráter compensatório é residual). Consequentemente, a denominação indenização punitiva, apesar de mais adequada não é tecnicamente precisa. in GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A punição na responsabilidade civil**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 24 e 25. No mesmo sentido, Schreiber, afirmando que o que possui caráter punitivo não é o dano, mas sim a indenização. Ademais, o termo *damages* em inglês “indica tanto dano em si, quanto o montante atribuído à vítima em razão do dano” in SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil** – Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. Atlas: São Paulo. 2007. p. 199.

recompensado por libertar a sociedade de um ofensor de direitos, por realizar as funções de um Promotor de Justiça (*private attorney general*) - *manus publico*, por isso, denominado de recompensa²⁶⁹. Assim, nada mais justo que os valores a serem despendidos fossem do próprio ofensor para, ao mesmo tempo, puni-lo e recompensar e estimular o indivíduo que pratica seus atos de acordo com a lei e com correção social.

Importante notar que a aplicação desta pena privada é limitada a circunstâncias específicas, não sendo utilizada sem qualquer critério nos casos de responsabilidade civil. Especificamente nos Estados Unidos da América do Norte, a aplicação dos *punitive damages*, ocorre somente nos casos de condutas em que houve negligência (determinada como culpa grave - *negligence*); dolo e fraude, bem como nos casos de responsabilidade objetiva (*strict liability* – relacionada, principalmente, à responsabilidade do produtor e o seu dever de segurança do produto). No Reino Unido, os *punitive damages* foram afastados das situações comuns pela *House of Lords* inglesa, sendo somente aplicados nos casos de difamação, tentativa de agressão e prisão ilegal²⁷⁰. Todavia, Gallo informa que decisão da House of Lord inglesa (*Rookes v. Barnard* – 1964 – A.C. 1129) estabeleceu que a pena privada somente poderia ser utilizada nos seguintes casos²⁷¹:

- (i) quando se há a compreensão da existência de um Direito Fundamental do cidadão;
- (ii) quando há uma precisa intenção do sujeito danoso de obter lucro injustificado sem haver sanção;
- (iii) quando os *punitive damages* são expressamente previstos em lei.

Vaz ressalta que os *punitive damages* não são aplicáveis aos contratos, exceto nos casos em que “(...) a conduta do agente, que significa a quebra do pacto contratual, seja daquelas abarcadas pelo campo da ‘tort law’ (responsabilidade civil por atos ilícitos)”, o que não corresponde à inadimplência contratual, mas sim a caracterização de uma figura autônoma de *tort*²⁷².

²⁶⁹ ULIAN, Eduardo. **Responsabilidade civil punitiva**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003. p. 53-54.

²⁷⁰ ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. Pena privata e *punitive damages* nei recenti orientamenti dottrinari americani. in BUSNELLI, Francesco D.; SCALFI, Gianguido (a cura di). **Le pene private**. Milano: Giuffrè, 1985. p. 375. *apud* NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 346.

²⁷¹ GALLO, Paolo. **Pene private e responsabilità civile**. Milão: Giuffrè, 1996. p. 48.

²⁷² VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os *punitive damages* do direito comparado e brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 57.

O nascedouro do mecanismo dos *punitive damages* é na Inglaterra em 1278, no *Statute of Councester*²⁷³. Contudo a nomenclatura surge somente em 1784²⁷⁴. Já nos Estados Unidos da América do Norte iniciou-se sua aplicação no âmbito dos danos não patrimoniais, tutelando os Direitos da Personalidade e da vida privada. Posteriormente, cresceu a aplicação aos casos em que o lucro obtido com o dano superava o valor da reparação e para os demais casos de danos patrimoniais. Nos anos 70, com o aumento da produtividade industrial, a utilização dos *punitive damages* proporcionou o fenômeno de *hipercompensatividade do dano* e a falência do sistema de seguros, sendo necessária a limitação do instituto²⁷⁵.

Assim, sua aplicação nos Estados Unidos da América do Norte, na atualidade é limitada aos casos de negligência, dolo ou fraude para punir conduta culpável, não sendo normalmente aplicável às violações contratuais. Além disso,

*“the Supreme Court has held that three guidelines help determine whether a punitive-damages award violates constitutional due process: (1) the reprehensibility of the conduct being punished; (2) the reasonableness of the relationship between the harm and the award; and (3) the difference between the award and the civil penalties authorized in comparable cases”*²⁷⁶.

Não obstante, segundo Gallo, os critérios utilizados nos Estados Unidos da América do Norte para a quantificação dos *punitive damages* são: a gravidade da culpa, a gravidade do dano, e a condição econômica do agente²⁷⁷, sendo também importante notar que o lesado deve requerer a aplicação do *punitive damages* além da própria reparação do dano, para que seja deferido (ou não) pelo magistrado. Em suma, não basta somente o ato ilícito para a aplicação dos *punitive damages*.

“É necessário a existência de circunstâncias agravantes ou repulsivas, como na hipótese de má vontade, malícia, ou um motivo fraudulento ou mau da parte do réu, ou uma ação tão

²⁷³ VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil**: da reparação à punição e dissuasão: os *punitive damages* do direito comparado e brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p.41.

²⁷⁴ O primeiro caso de aplicação dos *punitive damages* nos EUA data de 1784 no caso *Genay v. Norris*, “*que resultou na condenação de um médico que, após haver aceitado um desafio para um duelo de pistolas, inseriu secretamente na taça de vinho do seu adversário uma dose considerável de cantaridina e propôs um drinque de reconciliação. A Suprema Corte da Carolina do Sul entendeu que as dores extremas provocadas à vítima pela malícia do médico mereciam, naquelas circunstâncias, uma ‘punição exemplar’ – Genay v. Norris, 1 S.C.L. (1Bay) 6 (1784).*” In SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil** – Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas. 2007. p. 199.

²⁷⁵ GALLO, Paolo. **Pene private e responsabilità civile**. Milão: Guiuffrè, 1996. p. 50.

²⁷⁶ **Black’s Law Dictionary**. 7th edition. St. Paul: West Group, 1999. p. 396. No mesmo sentido, SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil** – Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. Atlas: São Paulo. 2007. p. 204.

²⁷⁷ GALLO, Paolo. **Pene private e responsabilità civile**. Milão: Guiuffrè, 1996. p. 196.

*consciente e deliberada em desconsideração aos interesses alheios que possa ser chamada de proposital ou injustificável*²⁷⁸

Importante notar que tais penas privadas buscam a penalização do ofensor, além da própria reparação do dano. E como os ofensores passaram a ter mais poder econômico, somente um valor pecuniário bastante elevado permite a dissuasão da conduta lesiva. Assim, os *punitive damages*, principalmente nos anos 90, estavam em cheque: o lesado buscava a ação de responsabilidade civil não para ter seu dano reparado, mas em busca da “*indenização dos punitive damages*”, pois possuía a consciência de que a Justiça, para punir o ofensor, necessitaria aplicar um valor punitivo bastante alto e que o lesado seria o beneficiário da punição ao ofensor. Tratava-se da famigerada “*indústria do dano*”. Assim, quaisquer tipos de danos, inclusive aqueles que são decorrentes da normal vida cotidiana, passaram a ser pleiteados em juízo, pois os lesados tinham conhecimento de que o valor dos *compensatory damages* seria ínfimo, entretanto, poderiam obter valores significativos através dos *punitive damages*, principalmente quando o ofensor se tratava de empresa de grande representatividade comercial e poder econômico²⁷⁹.

Consequentemente, diversos Estados dos Estados Unidos da América do Norte passaram a definir tetos para as indenizações de *punitive damages*²⁸⁰, afastando o princípio do instituto, qual seja, a penalização para dissuadir ofensor. Segundo Schreiber, onze Estados dos Estados Unidos da América do Norte limitaram, por meio de expressa disposição legal, a aplicação dos *punitive damages*, e nos Estados onde não ocorreu limitação formalizada, sua utilização vem sendo feita com cautela²⁸¹.

Ressalta-se, mais uma vez, que os *punitive damages* são reconhecidos nas mesmas decisões de condenação da reparação ou compensação do dano, ou seja, no âmbito das ações de responsabilidade civil (denominadas genericamente de *Torts*). Entretanto, são claramente

²⁷⁸ PROSSNER, KEATON, W. **Prosser and Keaton on the Law of Torts**. St. Paul, Minn.: West Publishing 1984, p. 9-10, *apud* GONÇALVES, Vitor Fernandes Gonçalves. **A punição na responsabilidade civil**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 28-30.

²⁷⁹ Importante notar que os *punitive damages*, nestes casos, apresentariam valores significativamente mais altos que os *compensatory damages* porque buscam a penalização de um ofensor com grande poder econômico, os quais se condenados a valores ínfimos não proporcionariam qualquer efeito punitivo.

²⁸⁰ GALLO, Paolo. **Pene private e responsabilità civile**. Milão: Guiuffrè, 1996. p. 348.

²⁸¹ O Estado da Califórnia, nos Estados Unidos da América do Norte, limitou expressamente, através do seu Código Civil, a aplicação dos *punitive damages* às obrigações extracontratuais desde que com prova clara e inequívoca da ocorrência de opressão, fraude ou malícia. in SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil** – Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas. 2007. p. 203-204.

distinguidos pelo magistrado, apesar do pagamento da soma total pelo ofensor ao lesado. Este destaque faz-se necessário para identificar o dano, o qual depende de prova existencial e valoração econômica, e a punição do ofensor, que depende exclusivamente dos limites quantitativos legais. Com a reparação do dano há a reparação material do lesado e com os *punitive damages* há a prevenção específica (dissuadir que o ofensor pratique novamente o ato) e prevenção geral da conduta ilícita (dissuadir a sociedade da prática da conduta ilícita)²⁸².

Considerando as cautelas para a redução da indústria do dano, discute-se hoje se nos casos em que o valor a título de *punitive damages* for bastante alto, em decorrência da grande disponibilidade financeira do ofensor (para, assim, proporcionar o efeito dissuasório-punitivo), este deveria ser destinado ao lesado ou dividido com o Estado (*split recovery*)²⁸³.

Por fim, importante informar que há posicionamentos que afirmam pela ineficácia dos *punitive damages* quanto à compensação, punição e dissuasão, pois, (a) as elevadas condenações a título de *punitive damages* proporcionam desestímulo da atividade econômica (*overdeterrence*) ou o aumento do custo do produto ou serviços aos consumidores; e (b) ineficácia às pessoas jurídicas, “(...) já que não pune os responsáveis nem previne a adoção de medidas semelhantes no futuro por parte desse agente, mas ao contrário, pune os acionistas comerciais e os consumidores”²⁸⁴.

9.1.2. No Direito Civil romano-germânico.

9.1.2.1. Direito brasileiro

²⁸² GONÇALVES, Vitor Fernandes Gonçalves. **A punição na responsabilidade civil**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p.26.

²⁸³ GALLO, Paolo. **Pene private e responsabilità civile**. Milão: Guiuffrè, 1996. p. 51. Alguns Estados dos EUA possibilitam o *split recovery*, que consiste no partilhamento dos *punitive damages* ao lesado e a um fundo público de responsabilidade civil. In ULIAN, Eduardo. **Responsabilidade civil punitiva**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003. p. 53-54.

²⁸⁴ VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages do direito comparado e brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 62-63.

9.1.2.1.1. Pena privada vs função compensatória-dissuasória. Atual posicionamento da jurisprudência e doutrina para a fixação da compensação do dano extrapatrimonial.

No Direito Continental, o sistema de responsabilidade civil tem como eixo o patrimônio e a restauração do *status quo ante damnum*. Havendo o dano patrimonial a sua reparação será proporcionada por meio da sua liquidação, sendo possível a reparação *in natura* ou *in pecunia*. Quando o dano for extrapatrimonial, este não poderá ser reparado, uma vez que impossível a restauração do estado anterior ao dano e, conseqüentemente, a valoração pecuniária deste dano proporcionará uma *compensação* pecuniária que ameniza os efeitos do dano ocorrido.

Diferentemente dos danos patrimoniais, que possuem uma variedade de meios de reparação, os danos extrapatrimoniais não os apresentam. É por esse motivo que, segundo Dias, diante de danos extrapatrimoniais, recorre-se à “*outra forma de proteção jurídica dos bens imateriais, a pena*”²⁸⁵.

Martins-Costa e Pargendler afirmam que a associação do caráter punitivo ao dano extrapatrimonial decorre ou pela aproximação dos *traços culturais* com Itália ou Argentina (países em que o dano extrapatrimonial somente era admitido em casos de delitos penais) ou pela construção da ideia de que

“(...) seria impossível, além de imoral, **pagar a dor com dinheiro**. Para legitimar a concessão de uma soma em dinheiro à pessoa que teve a sua esfera extrapatrimonial atingida, passou-se a defender que a indenização do dano moral seria não só legítima, mas também necessária, pois, do contrário, o ofensor restaria impune. Dessa maneira, afastaram-se os óbices de cunho ético-social e justificou-se a indenizabilidade do dano moral com fundamento (implícito) na noção de pena privada: a punição do ofensor – **o ódio ao culpado** – mais que a ‘indenização’ da vítima estava já no fulcro da argumentação jurídica” (negrito do original).²⁸⁶

Assim, a compensação (já que irreparável) pelo dano extrapatrimonial conferida ao lesado busca a “*satisfação à consciência de justiça e à personalidade do lesado*” desempenhando a indenização “*um papel múltiplo de pena, de satisfação e de equivalência*”²⁸⁷. Por esse motivo, a utilização de critérios punitivos para a fixação da

²⁸⁵ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 993.

²⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (‘punitive damages’ e o Direito Brasileiro). **Revista CEJ** do Conselho da Justiça Federal, Brasília, jan. - mar. 2005. n° 28. p.23.

²⁸⁷ AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 1001.

compensação do dano extrapatrimonial cresce no âmbito da jurisprudência e doutrina brasileiras.

Entende-se que são dois vetores que fomentam esta tendência: (i) de ordem qualitativa, que consiste no fato de que cada pessoa pode “sofrer o dano” de uma forma diferente já que o dano ocorre na esfera íntima e moral e (ii) de ordem quantitativa, pois o valor em pecúnia não poderá reparar a mácula da moral, ou seja, impossível retornar ao *status quo ante damnum*. Consequentemente, o que se observa é a valoração das indenizações a partir de critérios punitivos ao ofensor com o objetivo de satisfazer o dano extrapatrimonial do lesado. Criou-se, portanto, uma figura estranha ao *punitive damages* e à estrutura da responsabilidade civil do Direito Romano-germânico: o ofensor seria condenado a um valor pecuniário que para ele é punitivo (uma vez que a indenização não está mais atrelada ao dano, posto que intangível) e, ao mesmo tempo, tal valor será atribuído ao lesado a título de compensação do dano extrapatrimonial.

Püschel entende que esta inclinação à punição do ofensor causador do dano extrapatrimonial consiste na liberdade para a definição do valor compensatório que é conferida ao magistrado, “*permitindo com bastante facilidade o objetivo punitivo desse cálculo, sem a necessidade de modificação legislativa ou grande elaboração interpretativa*”²⁸⁸. Importante notar que a liberdade mencionada pela Autora deriva da ausência de previsão legal expressa e a dificuldade de se valorar o dano extrapatrimonial.

Essa sistematização é denominada, atualmente, nos julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Superior Tribunal Federal como a aplicação da teoria dos *punitive damages* no Brasil. Entretanto, segundo Martins-Costa e Pargendler para a caracterização de *punitive damages* os critérios utilizados deveriam ser mais rigorosos e essencialmente subjetivistas (já que punem a conduta reprovável em si), ou seja, não poderiam ser nunca aplicados nos casos de responsabilidade objetiva, como na prática são. As Autoras observam que tanto a doutrina como a jurisprudência brasileiras não perseguiram fielmente a noção, mesmo que implícita, da pena privada: os aspectos punitivos seriam “*‘imanescentes’, próprios aos danos morais, reforçando-se a tese punitiva que não foi suplantada sequer pela indenizabilidade irrestrita do dano moral pela Constituição de 1988*”. Consequentemente, no Brasil, “*hoje coexistem*

²⁸⁸ PÜSCHEL, Flávia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no Direito Civil brasileiro: uma proposta de investigação empírica. **Revista de Direito GV**. jul. – dez. 2007. v. 3. n.º. 21. p. 21.

*três correntes sobre a função da indenização do dano moral, quais sejam, a compensação/satisfação do ofendido, a punição do ofensor e tanto a satisfação do ofendido como a punição do ofensor*²⁸⁹, sendo esta última corrente a majoritária.

Com base em pesquisa empírica na jurisprudência brasileira sobre a responsabilidade civil por dano extrapatrimonial, Püschel, através da análise sistemática de decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça, identifica os critérios utilizados pelos magistrados para a quantificação da compensação do dano extrapatrimonial e estabelece relação às teorias tradicionais da pena, segundo o Direito Penal. Identifica que os quatro primeiros critérios tratam dos objetivos da condenação e os três últimos sobre a sua “*dosagem*”²⁹⁰:

- (i) “*referência expressa a intenção de punir/ objetivo / função de punir o autor do ilícito (prevenção especial negativa);*
- (ii) *referência expressa a intenção de punir / objetivo / função de prevenir / evitar que o autor do ilícito volte a praticar o ato (prevenção especial positiva);*
- (iii) *referência expressa a intenção de punir / objetivo / função de prevenir / evitar que outras pessoas pratiquem o mesmo tipo de ato (prevenção geral negativa);*
- (iv) *condenação pela simples violação de um direito, sem demonstração de prejuízo;*
- (v) *consideração do grau de culpa do autor do ilícito;*
- (vi) *consideração da capacidade econômica do autor do ilícito;*
- (vii) *consideração dos ganhos obtidos por meio da prática do ato ilícito”.*

Em sentido muito semelhante, Ulian²⁹¹ e Schreiber²⁹² expõe que os critérios utilizados para a quantificação do dano extrapatrimonial pelas Cortes Brasileiras consistem (i) na gravidade do ilícito, (ii) grau de culpa do ofensor; (iii) a condição patrimonial do ofensor; (iv)

²⁸⁹MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (‘punitive damages’ e o Direito Brasileiro). **Revista CEJ** do Conselho da Justiça Federal, Brasília, jan. – mar. 2005. n.º. 28. p. 22-25. As Autoras exemplificam o uso dos *punitive damages* à responsabilidade objetiva no Brasil por meio do julgado AI 455846/RJ, decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em face de Recurso Extraordinário. RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO EMENTA: **RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO. ELEMENTOS ESTRUTURAIS. PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. FATO DANOSO PARA O OFENDIDO, RESULTANTE DE ATUAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NO DESEMPENHO DE ATIVIDADE MÉDICA. PROCEDIMENTO EXECUTADO EM HOSPITAL PÚBLICO. DANO MORAL. RESSARCIBILIDADE. DUPLA FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL (REPARAÇÃO-SANÇÃO): (a) CARÁTER PUNITIVO OU INIBITÓRIO (“EXEMPLARY OR PUNITIVE DAMAGES”) E (b) NATUREZA COMPENSATÓRIA OU REPARATÓRIA. DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.**

²⁹⁰PÜSCHEL, Flávia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no Direito Civil brasileiro: uma proposta de investigação empírica. **Revista de Direito GV**. jul. – dez. 2007. v. 3. n.º. 21. p. 22 e 27-28. A pesquisa ocorreu em 17/07/2006, utilizando-se as palavras-chave “*dano e moral e valor*” na base de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça do Brasil.

²⁹¹ULIAN, Eduardo. **Responsabilidade civil punitiva**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003. p. 13. Para tais conclusões, o Autor analisou os seguintes julgados: Resp 283.319-RJ (2001); AI 245.447 – RJ (99); AI 264.949-RJ (99); (RJTJRS 164/312; TJSP apel. 123.209-1; JTARS 89/240; RT 580/201).

²⁹²SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil** – Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. Atlas: São Paulo. 2007. p. 200.

o enriquecimento do ofensor pela conduta danosa. Reforça Ulian que tais critérios almejam a condenação do ofensor ao pagamento da compensação para intimidar e inibir a prática reiterada do ato danoso seja pelo próprio ofensor ou por qualquer outra pessoa da sociedade.

Já Martins-Costa e Pargendler asseveram que a combinação de dois ou três dos seguintes distintos critérios são utilizados pela jurisprudência brasileira para a quantificação do dano extrapatrimonial: (a) o grau de culpa do ofensor; (b) a condição econômica do ofensor; (c) o enriquecimento obtido com o fato ilícito; (d) intensidade e a duração do sofrimento experimentado pelo lesado; (e) perda de uma chance (chances de vida; prazeres da vida social ou íntima); (f) condições econômicas do lesado²⁹³.

Assim, compreende-se que o valor da compensação paga ao lesado não consistirá em torná-lo indene (uma vez que impossível retornar ao *status quo ante* do dano extrapatrimonial) ou repará-lo na extensão do dano extrapatrimonial (considerando a impossibilidade de dimensionar/medir o dano extrapatrimonial), mas sim, tão somente consistirá em compensar o lesado pelo dano extrapatrimonial sofrido, “*constituindo-se a punição, neste raciocínio, apenas um elemento que integra um determinado modelo de avaliação.*”²⁹⁴

Diversos doutrinadores brasileiros, tais como Cahali²⁹⁵, Bittar²⁹⁶, Perreira²⁹⁷, Silva²⁹⁸, Noronha²⁹⁹, Santos³⁰⁰, Lopez³⁰¹, Cavalieri Filho³⁰², Casillo³⁰³, Lotufo³⁰⁴, vêm reconhecendo o

²⁹³ MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (‘punitive damages’ e o Direito Brasileiro). **Revista CEJ** do Conselho da Justiça Federal, Brasília, nº 28, jan/mar 2005. p.23.

²⁹⁴ ULIAN, Eduardo. **Responsabilidade civil punitiva**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003. p. 14 e 15.

²⁹⁵ CAHALI, Yussef Said. **Dano e indenização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 18-27.

²⁹⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação por danos morais**. 3ª Ed. 2ª tir.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 119.

²⁹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 2ª Ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 61 e ss.

²⁹⁸ SILVA, Clovis V. do Couto. O conceito de dano no direito comparado. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. maio 1999. v. 80, n 667. p. 7-16.

²⁹⁹ NORONHA, Fernando. Desenvolvimento contemporâneos da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. mar. 1999. v 761. p. 40-41.

³⁰⁰ SANTOS, Antônio Jerová dos. **Dano moral indenizável**. 3ª Ed. São Paulo: Método, 2001. p. 174-184.

³⁰¹ LOPEZ, Teresa Anaconda. **O dano estético** – Responsabilidade civil. 2ª Ed. São Paulo: RT, 1999. p. 106-107.

³⁰² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2ª Ed., 3ª tir., rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 74.

³⁰³ CASILLO, João. **Dano à pessoa e a sua indenização**. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 51-53.

caráter dissuasório e aflitivo da compensação dos danos extrapatrimoniais, sem afastar o caráter satisfativo que proporciona ao lesado: um duplo caráter de compensação e punição. Entranto, Cahali, Bittar, Pereira, Couto e Silva, Casillo, Lopez, e Santos não admitem a existência de uma pena privada, mas que o caráter dissuasório-punitivo é intrínseco à compensação do dano extrapatrimonial.

Concluem Martins-Costa e Pargendler por afastar a existência da pena privada do mecanismo indenizatório dos danos extrapatrimoniais justificando que o montante indenizatório possui dupla função compensatória-dissuasória. Caso houvesse a caracterização da pena privada (para as autoras esta sim expressão fiel do *punitive damages*), estaria direcionada para a exclusiva punição do ofensor decorrente da sua conduta reprovável.

Ademais, justificam a diferenciação dos institutos pela aplicabilidade. Os *punitive damages* são de aplicação restrita aos casos de responsabilidade civil subjetiva, já que a conduta do ofensor é a base para a quantificação da indenização, afastando-se, conseqüentemente, a aplicabilidade aos casos de responsabilidade objetiva (uma vez que ausente do elemento culpa). Já as “indenizações” compensatórias-dissuasórias utilizadas pela doutrina e jurisprudência brasileiras são de *amplíssima* aplicabilidade, ou seja, aplicam-se à responsabilidade subjetiva ou objetiva³⁰⁵.

Contrariamente a este posicionamento, Ulian afirma que é exatamente a utilização de critérios punitivos para a valoração da indenização do dano extrapatrimonial que permite concluir:

- (i) que a compensação independe da punição, pois é possível estabelecer uma compensação sem se utilizar os critérios punitivos;

³⁰⁴ O valor da indenização “(...) deverá ser o máximo possível reparador e sancionatório exemplar, a inibir a reincidência. (...) não se admite que o conceito de não patrimonial equivalha só à reparação do ‘pretium doloris’, do preço da dor, porque hoje em dia com os novos direitos fundamentais, de ordem posterior aos do elenco exemplificativo inicial dos individuais frente ao Estado, temos novos tipos de danos reparáveis, como ao meio ambiente, à biologia etc.” in LOTUFO, Renan. **Curso avançado de Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1. p. 316 - 317.

³⁰⁵ MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (‘punitive damages’ e o Direito Brasileiro). Revista CEJ do Conselho da Justiça Federal, Brasília. jan. - mar. 2005. n° 28. p. 23 – 24.

(ii) a valoração da compensação segundo os critérios punitivos ocorre de forma eletiva pelos operadores do direito confirmando “*a tese de que admitem, implicitamente, a concepção de pena no direito privado*”³⁰⁶.

De forma mais conservadora, Vaz posiciona-se pela aplicabilidade da função punitiva da responsabilidade civil, separando-se os conteúdos indenizatório e punitivo, aos casos em que o Poder Judiciário deve tutela os Direitos Fundamentais (inclusive a tutela de danos coletivos, principalmente em matéria ambiental) para a manutenção do próprio sistema jurídico. O valor da condenação excedente ao dano

*“(...) com a finalidade de punir se dá mais pelo comportamento e pela ofensa a um bem coletivo do que pela lesão ou dano propriamente ditos, apesar de a extensão deste poder servir para a fixação do quantum. E mais: ao encontro desta, a função preventiva toma vulto, já que o espírito que move teleologicamente a punição para além da mera ‘vindica’ é exatamente instigar a mudança de comportamento da sociedade, numa visão econômico-social do Direito, em especial no que concerne à preocupação com um desenvolvimento sustentável”*³⁰⁷.

Püschel, nesse sentido semelhante, admite que esse caráter punitivo da responsabilidade civil é retomar “*o interesse pela conduta ilícita*”, fazendo alusão histórica aos fundamentos da responsabilidade civil. Ressalta também que esse caráter punitivo permanece no cidadão comum ao utilizar “*indistintamente as palavras culpa e responsabilidade, demonstrando a importância dada à reprovação da conduta como fundamento para a responsabilização*”³⁰⁸.

Assim, Ulian demonstra que é emergencial a instituição do instituto dos *punitive damages* (como instrumento dissuasório-punitivo de condutas jurídica e socialmente inadequadas), pois o atual cenário da responsabilidade civil extrapatrimonial no Direito Romano-germânico também proporcionou um “*alargamento do conceito de danos morais e sua aplicação à tutela de direitos que escapam ao quadro clássico de danos morais*”. Revela, ainda, que o pleito da reparação de danos extrapatrimoniais vem sendo utilizado como forma punitiva de atos violadores que não proporcionam danos patrimoniais (econômicos) e exemplifica com o requerimento de reparação de dano extrapatrimonial do ato de

³⁰⁶ ULIAN, Eduardo. **Responsabilidade civil punitiva**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003. p. 14-18.

³⁰⁷ VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages do direito comparado e brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 111-113; 125-126 e 168.

³⁰⁸ PÜSCHEL, Flávia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no Direito Civil brasileiro: uma proposta de investigação empírica. **Revista de Direito GV**. jul. – dez. 2007. v. 3, nº 21. p. 17-36.

improbidade administrativa, conforme regula a Lei 8.429/92³⁰⁹: aplica-se a sanção de ressarcimento do dano extrapatrimonial acrescido da multa civil fixada pela referida Lei³¹⁰.

Ocorre que, tanto no Brasil como no Direito alienígena de origem romano-germânico, não são raros os doutrinadores e a jurisprudência que não admitem expressamente a pena privada nos casos de compensação dos danos extrapatrimoniais, pela repúdia a estrutura punitiva da responsabilidade civil do Direito Anglo-saxão. Sob a perspectiva de Carval³¹¹, esta situação proporciona deficiências no sistema de responsabilidade romano-germânico, quais sejam: (i) a falta de eficácia dissuasória, pela necessidade de aplicar uma compensação razoável sem o enriquecimento do lesado (o que pode acarretar em indenizações sem qualquer caráter dissuasório para o ofensor); (ii) a disparidades de “indenizações” para casos semelhantes; e (iii) o favorecimento de arbitrariedades, também motivado pela razoabilidade e equidade em não reparar o dano de pessoa mais abastada, considerando a falta de patrimônio do ofensor, mesmo que sua ofensa seja de grau leve.

Tanto assim o é que, a fim de afastar tal argumento, existem Projetos de Lei que conferem expressamente as funções compensatória, dissuasória e punitiva nos casos de danos extrapatrimoniais (Projeto de Lei nº 6.960/1992) e a qualquer tipo de dano (Projeto de Lei nº 413/2007), bem como o artigo 16 do Projeto de Lei do atual código de defesa do consumidor

³⁰⁹ BRASIL. Lei 8.429/92. “Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano. Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei (...). Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações: (...) II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; (...). Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. Art. 19. Constitui crime a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente. Pena: detenção de seis a dez meses e multa. Parágrafo único. Além da sanção penal, o denunciante está sujeito a indenizar o denunciado pelos danos materiais, morais ou à imagem que houver provocado. Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual. Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe: I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público; (...)”.

³¹⁰ ULIAN, Eduardo. **Responsabilidade civil punitiva**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003. p. 16-18.

³¹¹ CARVAL, Suzanne. **La responsabilité civile dans as fonction de peine privée**. Bibliothèque de droit prive. Paris: L.G.D.J., 1995. Tome 250. p. 289 e 290.

(Lei nº 8.078/1990), o qual, contudo, foi vetado. Vaz enfatiza que, mesmo ausente a previsão legal expressa, não há impedimento para o reconhecimento da função punitiva da responsabilidade civil, a exemplo histórico da indenizabilidade do dano extrapatrimonial³¹².

Retomando a análise sob a ótica do Direito brasileiro, as decisões sobre a compensação do dano extrapatrimonial vêm sendo tomadas conjugando-se a compensação do dano e o caráter punitivo, devendo, entretanto, primar pelo *princípio da equidade* para assegurar o impedimento do enriquecimento do lesado quando do recebimento da indenização de caráter punitivo ao ofensor.

Esta forma de arbitragem da “indenização” proporciona outra delicada problemática: valorar a compensação do dano extrapatrimonial segundo os critérios da jurisprudência nacional, anteriormente mencionados, para a dissuasão e punição do ofensor poderá enriquecer o lesado, violando o princípio do *restitutio in integrum* primordial na fixação do montante compensatório. Torna-se uma tarefa árdua tal valoração. Conseqüentemente, no Brasil, para que não ocorram violações às normas de enriquecimento do lesado, Juízes, Desembargadores e Ministros ridicularizam o valor das compensações por danos extrapatrimoniais, acarretando injustiça. O lesado, que já não pode ter reparado o dano extrapatrimonial, como consequência da sua própria natureza intangível, possui compensação do dano extrapatrimonial de forma irrisória para que não ocorra o seu enriquecimento. Já o ofensor não sofre qualquer forma de dissuasão do seu ato lesivo e a sociedade passa a vislumbrar a ineficácia do Direito.

Há autores que se posicionam pela manutenção da “indenização” em altos patamares desde que assegurem a compensação do dano extrapatrimonial (e não a punição do ofensor) sob a justificativa de que aos lesados a Constituição Federal assegura-lhes a tutela do Direito da Personalidade e da dignidade humana, pouco importando, assim, a capacidade econômica do ofensor; a gravidade do dano ou grau de culpa do ofensor. Neste sentido, posicionam-se Vianna³¹³ e Schreiber³¹⁴.

³¹² VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil**: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages do direito comparado e brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 81-82.

³¹³ VIANNA, Ragner Limongeli. A dignidade humana comporta indenização módica? In NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Temas relevantes do Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 443-472.

³¹⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil** – Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. Atlas: São Paulo. 2007. p. 202-203.

Outros buscam uma solução para afastar qualquer forma de enriquecimento do lesado no caso de compensações dissuasórias-punitivas aos danos extrapatrimoniais: a parte da “indenização” caracterizada como compensatória pelo dano extrapatrimonial deverá ser destinada ao lesado e a parte da “indenização” caracterizada como punitiva ao ofensor deveria ser direcionada ao Estado³¹⁵ (como por exemplo, fundos de garantia³¹⁶) ou o pagamento do valor à entidades de fins sociais ou beneficentes (analogicamente à regra do artigo 883, parágrafo único do Código Civil)³¹⁷. Entretanto, esta alternativa ainda é pouco explorada pela doutrina e jurisprudência brasileiras por não afirmar a existência da pena privada como forma de dissuasão-pedagógica da conduta que acarretou o dano extrapatrimonial e que, sem qualquer repreensão, poderá proporcionar danos a toda a coletividade.

Schreiber, por ter se aproximado dos doutrinadores italianos, relata que na Itália surge o posicionamento de utilizar, adicionalmente à “indenização” compensatória, outra “indenização”, agora com caráter punitivo, para os casos de Direitos da Personalidade. Ressalta que o intuito desses doutrinadores é caracterizar uma “indenização” tão somente punitivo-satisfativa. Esse posicionamento vem crescendo, pois fundamenta a aplicação da “indenização” punitiva por exigência da tutela da dignidade humana e dos Direitos da Personalidade maior que os direitos patrimoniais³¹⁸.

³¹⁵ PÜSCHEL, Flávia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no Direito Civil brasileiro: uma proposta de investigação empírica. **Revista de Direito GV**. jul. – dez. 2007. v. 3. n° 21. p. 22 e SANTOS, Antônio Jerová dos. **Dano moral indenizável**. 3ª Ed. São Paulo: Método, 2001. p. 177.

³¹⁶ LOURENÇO, Paula Meira. **A função da responsabilidade civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p.26; MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (‘punitive damages’ e o Direito Brasileiro). **Revista CEJ** do Conselho da Justiça Federal, Brasília. jan. - mar. 2005. n° 28. p.25; CARVAL, Suzanne. **La responsabilité civile dans as fonction de peine privée**. Bibliothèque de droit prive. Tome 250. Paris: L.G.D.J., 1995.

³¹⁷ Para evitar que ocorra o enriquecimento sem causa do lesado ou injustiças quanto à aplicação dos dispositivos limitadores da indenização, para os casos de ações de responsabilidade civil envolvendo danos extrapatrimoniais, Maluf e Melo propõem que parte da indenização seja destinada a entidades de fins sociais, conforme analogia ao permissivo do artigo 883, parágrafo único do Código Civil brasileiro. Dessa forma, o montante considerado superior a compensação do dano extrapatrimonial não proporcionará enriquecimento sem causa do lesado. MALUF, Renata Chade Cattini. **O aspecto punitivo da reparação do dano moral**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2004. MELO, Diogo L. Machado de. A função punitiva da reparação dos danos morais (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais – artigo 883, parágrafo único do Código Civil) in DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). **Questões controvertidas – Responsabilidade civil**. Série de grandes temas de Direito Privado. v. 5. São Paulo: Método, 2006. p. 85-124. Os irmãos Mazeaud já mencionavam esta alternativa para compensação do dano extrapatrimonial. “Enfin, c’est cette idée qui est à la base du système qui conçoit que la réparation du dommage moral puisse consister dans l’obligation de verser une somme d’argent à une institution charitable désignée par la victime”. MAZEAUD, Henri e MAZEAUD Leon. **Traité Théorique et pratique de la responsabilité civile**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947. v. 1. p. 331.

³¹⁸ Conforme Schreiber, os autores neste sentido são: Antônio Procida Mirabellui di Lauro. **La responsabilità civile: strutture e fusioni**. Turim: G. Giappichelli Editore, 2004. p. 78; Giovanni Bonilini. **Il danno no patrimoniale**, Milão: Giuffrè, 1983, p.272 ss.. Entretanto, Schreiber posiciona-se contrariamente a esta tese, uma vez que também por força constitucional há a necessidade de prévia cominação legal de qualquer pena – in

Coincidentemente, na atualidade, despontaram diversos estudos no âmbito do Direito Romano-germânico sobre a necessidade de rever o sistema de responsabilidade civil e a sua função dissuasório-punitiva, considerando o maior interesse na tutela dos Direitos da Personalidade e o aumento exponencial da responsabilidade objetiva que proporcionou o abandono da culpa do ofensor para focar-se na reparação do dano do lesado. A consequente despreocupação com a conduta culposa do ofensor torna as relações de reparação de dano verdadeiras relações creditícias, o que proporciona a expansão do número das ações indenizatórias pela facilidade quanto à ressarcibilidade do dano. Entretanto, afastam qualquer caráter dissuasório já que o cerne da relação (de responsabilidade civil) consiste no patrimônio

Além disso, neste século também ocorreu a difusão dos seguros como instrumento amenizador das responsabilidades civis, principalmente quanto aos eventuais danos que derivam maiores indenizações. São os seguros de veículos; os profissionais; o de imóveis; o de vida, etc que, pouco a pouco, minaram o caráter dissuasório da indenização ao eliminar o ônus financeiro e moral de ser responsável pelo dano proporcionado.

Há de ser considerado também que o instituto da responsabilidade civil tornou-se tão próximo da vida cotidiana que, por muitas vezes, a prática da conduta danosa é arditosamente estudada, utilizando, se necessário, o recurso da contingência de valores para a eventual reparação de danos. Frisa-se que o ato ou conduta danosa nunca poderá “valer a pena” para o ofensor, pois neste caso a condenação na reparação ou compensação do dano, sob a forma patrimonial, não produzirá nenhum efeito dissuasório. Pelo contrário, fomentará tais condutas danosas.

Importante notar que a função punitiva da responsabilidade civil vem prevalecendo nos casos de dano extrapatrimonial, exatamente pela sua intangibilidade. Entretanto, segundo Carvalho e Püschel, a expansão do caráter punitivo da responsabilidade civil para os danos patrimoniais trata-se de uma questão de políticas públicas³¹⁹.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil** – Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. Atlas: São Paulo. 2007. p. 201-202.

³¹⁹ PÜSCHEL, Flávia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no Direito Civil brasileiro: uma proposta de investigação empírica. **Revista de Direito GV**. jul. – dez. 2007. v. 3. nº 21. p. 31 e CARVALHO,

9.1.2.1.2. Dano social e dano moral coletivo

Dos estudos da responsabilidade civil ainda prosperam análises sob perspectivas diferenciadas, principalmente quanto aos efeitos da responsabilidade civil no âmbito “*ultra partes*”.

Azevedo propõe o estudo de um novo tipo de dano além do patrimonial e do extrapatrimonial: o dano social, o qual consiste em um dano que “(...) *não é lesivo somente ao patrimônio material ou moral da vítima, mas sim, atinge toda a sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida da população*”. Está, portanto, estritamente relacionada com a quebra da “(...) *segurança, que traz diminuição da tranqüilidade social, ou de quebra da confiança, em situações contratuais ou paracontratuais, que acarreta redução da qualidade coletiva de vida*”. Propõe, portanto, um mecanismo para inibir condutas socialmente reprováveis.³²⁰

A “indenização” dos danos sociais deverá ser pecuniária, visando “(...) *restaurar o nível social de tranqüilidade diminuída pelo ato ilícito*”. O caráter da “indenização” do dano social poderá ser (i) dissuasório (“*para não levar à repetição, pelo agente ou por outros, dos mesmos atos*”), quando possuir um conteúdo didático para estímulo de um *comportamento no futuro* (prevenção), sendo aplicado aos “(...) *atos em geral de pessoa jurídica, que trazem uma diminuição do índice de qualidade de vida da população*”; ou (ii) punitivo, quando o ofensor tiver agido com dolo ou culpa grave já que fundado em um *fato passado (punição)* e, em geral de indivíduos, especialmente se forem atos que “(...) *reduzem as condições coletivas de segurança*”. Faz-se imperativa a discriminação da “indenização” dissuasória-punitiva quando da sentença condenatória.

Quanto aos casos de responsabilidade objetiva, Azevedo traz a seguinte solução: havendo a busca tão somente pelo desestímulo (dissuasão), não se faz necessário a análise da subjetividade do ofensor, sendo, assim aplicável aos casos de responsabilidade objetiva. Quando a finalidade da “indenização” for punitiva, a subjetividade do ofensor deve ser

Suzanne. **La responsabilité civile dans as fonction de peine privée**. Bibliothèque de droit prive, Tome 250. Paris: L.G.D.J., 1995. p. 36.

³²⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma. jul/set 2004. v. 19. p. 211-218.

analisada. Neste último caso, a “indenização” punitiva somente será aplicada aos casos de responsabilidade objetiva se possível a análise de subjetividade do ofensor³²¹.

Assim, Azevedo entende que tais indenizações não violariam o dispositivo do artigo 944 do Código Civil, uma vez que não há pagamento de valor que supere o dano, mas sim que o recomponha à sociedade. Por fim, o Autor defende que as “indenizações” punitivas ou dissuasórias devem ser revertidas ao lesado (assim como ocorre com as “indenizações” quanto aos danos patrimoniais e extrapatrimoniais) a título de recompensa por sua atuação como *munus público*.

Acolhendo a teoria do dano social, a Justiça Estadual do Rio Grande do Sul julgou recurso conferido “indenização” a título punitivo por considerar que a situação em tela proporcionou *danos sociais* superiores aos danos individuais. Em outras palavras, o ofensor mesmo compensando o dano patrimonial (dano individual), teria em muito lucrado com a sua conduta ilícita, proporcionando dano social merecedor de punição. Entretanto, para fundamentar o julgado, utilizou-se de casos judiciais norte-americanos decididos com base no instituto dos *punitive damages* do Direito Consuetudinário. Diferentemente da tese de Azevedo, o julgado conferiu o destino da referida indenização punitiva ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (conforme artigo 13 da Lei 7.347/85). Um dos votos também manifesta que o julgamento faz-se adequado, pois tutela uma coletividade que, em outras circunstâncias, necessitaria buscar o judiciário individualmente. Não obstante, ressalva a necessidade de se fomentar as ações coletivas do código de defesa do consumidor e o instrumento da Ação Civil Pública³²².

³²¹ O Autor compreende que a responsabilidade objetiva não afasta a análise da subjetividade.

³²² BRASIL. Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado nº 71001249796. 3ª Turma Recursal Cível. Presidente e Relator Eugênio Facchini Neto. Voto de 27 mar. 2007. EMENTA: “*TOTO BOLA. SISTEMA DE LOTERIAS DE CHANCES MÚLTIPLAS. FRAUDE QUE RETIRAVA AO CONSUMIDOR A CHANCE DE VENCER. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. DANOS MATERIAIS LIMITADOS AO VALOR DAS CARTELAS COMPROVADAMENTE ADQUIRIDAS. DANOS MORAIS PUROS NÃO CARACTERIZADOS. POSSIBILIDADE, PORÉM, DE EXCEPCIONAL APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL. NA PRESENÇA DE DANOS MAIS PROPRIAMENTE SOCIAIS DO QUE INDIVIDUAIS, RECOMENDA-SE O RECOLHIMENTO DOS VALORES DA CONDENAÇÃO AO FUNDO DE DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Não há que se falar em perda de uma chance, diante da remota possibilidade de ganho em um sistema de loterias. Danos materiais consistentes apenas no valor das cartelas comprovadamente adquiridas, sem reais chances de êxito. Ausência de danos morais puros, que se caracterizam pela presença da dor física ou sofrimento moral, situações de angústia, forte estresse, grave desconforto, exposição à situação de vexame, vulnerabilidade ou outra ofensa a direitos da personalidade. Presença de fraude, porém, que não pode passar em branco. Além de possíveis respostas na esfera do direito penal e administrativo, o direito civil também pode contribuir para orientar os atores sociais no sentido de evitar determinadas condutas, mediante a punição econômica de quem age em desacordo com padrões mínimos exigidos pela ética das relações sociais e econômicas. Trata-se da*”

Na busca por alargamento do conceito de dano reparável, também surge a figura do *dano moral coletivo*. Segundo Tartuce, “*o seu conceito é controvertido, mas pode ser denominado como o dano que atinge, ao mesmo tempo, vários Direitos da Personalidade, de pessoas determinadas, determináveis ou mesmo indeterminadas*”³²³.

Expoente no âmbito do Direito do Trabalho, o dano moral coletivo busca promover a punição de práticas ilícitas reiteradas de empregadores almejando, assim, a desestimular o chamado “*dumping social*”³²⁴ ou a prática de qualquer outro ato ilícito continuado pelo empregador, mesmo considerando que a propositura da ação tenha ocorrido de forma individual³²⁵.

Há também aplicabilidade no âmbito do Direito Ambiental com o objetivo de coibir a prática reiterada de atos ilícitos ou danos. Isso porque “*(...) os fenômenos, analisados sob o aspecto da repercussão física ao ser humano e aos demais elementos do meio ambiente constituem dano patrimonial ambiental. O dano moral ambiental caracteriza-se quando, além dessa repercussão física no patrimônio ambiental, sucede ofensa ao sentimento difuso ou coletivo - v.g.: o dano causado a uma paisagem causa impacto no sentimento da comunidade de determinada região, quer como v.g.; a supressão de certas árvores na zona urbana ou localizadas na mata próxima ao perímetro urbano. Consectariamente, o reconhecimento do dano moral ambiental não está umbilicalmente ligado à repercussão física no meio ambiente,*

função punitiva e dissuasória que a responsabilidade civil pode, excepcionalmente, assumir, ao lado de sua clássica função reparatória/compensatória. O Direito deve ser mais esperto do que o torto, frustrando as indevidas expectativas de lucro ilícito, à custa dos consumidores de boa fé. Considerando, porém, que os danos verificados são mais sociais do que propriamente individuais, não é razoável que haja uma apropriação particular de tais valores, evitando-se a disfunção alhures denominada de overcompensation. Nesse caso, cabível a destinação do numerário para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pela Lei 7.347/85, e aplicável também aos danos coletivos de consumo, nos termos do art. 100, parágrafo único, do CDC. Tratando-se de dano social ocorrido no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a condenação deverá reverter para o fundo gaúcho de defesa do consumidor”.

³²³ TARTUCE, Flávio. Reflexões sobre o dano social. In HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; SIMÃO, José Fernando (Coord.). **Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade**. Porto Alegre: Magister, 2009. v. 2. p. 181.

³²⁴ “*(...) Dumping social ou a comercialização de produtos mais baratos em razão da utilização de trabalho socialmente reprovável (trabalho infantil, discriminação, trabalho escravo ou em situação análoga à escravidão etc.)*”. in VILLATORE, Marco Antônio; GOMES, Eduardo Biacchi. Aspectos sociais e econômicos da livre circulação de trabalhadores e o dumping social. in AZEVEDO, André Jobin de (Coord.). **Anais Congresso Internacional de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 152.

³²⁵ MAIOR, Jorge Luiz Souto. O dano social e sua reparação. **Revista LTr**, São Paulo, nov. 2007. v. 71, n. 11, p. 1317-1323. MAIOR, Jorge Luiz Souto. Indenização por Dano Social pela Agressão Voluntária e Reincidente aos Direitos Trabalhistas. In CONGRESSO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. **Trabalhos científicos**. 2006. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/hotsite/conamat06/trab_cientificos/teses/indeniza%C3%A7%C3%A3o%20suplementar.rtf>. Acesso em 19 mar. 2010. Segundo o Autor, o dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, d, e 832, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho

*mas, ao revés, relacionado à transgressão do sentimento coletivo, consubstanciado no sofrimento da comunidade, ou do grupo social, diante de determinada lesão ambiental. Deveras, o dano moral individual difere do dano moral difuso e in re ipsa decorrente do sofrimento e emoção negativas.*³²⁶

Assim, para Bessa, o *dano moral coletivo* proporciona a condenação do ofensor de Direitos Coletivos ou Difusos em uma sanção pecuniária com caráter punitivo destinada ao proveito coletivo (fundo criado pela Lei de ação civil pública – 7.347/85), proporcionando uma dupla função: compensatória e punitiva. A intangibilidade do dano o configuraria como extrapatrimonial, apesar de “*independer de qualquer afetação ou abalo à integridade psicofísica da coletividade*” e pela desnecessidade de comprovação do dano (o Autor manifesta o entendimento de que o dano extrapatrimonial é presumível - *in re ipsa*)³²⁷.

O Autor faz importante distinção do *dano moral coletivo* com a ação civil pública, sendo que está última almeja pretensões indenizatórias patrimoniais e extrapatrimoniais que afetam a coletividade, mas que possibilitam a habilitação do lesado para a pretensão individual³²⁸. Já o *dano moral coletivo* consiste na pretensão individual de reparação que proporciona uma reparação/compensação à coletividade.

Previamente à análise crítica, importante ressaltar as convergências e divergências do *dano social* e *dano moral coletivo*. A pedra fundamental de ambas as teorias consiste na possibilidade de uma pretensão individual de reparação de dano proporcionar compensação do dano à sociedade, quantificando-se a indenização segundo parâmetros exclusivamente punitivos e dissuasórios.

³²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 598281/MG. Relator Ministro Luiz Fux. Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 02 maio 2006, DJ 01 jun 2006. p. 147. Voto Rel. Ministro Luiz Fux, p. 25 e 26..

³²⁷ Segundo Bessa, Noronha e Moraes são favoráveis ao destaque da função punitiva à reparatória quando os danos tratarem-se de Direitos Coletivos e Difusos, uma vez que, diante da intangibilidade do dano, resta a repressão da conduta. in BESSA, Leonardo Roscoe. Dano Moral Coletivo. Portal **Clube Jurídico do Brasil**. Artigos. [S.I.], 04 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.11175>>. Acesso em 19 mar. 2010.

³²⁸ A exemplificar, recentemente, o Ministério da Justiça do Brasil e PROCONs (de 24 unidades federativas) ingressaram com duas ações coletivas contra empresas de telefonia celular, alegando descumprimento às regras no atendimento ao cliente (empresas não estavam cumprindo as disposições legais preferindo assumir o eventual ônus da discussão judicial) e requerendo a condenação, a título de *danos morais coletivos*, no valor de trezentos milhões de reais (maior indenização já requerida) a ser destinada ao Fundo de Direitos Difusos. – in BRASIL. Ministério da Justiça. Telefônicas podem pagar indenização por desrespeitar consumidores. **Notícias**. 28 jul. 2009. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ08DEBD27ITEMID322CD76F3F144AB09C69CAB0B1FFFC10PTBRIE.htm>>. Acesso em 19 mar. 2010.

Quanto às divergências, conforme opinião de Tartuce, aponta-se:

- (i) destinação da compensação do dano. No caso do dano moral coletivo o destino é para os fundos públicos (seguindo a legislação da ação civil pública), enquanto que no caso de dano social, o valor da compensação do dano social seria destinado, via de regra, ao próprio lesado como recompensa pela função de “promotor público privado”;
- (ii) imaterialidade do dano. Necessariamente, o dano moral coletivo repercute no âmbito extrapatrimonial, enquanto que o dano social poderá ser patrimonial ou extrapatrimonial;
- (iii) vítima do dano. No dano social a vítima é a sociedade e no dano moral coletivo as vítimas são titulares de Direitos Individuais homogêneos, Coletivos ou Difusos³²⁹.

Posiciona-se no sentido de que esses mecanismos demonstram a insuficiência das ações civis públicas e das medidas administrativas dos órgãos reguladores que deveriam propiciar a tutela da coletividade. Nitidamente, percebe-se que as teorias buscam, através da relação privada, solucionar questões coletivas lesivas à sociedade.

Em uma perspectiva geral, o que se verifica é a perseguição à função dissuasória-punitiva no âmbito da responsabilidade civil como forma de controle social das condutas danosas, mas também uma mudança social através do caráter pedagógico da punição. Notar que não se busca aqui contrariar tais teses, mas sim revelar que o Direito brasileiro possui mecanismos que almejam além do controle social. Acredita-se, que este estudo, identificará, na própria estrutura do Direito, outras formas de mudança social fundadas na promoção e não na punição.

9.1.2.2. Direito dos países da Europa continental

O Direito estrangeiro, de família romano-germânica, também é divergente quanto ao caráter punitivo da compensação do dano extrapatrimonial. Importante observar que o tema da pena privada havia sido afastado das discussões sobre a responsabilidade civil devido à superconsistência do princípio da restauração integral do dano. Entretanto, o instituto

³²⁹ TARTUCE, Flávio. Reflexões sobre o dano social. In HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; SIMÃO, José Fernando (Coord.). **Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade**. Porto Alegre: Magister, 2009. v. 2. p. 182.

ressurge, na atualidade, principalmente pela vulnerabilidade da reparabilidade e da quantificação do dano extrapatrimonial.

Na Alemanha, Jhering já se posicionava pela aplicação da pena privada nos casos de comportamento lesivo ao direito de outrem que não proporcionasse “*dano imediatamente perceptível*”. Quanto à existência de uma função punitiva da responsabilidade civil para compensação dos danos extrapatrimoniais (especialmente violações do Direito da Personalidade), são expoentes recentes Grossfeld e Stoll³³⁰.

Ripert, na França, também acolhia a aplicação da pena privada para a compensação dos danos extrapatrimoniais por defender que o valor recebido pelo ofendido não pode reparar o dano proporcionado, tratando-se exclusivamente de uma punição para o ofensor, sendo também necessária uma pena civil para os casos em que o ofensor proporcionou o dano dolosamente.³³¹

Muitos outros autores dissertaram sobre a matéria. Dentre eles Hugueney, afirmando que o *quantum* da responsabilidade civil seria, no futuro, graduada segundo os graus de culpabilidade; Demogue, posicionando-se pela aplicação residual da pena privada quando o ressarcimento do dano não proporcionar efeito dissuasório; e Stark, o grande precursor da retomada da pena privada na responsabilidade civil na França³³².

Stark³³³ entende que a responsabilidade civil possui duas funções: (1) de garantia contratual e extracontratual, que assegura a reparação integral do dano emergente (reparação mínima para o lesado); e (2) de pena privada, que assegura “indenização” ao lesado que excede o valor de garantia, variando segundo a gravidade do *faute*; a existência de seguro; e a

³³⁰ JHERING. *La lotta per il diritto*. Tradução Italiano de Bari, 1960, p. 140. GROSSFELD, *Die Privatstrafe. Ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*. Frankfurt am Main-Berlin, 1961, in Riv. Trim., 1962, p. 316. STOLL, *Schadenersatz und Strafe. Eine rechtsvergleichende Skizze*, in FS M. Rheinstein, II, Tübingen, 1969, p. 569 *apud* GALLO, Paolo. *Pene Private e Responsabilità Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 1996. p. 52-53.

³³¹ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2002. p. 329-350.

³³² HUGUENEY. *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Paris 1904; ID. *La peine privée en droit actuel*, in Rev. critique de législation et de Jurisprudence, 1906, p. 416; ID., *La sort de la peine privée en France dans la première moitié du siècle*, in Etudes offertes a G. Ripert, Paris, 1950, p. 249. DEMOGUE, *Traité des obligations*, Paris 1923-1933, v. IV, p. 184 ss., p. 188. *apud* GALLO, Paolo. *Pene Private e Responsabilità Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 1996. p. 53.

³³³ STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris: L. Rodstein. 1947. *apud* LOURENÇO, Paula Meira. *A função da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 141-145.

situação econômica das partes. Conseqüentemente, para o Autor, a pena privada trata-se da reparação máxima do lesado que consiste na (2.1.) indenização subjetiva (dos danos extrapatrimoniais e lucro cessante) no limite máximo do dano reparado pela função de garantia; e (2.2.) indenização objetiva, quando o ofensor obtém lucro maior que o dano proporcionado, ultrapassando o *quantum* indenizatório, aplicando-se um múltiplo do valor do dano.

Mais recentemente, tomou expressão a dissertação de Tunc ao afirmar que a “*pena privada representa o único meio para consentir uma idônea reação na presença de microlesões toda vez que o dano seja mais difuso ou tende a se esfumar* (espalhar)”, como, por exemplo, a utilização da pena privada para a sanção de pequenos furtos, bem como é instrumento necessário nos casos em que o dano, mesmo ressarcido, proporciona lucro maior ao ofensor³³⁴. Viney demonstra o desenvolvimento da aplicabilidade da pena privada no Direito da Personalidade, presumindo-se o dano e a culpa para apuração do montante “indenizatório” que passa a ser um valor pecuniário a título satisfativo e dissuasório³³⁵.

Carval também desenvolveu dissertação sobre o tema na mesma linha dos seus mestres Viney e Tunc, acrescentando a análise da função punitiva da responsabilidade civil diante da ausência de dano³³⁶. Em breve síntese, sua posição consiste em afirmar que a responsabilidade civil possui uma função compensatória-punitiva somente nos casos de violação aos Direitos da Personalidade e às liberdades fundamentais (o que denomina de danos irreparáveis). A função punitiva é exercida por meio o aumento da “indenização” do lesado (em valor que extrapola a reparação do dano), considerando-se que não há previsão expressa na legislação francesa sobre punição. Entretanto, a natureza desta “indenização” é de pena privada. Há casos na jurisprudência francesa em que os ofensores foram condenados ao pagamento simbólico de 1,00 Franco e à publicação da sentença em jornais de grande circulação, não havendo qualquer reparação do dano, mas simplesmente a denúncia da conduta do ofensor, o que representaria uma punição pública.

³³⁴TUNC, André. La pena privata nel diritto francese in BUSNELLI e SCALFI. **Le pene private**. Milano, 1985. p. 350. *apud* GALLO, Paolo. **Pene Private e Responsabilità Civile**. Milano: Giuffrè Editore, 1996. p. 53.

³³⁵VINEY, Geneviève. **La responsabilité**. Paris 1982, p. 315. *apud* GALLO, Paolo. **Pene Private e Responsabilità Civile**. Milano: Giuffrè Editore, 1996. p. 53.

³³⁶CARVAL, Suzane. **La responsabilité civile dans as fonction de peine privée**. Paris: R.I.D.C., 1995.

Segundo a Autora, seriam critérios para o aumento da “indenização” exercendo a função punitiva: (a) lucro do ofensor; (b) economia (bônus) do ofensor decorrente de atividade parasitária; (c) apropriação de tecnologia. Esta função punitiva também é aplicada aos casos de responsabilidade objetiva, considerando que os critérios de aplicação da pena privada não são subjetivos.

Na Espanha, Díez-Picazo³³⁷ também se posiciona favoravelmente à aplicação da pena privada para a compensação dos danos extrapatrimoniais. Em Portugal, Lourenço³³⁸ defende a tese de que a responsabilidade civil possui funções reparatória e punitiva, sendo ambas aplicadas somente aos casos de (i) danos insusceptíveis de avaliação em pecúnia (danos irreparáveis); (ii) danos cuja determinação e quantificação é complexa, senão mesmo impossível (como no caso de danos ambientais); (iii) danos de difícil caracterização (como catástrofes nucleares, sanitárias e climatéricas); (iv) enriquecimento injusto por ato ilícito e culposo (*curto-circuito do contrato* ou *contractual buy-pass* – o ofensor não faz contrato porque já sabe que não o cumprirá e tem consciência de que a regra geral de responsabilidade civil proporcionará eventual indenização menor que o lucro obtido com a sua conduta).

Afirma a Autora que (1) a função punitiva com relação à função reparatória, pode proporcionar as seguintes sanções que levam em consideração o dano ocorrido: (1.1.) *indenização-punição* (redução da indenização do ofensor caso não tenha agido com culpa grave – artigo 494 do Código Civil português); (1.2.) *montante punitivo - punitive damages* - (aplicação de múltiplo da indenização); e (1.3.) *compensação punitiva* (exprime a dupla função compensatória-punitiva – quando a “indenização”, ao mesmo tempo, compensa o dano e pune o ofensor, como nos casos de danos extrapatrimoniais)³³⁹. Já a (2) função punitiva da responsabilidade civil pode ser analisada como instituto autônomo, independentemente do dano proporcionado para a aplicação das sanções: (2.1.) *punição civil pura* – em que é necessário o

³³⁷DÍEZ-PICAZO, Luis. **Derecho de daños**. Madrid: Civitas, 1999. p. 240. *apud* ULIAN, Eduardo. **Responsabilidade civil punitiva**. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003. p. 10.

³³⁸ LOURENÇO, Paula Meira. **A função da responsabilidade civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

³³⁹ Lourenço apresenta os seguintes critérios para a avaliação do quantum da indenização compensatória-punitiva dos danos extrapatrimoniais: (i) equitatividade; (ii) grau de culpabilidade do ofensor; (iii) condição econômica das partes. Segundo a autora, os critérios foram selecionados pela interpretação do artigo 494 do Código Civil português – “*Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem*”. – in LOURENÇO, Paula Meira. **A função da responsabilidade civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 286.

ato ilícito e culposo – sob a forma não pecuniária (como a publicação em jornais de sentença condenatória) ou *pecuniária* (quando o montante não for múltiplo da indenização pelo dano – por exemplo, as cláusulas penais contratuais); (2.2.) *montante punitivo* (valor acrescido à indenização sem o limite legal do dano ocorrido) – varia em função da culpa do ofensor (por exemplo, restituição do lucro obtido pelo ofensor).

O tema da pena privada é bastante recente na Itália, tendo, segundo Gallo, desenvolvimento somente a partir da metade da década de 70, em decorrência da expansão dos Direitos da Personalidade, da tendência de despenalização da tutela da honra e da reputação, bem como da influência do Direito Anglo-saxão. São expoentes diversos autores dentre eles Gioia, Cedon e Galgano³⁴⁰. De forma geral, pode-se dizer que esse grupo de autores é “*favorável a uma reavaliação e a um emprego mais abrangente da sanção civil toda vez que o mero ressarcimento do dano, ou a ausência de dano, ou o lucro excedente ao dano não for idôneo a desenvolver uma suficiente função deterente (dissuasória)*”³⁴¹.

Gallo entende que a responsabilidade civil possui uma função satisfativa-punitiva de reparar o dano econômico imediatamente perceptível ou quantificável sendo, assim, aplicável aos casos de danos patrimoniais (dano emergente e lucro cessante). Quanto à pena privada, seria um instituto autônomo da responsabilidade civil em que somente há a punição da conduta do agente, sem a necessidade da ocorrência do dano – não busca reparar o dano, mas dissuadir. Assim, a pena privada seria aplicável aos casos de dolo e culpa grave; quando o autor do ato ilícito percebe vultosa vantagem); aos casos de responsabilidade civil sem dano (danos extrapatrimoniais) uma vez que se presume o dano, ou quando o mero ressarcimento não for suficiente (a exemplo dos danos ambientais); e aos casos em que a aplicação da tutela penal for excessiva (como os delitos de menor potencial ofensivo): trata-se da internacionalização do custo social total do ilícito.

Para o Autor, a pena privada consiste em valor pecuniário, quantificado segundo os critérios de (i) gravidade da lesão; (ii) graduação da culpabilidade; (iii) condição financeira pelo responsável da lesão; (iv) enriquecimento injusto. O montante da pena privada poderá se

³⁴⁰ Gallo também cita outros autores, quais sejam, Moscati, Pozanelli, Busnelli e Scalfi, G.B. Ferri, Bonilini, Salvi, Zencovich, Gambaro, Di Majo, Zoppini, Carbone, Valcavi, Trimarchi, Urso. Para referências bibliográficas vide GALLO, Paolo. **Pene Private e Responsabilità Civile**. Milano: Giuffrè Editore, 1996. p. 55-56.

³⁴¹ GALLO, Paolo. **Pene private e responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 1996. p. 52-58.

destinado para (a) o lesado, como nos casos de danos extrapatrimoniais, assumindo, ao mesmo tempo, uma função satisfativa-punitiva; (b) *split recovery* – parte destinado ao lesado e parte ao Estado; (c) o Estado, nos casos de responsabilidade do produtor e danos ambientais; ou (d) fundos públicos de responsabilidade civil. Importante nota é que a pena privada, para Gallo, não é aplicável aos casos de responsabilidade objetiva, pois ela mesma consiste em uma deterrente (presumindo-se a culpa do ofensor). Tal sistematização representa a tendência de *frammentazione* (fragmentação) da responsabilidade civil decorrente da relevância da função punitiva da responsabilidade civil.

9.1.2.3. Repúdio aos *punitive damages*. Solidarização dos danos.

A Doutrina favorável à introdução do *punitive damages* no Direito de tradição romano-germânica afirma a necessidade do caráter dissuasório da conduta danosa sem que ocorra, contudo, a “limitação da indenização” ao dano, uma vez que seu objetivo é um *plus* à indenização³⁴².

Como disposto anteriormente, os critérios utilizados pelas Cortes Brasileiras³⁴³ para a quantificação das indenizações de danos extrapatrimoniais, segundo Moraes³⁴⁴, pelo menos dois deles (grau de culpa do ofensor e capacidade econômica do ofensor) expressam uma função exclusivamente punitiva, sem qualquer relação com o dano, mas somente com a conduta do ofensor. Consequentemente, segundo Schreiber, além de violarem o artigo 944 do Código Civil - que estabelece que a indenização é valorada segundo a extensão do dano, criaram uma “*espécie bizarra de indenização*”, pois (i) não pode ser caracterizada como *punitive damages*, uma vez que este é aplicado ao modelo em que os *damages* são dois (*compensatory damages* e *punitive damages*), enquanto que no Brasil há uma “indenização” única que cumpre, ao mesmo tempo, a compensação e a punição; (ii) não corresponde à indenização (tornar sem dano) da tradição romano-germânica, já que diante do princípio do não enriquecimento sem causa e da destinação do valor punitivo ao lesado, por muitas vezes a

³⁴²SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil** – Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. Atlas: São Paulo. 2007. p. 199.

³⁴³ Vide Capítulo 9, item 9.1.2.1.1.

³⁴⁴MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 173. *apud* SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil** – Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. Atlas: São Paulo. 2007. P. 200.

indenização valorada a título de compensação do dano extrapatrimonial é reduzida; (iii) por ser um *plus* à compensação do dano, caracteriza-se como punição, mas aplicada sem fundamento e tipificação legal e as garantias processuais próprias da pena³⁴⁵.

Além disso, caso o instituto do *punitive damages* fosse adotado integralmente pelo Direito brasileiro, a punição, por muitas vezes, pode ser ineficaz, pois “*na responsabilidade civil, nem sempre o responsável é o culpado e nem sempre o culpado será punido (porque ele pode ter feito um seguro)*”³⁴⁶.

Schreiber sugere que o aumento do valor das indenizações (no sentido de serem mais razoáveis), considerando a flexibilidade que o magistrado possui para tanto, seriam suficientes para proporcionar a compensação do dano extrapatrimonial e assegurar a tutela da dignidade humana e dos Direitos da Personalidade. No mesmo sentido, Vianna defende que a compensação do dano extrapatrimonial não pode ser limitada às quantias módicas pelo receio de se gerar enriquecimento sem causa ao lesado ou fomentar a “indústria do dano”. Isso porque os danos extrapatrimoniais decorrem da violação da dignidade da pessoa a qual deve ser tutelada acima de qualquer proteção, independentemente da situação econômico-financeira da vítima³⁴⁷.

Além do aumento do valor das compensações por danos extrapatrimoniais, Schreiber sugere que sendo necessária alguma forma de coibir a “*conduta maliciosa e repetitiva, onde a soma global das indenizações compensatórias ‘não justifica’, em termos econômicos, a adoção de um procedimento mais probo por parte do ofensor*”, poder-se-ia utilizar sanções administrativas dos órgãos reguladores da atividade do ofensor (através de multas e suspensões de licenças ou atividade), produzindo os efeitos dissuasórios da conduta danosa e afastando (i) a necessidade de reformas no Direito Civil para a aplicação do mecanismo alienígena punitivo (*punitive damages*); e afastando (ii) o enriquecimento sem causa do lesado (que receberia os valores da “indenização” punitiva do ofensor). Entretanto, o próprio Autor

³⁴⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil** – Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. Atlas: São Paulo. 2007. p. 200 e 201.

³⁴⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 141. *apud* SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil** – Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. Atlas: São Paulo. 2007. p. 201.

³⁴⁷ VIANNA, Ragner Limongeli. A dignidade humana comporta indenização módica? In NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Temas relevantes do Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 443-472

observa que a aplicação de sanções administrativas acarretaria o mesmo problema jurídico dos *punitive damages*: a ausência de previsão legal.³⁴⁸

Fazendo conclusão muito próxima a de Schreiber, Gallo afirma que há o debate sobre a completa abolição do sistema de responsabilidade civil, substituindo este sistema por um sistema pela compensação alternativa, a exemplo do que ocorre com os seguros e previdência social. Entretanto, ressalta que mesmo nesse cenário, “(...) *la funzione deterrente svolta dalla responsabilità civile potrebbe viceversa essere assunta da sistemi alternativi di sanzioni come per esempio le multe, le sanzione amministrative, e così via*”³⁴⁹.

Ainda segundo Schreiber, a popularidade dos *punitive damages* no Brasil decorre exatamente desta falta de sua previsão legal, pois dessa forma os magistrados podem utilizá-la diante de flagrantes injustiças e sem a justificativa à “*construção tortuosa do caráter punitivo como elemento da reparação do dano moral, e não como parcela adicional à compensação*”³⁵⁰. Justifica ainda que a introdução dos *punitive damages* no Direito Civil brasileiro significa retroceder os dois últimos séculos de desenvolvimento da responsabilidade civil. A “indenização” punitiva retoma a análise da culpa e de questões subjetivistas, enquanto que o avanço da responsabilidade civil estaria focado no desenvolvimento da responsabilidade objetiva e na diluição dos danos proporcionando a “*solidarização da reparação dos danos*” – ou seja, o dever de reparar deve ser solidarizado, como ocorre no caso dos seguros de responsabilidade civil.

A solidarização da reparação dos danos não deve se limitar às relações individuais, mas como questão de política pública, distribuindo-se, assim, os riscos para toda a sociedade, beneficiando eventuais ofensores e lesados:

*“É a estes verdadeiros sujeitos ocultos da responsabilidade civil atual – em última análise, todos nós – que compete assumir proporcionalmente os riscos que derivam de sua convivência, em prol de uma sociedade mais solidária, formadas por pessoas comprometidas com a sua mútua proteção”*³⁵¹.

³⁴⁸ SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, São Paulo, v. 12, p. 22.

³⁴⁹ GALLO, Paolo. **Pene Private e Responsabilità Civile**. Milano: Giuffrè Editore, 1996. p. 186.

³⁵⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil** – Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. Atlas: São Paulo. 2007. p. 203.

³⁵¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil** – Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. Atlas: São Paulo. 2007. p. 205 e 243-246.

Pereira também comenta sobre a “*solidarização riscos*”, afirmando a eficiência do mecanismo para satisfação do lesado, citando inclusive o seguro obrigatório de veículo automotor e a transferência da reparação dos danos de acidente do trabalho ao empregador. Entretanto, critica o posicionamento de Malaurie e Aynès que descrevem três etapas de desenvolvimento da “*solidarização riscos*”, uma vez que visam à exclusão da responsabilidade (etapas: 1ª o seguro complementando a responsabilidade civil; 2ª socialização dos riscos assegurada pela seguridade social, passando a responsabilidade ser complemento daquela; 3ª reclamo somente à seguridade social). Segundo o Autor, a securitização jamais poderá substituir a responsabilidade subjetiva e objetiva, pois estas devem assegurar a base da responsabilidade civil³⁵².

Savatier afirma que o seguro de responsabilidade civil é a evolução do instituto, pois assim, a responsabilidade civil abrangeria um maior número de pessoas cumprindo com a necessidade da socialização do dever de indenizar. Para tanto, necessário percorrer quatro etapas progressivas: o seguro ilimitado, o seguro obrigatório, o monopólio dos seguros pelo Estado e, por fim, a substituição do imposto em lugar do seguro³⁵³.

Contrariamente ao sistema securitário para a cobertura de todas as hipóteses de responsabilidade civil, Casillo expressa sua opinião afirmando que, com os seguros, “(*... desaparecendo ou amenizando-se a obrigação de indenizar, e deixando de existir esta possibilidade de sanção, os atos ilícitos se proliferariam, causando ao lado da desejada garantia da indenização, um exagerado volume de atos danosos, o que seria desastroso.*”³⁵⁴.

Acredita-se que a solidarização da reparação dos danos, através do mecanismo em que todos da sociedade suportem o risco do ônus do dano, não seja uma alternativa factível, segundo a atual situação sócio-cultural brasileira. Isso porque, sem afastar o pressuposto de que os riscos são maiores ou menores conforme a região de residência ou o trabalho dos cidadãos, o Brasil é constituído por uma população preponderantemente pobre economicamente, a qual não poderia contribuir financeiramente com a assunção dos riscos de forma coletiva.

³⁵² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 2ª Ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 309-313.

³⁵³ SAVATIER. **Lês métamorphoses économiques et sociales du droit civil d’aujourd’hui** (Socialisation de la responsabilité et de risques), Deuxième édition. Paris: Librairie Dalloz, 1952. p. 259-264.

³⁵⁴ CASILLO, João. **Dano à pessoa e a sua indenização**. 1ª Ed. São Paulo: RT, 1987. p. 53.

Além disso, considerando que todos os indivíduos possuíssem capacidade financeira para a assunção dos ônus dos danos, entende-se que, por questões educacionais e culturais, haveria um lapso temporal muito grande para que a população compreendesse o mecanismo da solidarização da reparação dos danos. Durante este período de transição, haveria o aproveitamento da situação cômoda de ser reparado o dano, sendo o ônus suportado por poucos.

Assim, conclui-se que a sistemática da solidarização da reparação dos danos somente poderia ocorrer em uma sociedade bastante mais homogênea sob o aspecto financeiro e sócio-cultural dos seus cidadãos³⁵⁵, bem como entende não ser oportuna a constituição de um fundo público de responsabilidade civil no Brasil, considerando a dificuldade da administração pública em conferir a precisa e justa destinação dos valores arrecadados. Assim, ciente das necessidades sócioeducacionais do país, vislumbra-se que a alternativa da compensação não patrimonial do dano, por meio da sanção sócioeducativa, alcance um maior número de cidadãos, fortalecendo intelectual, ética e culturalmente a população brasileira; proporcionando justiça e transformação da sociedade.

9.2. Quando a sanção punitiva transforma-se em obrigação de reparação ou compensação de danos (sanção restitutiva ou compensatória): a óptica da justiça restaurativa.

Apesar do nascedouro na esfera penal³⁵⁶, analisar-se-á brevemente a estrutura da justiça restaurativa para demonstrar novas formas de satisfação do dano. A justiça restaurativa³⁵⁷

³⁵⁵ Entende-se que a solidarização da reparação dos danos não seria factível, principalmente, devido à cultura do Brasileiro. Facilmente, constata-se a forma como bens públicos de uso coletivo são tratados pelos cidadãos que deles mesmos se utilizam, como a degradação dos veículos de transporte urbano, telefones e banheiros públicos. Além disso, há uma “*cultura do uso displicente*” quando o bem ou o serviço é destinado a uma coletividade: a luz de uma sala de aula que é mantida acesa quando os alunos não estão; a solicitação de dois elevadores para o mesmo andar; o gasto de água desnecessário sob o argumento de que será rateado pelo condomínio ou clube; a ausência às assembleias de condomínio. Estes são exemplos que fogem do universo jurídico, mas que demonstram o despreparo sócio-cultural da população Brasileira para acolher a solidarização da reparação dos danos.

³⁵⁶ “*O país pioneiro na implantação das práticas restaurativas, inspiradas nos costumes dos aborígenes Maoris, foi a Nova Zelândia, com a edição do ‘Childen, Young Persons and Their Families Act’ em 1989, que reformulou o Sistema de Justiça da Infância e Juventude, com grande sucesso na prevenção e na diminuição da*

(também denominada de “*Justiça Transformadora ou Justiça Transformativa*”; “*Justiça Relacional*”; “*Justiça Restaurativa Comunal*”; “*Justiça Recuperativa*”³⁵⁸) trata-se de um processo de mediação e consenso que almeja uma resposta alternativa ao crime, pois

*“(...) há o encontro da vítima com o desviante e a comunidade, num processo de inclusão ativa na justiça penal, para discutir o crime e suas conseqüências, por meio de reuniões monitoradas por intermediadores, inclusive com a possibilidade de presença de familiares ou terceiros. O resultado esperado e desejado é a reparação e a reintegração social. Reparação dos eventuais danos causados, sejam eles patrimoniais ou morais, e reintegração da vítima e delinqüente à comunidade, sem estigma ou marginalização, com despenalização. A reintegração possibilita a devolução da vítima e desviante mais conscientes de seus atos e repercussões sociais, diante das discussões realizadas e resolução alcançada”*³⁵⁹.

Aguiar define a justiça restaurativa como

“(...) uma reformulação de nossa concepção de justiça, tendo como objetivo trabalhar a compreensão das pessoas sobre a situação conflituosa para que haja a humanização dos envolvidos, possibilitando a identificação das necessidades geradas pelo conflito/crime e a conseqüente responsabilização de todos os afetados, direta ou indiretamente, para que, de uma forma ou de outra, se comprometam e contribuam para sua resolução”.

Por isso tem como pressuposto que “*(...) o crime ou ato de violência causa dano às pessoas e aos relacionamentos*”, afetando-se toda a comunidade e não só o criminoso e a

reincidência de infratores”. Há projetos de Justiça restaurativa no Canadá, Austrália, África do Sul, Reino Unido, Estados Unidos da América do Norte e Argentina. No Brasil, Aguiar relata experiências em Porto Alegre (Vara da Infância e da Juventude), Brasília (Juizado Especial Criminal) e em São Caetano do Sul (Vara da Infância e da Juventude) com a cooperação técnica do PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento). in AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e Justiça Restaurativa: A humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 112 a 113 e 134 a 137.

³⁵⁷ Nações Unidas. United Nations Economic and Social Council. **ECOSOC Resolution 2002/12**. Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters. 24 jul. 2002. Disponível em: <<http://www.un.org/ecosoc/docs/2002/Resolution%202002-12.pdf>>. Acesso em 18 set. 2009. “(...) I. Use of terms: 1. ‘Restorative justice programme’ means any programme that uses restorative processes and seeks to achieve restorative outcomes. 2. ‘Restorative process’ means any process in which the victim and the offender, and, where appropriate, any other individuals or community members affected by a crime, participate together actively in the resolution of matters arising from the crime, generally with the help of a facilitator. Restorative processes may include mediation, conciliation, conferencing and sentencing circles. 3. ‘Restorative outcome’ means an agreement reached as a result of a restorative process. Restorative outcomes include responses and programmes such as reparation, restitution and community service, aimed at meeting the individual and collective needs and responsibilities of the parties and achieving the reintegration of the victim and the offender. 4. ‘Parties’ means the victim, the offender and any other individuals or community members affected by a crime who may be involved in a restorative process. 5. ‘Facilitator’ means a person whose role is to facilitate, in a fair and impartial manner, the participation of the parties in a restorative process”.

³⁵⁸ Para todas as referências vide AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e Justiça Restaurativa: A humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 109.

³⁵⁹ Continuação - “*Uma mudança sensível e radical, ao mesmo tempo, em relação àquele tratamento dispensado pela justiça penal tradicional, em que a conscientização do desviante se tenta impor com a dor, a participação da vítima se limita ao fornecimento de declarações, e a comunidade não participa.*” O Autor entende por despenalização a manutenção do ilícito penal, havendo, contudo a diminuição ou extinção da pena. in SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 139-140 e 151.

vítima: “(...) *deixa de preocupar-se com quem está errado e enfoca os valores que estão sendo violados*”³⁶⁰.

Correndo o risco de um excesso de simplificação, Ramírez pondera que a justiça restaurativa se resume a três “Rs”: Responsabilidade, Restauração e Reintegração³⁶¹. Não obstante, o seu limite está na tutela dos Direitos Humanos e na garantia do poder punitivo do Estado, que formaliza os acordos restaurativos sendo permitida a interferência do Poder Judiciário quando se entender necessário.

McCold e Wachtel³⁶² afirmam que a teoria da justiça restaurativa é composta por “*três estruturas conceituais distintas, porém relacionadas*”: a *janela da disciplina social* (“*Social Discipline Window*”) – o processo visa à reintegração do transgressor com a reparação do dano e a sua inclusão social por meio de um engajamento cooperativo; o *papel das partes interessadas* (“*Stakeholder Roles*”) – que permite o diálogo do transgressor, da vítima e da comunidade para a restauração de todos após o crime; e a *tipologia das práticas restaurativas* (“*Restorative practices typology*”) que tem como principal finalidade o preenchimento das necessidades emocionais das partes afetadas pelo crime, inclusive o transgressor.

A comunidade possui um papel fundamental na justiça restaurativa porque ela reúne os grupos de relações primárias do ofensor e do lesado (como família, vizinhos, bairro, associações, prestadores de serviço, fornecedores e etc.). E é com os membros desses grupos que os indivíduos participantes do programa restaurativo compartilham normas e valores. Alcançando-se a solução com o aval da comunidade

*“(...) os relacionamentos ficam cada vez mais estáveis e inevitáveis, geram reciprocidade entre os membros, uma ‘consciência de tipo’, um mútuo reconhecimento de ‘fazer parte’ e tudo o que isso acarreta. Esse processo é tão determinante que ‘ser’ e ‘relacionar-se’ fica sendo para todos os efeitos a mesma coisa”*³⁶³.

³⁶⁰ AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e Justiça Restaurativa**: A humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 109-111.

³⁶¹ RAMÍREZ, Sérgio García. En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa. **Revista de ciencias penales. Inter criminis**. Cidade do México: Inacipe, nº 13, abr. - jun. 2005, p. 199 *apud* SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 151.

³⁶² MCCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. Em Busca de um Paradigma: Uma Teoria de Justiça Restaurativa. In XIII Congresso Mundial de Criminologia, 10 a 15 ago. 2003, Rio de Janeiro. **Trabalhos**. Disponível em: <http://www.realjustice.org/library/paradigm_port.html>. Acesso em: 18 set. 2009.

³⁶³ SCURO NETO, Pedro; PEREIRA, Renato Tardelli. A justiça como fator de transformação de conflitos: princípios e implementação. In Simpósio Internacional da Iniciativa Privada para a Prevenção da Criminalidade. **Contribuições**. São Paulo: NEST/Câmara de Comércio e Indústria Brasil-Alemanha. abr. 2000. p. 10. Disponível em: <<http://www.restorativejustice.org/10fulltext/scuro2>>. Acesso em: 18 set. 2009.

Importante ressaltar que a reparação do dano é um dos requisitos no processo restaurativo, mas não o principal. Como a vítima participa do processo, ela demonstra o que mais lhe satisfará o dano, “*desde que legítimos e não ofensivos aos direitos dos desviantes*”. Não se pode desconsiderar que a reparação patrimonial do dano no âmbito civil facilita em muito a conciliação penal. Entretanto há diversas situações em que o ressarcimento patrimonial faz-se impossível, diante da condição miserável do desviante, possibilitando-se, assim, medidas alternativas de reparação do dano já que as partes “*podem dosar e expressar suas necessidades*”³⁶⁴. Sob a mesma perspectiva, Scuro Neto afirma que a reparação do dano trata-se de uma “*(...) chance de reparar o malefício por meio de desculpas, mudança de comportamento, restituição e generosidade, como forma de as partes assumirem responsabilidades, reparar e oferecerem alternativas para que isso seja realizado*”³⁶⁵.

Portanto, a vítima deve se sentir reparada com o acordo restaurativo e esta é a grande diferença do sistema tradicional penal em que somente há a sua vitimização.

*“(...) Por ello se concede gran importancia a la presentación de disculpas, con las cuales muchas víctimas se sienten resarcidas. Las disculpas, que son vistas por personas ajenas a las experiencias de justicia restauradora como algo menor, son un mecanismo social apto para realzar que se ha infringido una norma y debe restaurar el orden social existente. (...) Un segundo tipo de acuerdo que se adopta puede consistir en la realización de alguna actividad reparadora hacia la víctima. Este consiste generalmente en una compensación económica o bien algún trabajo acordado entre la víctima y el infractor”*³⁶⁶.

Scuro Neto conclui que a justiça restaurativa proporciona conscientização do dano e do sofrimento causado, diferentemente do que ocorre na justiça retributiva que a culpa e a punição pouco recuperam o criminoso, pois a aplicação do castigo de forma continuada torna-o ineficaz,

*“(...) atenuando o sentimento de vergonha e moralismo do infrator. O castigo e o próprio processo penal acabam levando o infrator a concentrar-se em si mesmo, não em suas vítimas e na coletividade. Aprende a suportar o castigo sem assumir qualquer responsabilidade por seu comportamento abjeto”*³⁶⁷.

³⁶⁴ SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 160 e 169.

³⁶⁵ SCURO NETO, Pedro. Por uma Justiça Restaurativa ‘real e possível’. **Revista da AJURIS** – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Escola Superior da Magistratura. Porto Alegre, Ano XXXII, nº 99, set. 2005. p. 198.

³⁶⁶ LARRAURI, Elena. Tendências actuales de la justicia restauradora. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 51, nov. - dez. 2004. p. 79-80.

³⁶⁷ SCURO NETO, Pedro; PEREIRA, Renato Tardelli. A justiça como fator de transformação de conflitos: princípios e implementação. In Simpósio Internacional da Iniciativa Privada para a Prevenção da Criminalidade. **Contribuições**. São Paulo: NEST/Câmara de Comércio e Indústria Brasil-Alemanha. abr. 2000. Disponível em: <<http://www.restorativejustice.org/10fulltext/scuro2>>. Acesso em: 18 set. 2009.

No processo restaurativo as pessoas envolvidas com a lesão possuem a oportunidade de expressarem seus sentimentos: diferentemente da justiça retributiva ou da distributiva em

*“que são motivadas por interesses e gratificações hedonistas, por expectativas de dor ou prazer (‘eu quero justiça’) essencialmente dissociadas da estrutura do sistema social, o reconhecimento assume a mais ampla variedade de formas e estabelece um vínculo jurídico permanente entre a satisfação racional do sentimento de justiça e as garantias básicas de cidadania democrática”*³⁶⁸ – negritos nossos.

³⁶⁸ Tabela 1 – Modos convencionais de Justiça: “recados”

MODO DE JUSTIÇA	Retributiva	Distributiva	Restaurativa
SANÇÃO	Pena	Tratamento	Compromisso
INFRATOR	Você não presta, preferiu cometer uma infração, e será punido na proporção do que fez.	Você é um coitado, pessoa problemática que não tem toda a culpa pelo que fez. Vamos cuidar de você, para o seu próprio bem.	O que fez teve conseqüências e causou prejuízos. Você é responsável e capaz de reparar o que fez.
VÍTIMA	Ao fazer justiça punimos o infrator e beneficiamos você também.	As necessidades do infrator e da Justiça, não as suas, são a nossa maior preocupação.	Precisa fazer o possível para que o infrator repare o dano que causou.
COMUNIDADE	Intimidar é a melhor forma de obrigar o infrator a entender que seu ato é inadmissível e a controlar sua conduta.	O infrator deve ser, na medida do possível, reabilitado por especialistas.	A comunidade deve contribuir para que as partes assumam e cumpram o compromisso.

Tabela 2 – Justiça retributiva e Justiça restaurativa: pressupostos

Justiça Retributiva	Justiça Restaurativa
Crime: categoria jurídica, violação da lei, ato lesivo ao Estado	Crime: ato lesivo a pessoas e comunidades
Controle da criminalidade: função precípua do sistema penal de justiça	Controle da criminalidade: primordialmente uma obrigação da comunidade
Compromisso do infrator: pagar multa ou cumprir pena	Compromisso do infrator: assumir responsabilidade e reparar o malfeito
Crime: ato individual com responsabilidade individualizada	Crime: ato com dimensões individuais e sociais de responsabilidade
A pena é eficiente quando: . a ameaça de punir previne o crime . a punição muda o comportamento	Punir só não adianta para mudar comportamentos, além de desagregar comunidades e relacionamentos
Vítima: elemento marginal no processo judicial	Vítima: elemento central no desenrolar do processo e na solução dos problemas criados pelo crime
Infrator: definido por seus defeitos e carências	Infrator: definido por sua capacidade de restaurar o dano que causou
Foco: estabelecer culpa por eventos passados: Cometeu o crime ou não?	Foco: resolver problemas, determinar responsabilidades e obrigações no presente e no futuro: Que precisa ser feito?
Ênfase em antagonismos	Ênfase em diálogo e negociação
Impor perda e sofrimento para punir, coibir e prevenir	Reconciliar para compensar as partes e restaurar o dano
Comunidade: marginalizada, representada em abstrato pelo Estado	Comunidade: facilitador do processo restaurativo

Nos Estados Unidos da América do Norte, esse diálogo restaurativo tem como princípios: “*a máxima reparação do dano; envolvimento das partes; abordagens colaborativas; resolução de problemas; e decisões consensuais*”³⁶⁹.

O acordo restaurativo pode também ser uma composição entre as partes e a comunidade, principalmente quando houver lesão aos interesses difusos, sendo a

“(...) reparação dos danos, em espécie ou em prestação de atividades, em favor da vítima e de terceiros ou de entidades públicas, como também medidas diversas, sem qualquer cunho patrimonial reparatório a vítima, como v.g., ministrar palestras em escolas públicas; dar atendimento em entidades assistenciais; prestar atendimentos em comunidades carentes”³⁷⁰.

Outras vezes, a vítima pode satisfazer-se com um acordo restaurativo livre de compensação patrimonial da vítima visando apenas à reinserção social do desviante, satisfazendo-se a vítima com o fornecimento de serviços pelo Estado para reabilitação do desviante³⁷¹: ao mesmo tempo em que convoca o desviante na sua responsabilidade pelo mal causado, lhe oferece meios dignos para transformação, inclusive participando de programas da rede social de assistência.

“O despertar da consciência ocorre não somente com o sofrimento material e pessoal da família do delinqüente, a suportar a indenização pelos danos e as dores da punição, mas principalmente, com o ato conscientizador de vislumbrar uma resposta desprendida de interesses materiais para a reconquista da paz”³⁷².

Verifica-se que esse procedimento de reparação da vítima possibilita a restauração do desviante, uma vez que passa a reconhecer (ter consciência) o ato criminoso e a inadequação

SCURO NETO, Pedro. Por uma Justiça Restaurativa ‘real e possível’. **Revista da AJURIS** – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. Escola Superior da Magistratura. Porto Alegre, Ano XXXII, nº 99, set. 2005. p. 198 e 201.

³⁶⁹ AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e Justiça Restaurativa**: A humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 118.

³⁷⁰ SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 171.

³⁷¹ “*Respecto del infractor, los acuerdos restauradores acostumbran a incluir alguna de las actividades mencionadas en aras de satisfacer a la víctima. Pero es de interés destacar que estos acuerdos reparadores no tienen porque evitar que se adopten otras medidas de carácter rehabilitador. Así se recalca que una de las funciones del Estado en la justicia restauradora es precisamente suministrar los servicios (de tratamiento, de aprendizaje, de ocupación) que se acuerden en las conferencias y que son necesarios para permitir la reintegración del infractor en la comunidad*”. LARRAURI, Elena. Tendências actuales de la justicia restauradora. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov.- dez. 2004. nº 51. p. 80.

³⁷² SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 172.

da sua conduta, proporcionando a prevenção geral e especial do crime e a inclusão social do desviante, *distanciando os danos/riscos*³⁷³.

Importante ressaltar que a justiça restaurativa trata-se de um modo de justiça. Com origem no âmbito do Direito Penal, através dos procedimentos e práticas das câmaras restaurativas, círculos restaurativos e painéis de impacto, o modo restaurativo de justiça avança também para práticas e procedimentos no Direito Civil principalmente na mediação do ofensor e vítima, havendo, no Brasil, maior aplicabilidade no Direito de Família e Infância e Juventude³⁷⁴.

Para Scuro Neto, na mediação os interlocutores (vítima e ofensor) são “*moralmente equivalentes*” para, assim, negociar e, sendo possível, acordar (por escrito) “*(...) a natureza e a extensão dos prejuízos materiais e morais, definindo o que pode ser feito para reparar os males causados a vítima, bem como estabelecer uma ordem de prioridade ou cronograma para restaurar o que foi perdido, destruído ou danificado*”. Ainda segundo as experiências do Autor, a mediação geralmente é buscada somente “*após o réu ter sido condenado ou admitindo a culpa*” (no âmbito penal). Entretanto, também há situações em que a mediação ocorre como “*tentativa de evitar a abertura de um processo civil ou criminal*”³⁷⁵.

Conclui-se a exposição sobre a justiça restaurativa com as palavras de Ramírez de que o processo restaurativo não “*versa solo sobre el delito, sino sobre la paz y el modo de educar a los jóvenes de la forma menos punitiva y más decente posible*”³⁷⁶. Tanto assim o é que Aguiar afirma que as práticas de justiça restaurativa devem ser consideradas normas jurídicas fundamentais, pois “*(...) representam a concretização, tanto dos ‘princípios fundamentais*

³⁷³ SCURO NETO, Pedro. Por uma Justiça Restaurativa ‘real e possível’. **Revista da AJURIS** – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. Escola Superior da Magistratura. Porto Alegre, Ano XXXII, nº 99, set. 2005. p. 198.

³⁷⁴ Relatos de experiências Brasileiras de Justiça restaurativa in AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e Justiça Restaurativa**: A humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 129-137.

³⁷⁵ SCURO NETO, Pedro. Por uma Justiça Restaurativa ‘real e possível’. **Revista da AJURIS** – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. Escola Superior da Magistratura. Porto Alegre, Ano XXXII, nº 99, set. 2005. p. 201-203.

³⁷⁶ RAMÍREZ, Sérgio Garcia. En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa. **Revista de ciencias penales. Inter criminis**. Cidade do México: Inacipe. abr. - jun. 2005. nº 13. p. 199, *apud* SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 168

estruturantes’, da democracia, da promoção da paz, quanto do ‘princípio fundamental geral’ do respeito à dignidade da pessoa humana”³⁷⁷.

9.2.1. Práticas no Direito brasileiro que se assemelham às restaurativas

O Brasil ainda não possui uma legislação com dispositivos que assegurem práticas totalmente restaurativas. Entretanto,

“com o advento da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e do Estatuto da Criança e do Adolescente, têm sido adotadas práticas restaurativas no Brasil, mas não com sua especificidade, seus princípios, valores, procedimentos e resultados conforme definidos pela ONU. O paradigma restaurativo vai além do procedimento judicial dos juizados especiais para resgatar a convivência pacífica no ambiente afetado pelo crime, em especial naquelas situações em que o ofensor e a vítima tem uma convivência próxima”³⁷⁸.

Segundo Gomes Pinto, pode-se dizer que há compatibilidade entre o modelo restaurativo e ordenamento jurídico Brasileiro, uma vez que se flexibilizou o princípio da indisponibilidade e da obrigatoriedade da ação penal pública com a com a Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), que possibilitou a:

- (i) suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei 9.099/95), ou seja, assegurou a suspensão do processo mediante submissão do acusado a um período de provas, sob as seguintes condições: reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; proibição de frequentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades e;
- (ii) a transação penal (artigos 72 a 74 da Lei 9.099/95) que substitui a pena privativa de liberdade pela composição dos danos e a aplicação de uma pena restritiva de direitos.

Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90) também assegurou tal flexibilização com o instituto da remissão (artigo 126 da Lei 8069/90) - que consiste na exclusão, suspensão ou extinção do processo, sem importar em reconhecimento da responsabilidade - à discricionariedade do órgão do Ministério Público. Todavia, tal

³⁷⁷ AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e Justiça Restaurativa**: A humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 124.

³⁷⁸ GOMES PINTO, Renato Sócrates. Justiça restaurativa é possível no Brasil? in SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; e GOMES PINTO, R. (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). 2005. p. 20.

procedimento deverá ser cumulado com medidas sócioeducativas ou protetivas (artigo 127 da Lei 8069/90), tais como a matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; a inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; a obrigação de reparar o dano; a prestação de serviços à comunidade. Constata-se que todas as medidas aludidas buscam a restauração do acusado, bem como a reparação do dano no âmbito cível.

Especificamente no âmbito penal, importante realizar um breve comentário do Código Penal, mais detidamente sobre as *penas restritivas de direitos* ou também ditas como *penas alternativas*. Isso porque, diante do debate de formas alternativas de compensação do dano, inevitável recordar as disposições dos artigos 43 a 46 que estabelecem como penas (i) a prestação pecuniária; (ii) a perda de bens e valores; (iii) a prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas; (iv) interdição temporária de direitos; e (v) limitação de fim de semana.

Ressalta-se que tais medidas são penas, pois visam estritamente punir o indivíduo ofensor, conferindo-lhe um grau mínimo de inserção social. Percebe-se que não se trata de justiça restaurativa ou qualquer forma de compensação do dano, uma vez que (a) não há qualquer participação ou manifestação da vítima ou da sociedade apresentando o dano; e (b) não há a reparação dos danos civis da vítima/lesado (a qual deve ocorrer perante o juízo civil). A única intervenção da vítima ou beneficiário consiste anuir ou não na permuta da prestação pecuniária em prestação de outra natureza (artigo 45, § 2º do Código Penal), “*ou seja, poderá não ser em dinheiro, mas consistir, por exemplo, na doação de cestas básicas ou em serviços de mão-de-obra (por exemplo, limpeza de pichação, crime previsto no artigo 65 da Lei 9.605/98)*”³⁷⁹.

Nota-se que a Lei 9.714/98, que inseriu tais penas alternativas ao Código Penal, teve vetada do seu projeto original (Projeto de Lei 2.684/96) as seguintes previsões de penas alternativas: o recolhimento domiciliar, a advertência, e a submissão a tratamento e frequência a cursos³⁸⁰, sob o argumento de que não possuíam,

³⁷⁹ DELMANTO, Celso et al. **Código Penal comentado**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 87.

³⁸⁰ NAÇÕES UNIDAS e BRASIL. Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente (ILANUD/Brasil) e Ministério da Justiça do Brasil. Levantamento Nacional sobre execução de penas alternativas. **Relatório final de pesquisa** dez. 2004 – jan. 2006. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ47E6462CITEMID38622B1FFD6142648AD402215F6598F2PTBRIE.htm>>. Acesso em: 27 jun. 2009.

“na essência, o mínimo necessário de força punitiva, afigurando-se totalmente desprovida da capacidade de prevenir nova prática delituosa. Por isto, carente do indispensável substrato coercitivo, reputou-se contrária ao interesse público a norma do Projeto que a institui como pena alternativa”³⁸¹.

Entende-se que as penas alternativas de submissão de tratamento e frequência a cursos, excluídas do referido Projeto de Lei, poderiam produzir efeitos restaurativos ao ofensor e, exatamente por não punirem, foram excluídas da codificação penal.

Constata-se, também, que a reparação civil vem sendo largamente utilizada no âmbito do Direito Penal como forma de cumprimento da pena, exatamente para restabelecer a paz social permitindo-se uma *“eficaz ressocialização”* do infrator, como uma terceira via entre a reação punitiva e a falta de reação punitiva, para os crimes de menor potencial ofensivo³⁸². Há que se considerar, entretanto, que a reparação civil não foi ainda acolhida pela legislação penal Brasileira, uma vez que a previsão legal limita-se a uma prestação pecuniária e não à reparação de danos (conforme dispõe o artigo 45, § 1º do Código Penal). Contudo, há exceção. Consiste no artigo 78, § 2º do Código Penal estabelecendo que os requisitos previstos pelo artigo 77 do Código Penal³⁸³ acrescido da reparação do dano possibilitam ao condenado a suspensão condicional da pena, substituindo-a por condições, quais sejam: *“(a) proibição de freqüentar determinados lugares; (b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; (c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades”*. Portanto, verifica-se o desenvolvimento de práticas muito próximas da proposta da justiça restaurativa.

Já em sede de cível, o procedimento especial orienta que o processo tramite segundo os *“(...) critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual, celeridade (...)”* e fomenta a *“conciliação ou a transação”* das partes, por meio de conciliadores bacharéis em Direito (artigo 2º e 7º da Lei 9.099/95).

³⁸¹ BRASIL. Mensagem de veto nº 1.447 (25 nov. 1998) do Projeto de Lei nº 2.684/1996 (nº 32/97 no Senado Federal). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/1998/Mv1447-98.htm>. Acesso em: 27 jun. 2009.

³⁸² ROSENTHAL, Sérgio. **A punibilidade e a sua extinção pela reparação do dano**. São Paulo: Dialética, 2005. p. 77.

³⁸³ Artigo 77 do Código Penal brasileiro. *“A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código”*.

Além dessa flexibilidade processual, “*o juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum*” – artigo 6º da Lei 9.099/95, afastando, portanto o juízo de Direito.

Compreende-se que, diante dessas disposições, há uma aproximação das práticas restaurativas por facilitar a solução do conflito. Neste mesmo sentido, os operadores do procedimento especial civil vêm desenvolvendo um procedimento de conciliação mais estruturado e humano, exatamente para alcançar-se justiça e harmonização social, mediante apoio e treinamento da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo – Equipe GAJ3, aos Juizados Especiais Cíveis do Estado de São Paulo

III – TERCEIRA PARTE – A COMPENSAÇÃO NÃO PATRIMONIAL DO DANO ATRAVÉS DA SANÇÃO SÓCIOEDUCATIVA.

10. Alternativa à reparação ou compensação do dano sob a forma patrimonial: a sanção sócioeducativa

Necessária a breve passagem por todos esses entendimentos para demonstrar a tendência de funcionalização da responsabilidade civil como consequência de um anseio por socialidade e despatrimonialização do instituto que está, desde o advento da *Lex Poetelia Papiria* e do *dammum iniuria datum*, fundado na patrimonialidade e no individualismo como solução do conflito proporcionado pelo dano.

A sociedade pós-moderna enfrenta dúvidas se a reparação ou compensação patrimonial do dano seria a melhor forma de satisfazer o lesado; de dissuadir a prática de condutas danosas por parte do ofensor e dos demais indivíduos que compõem a sociedade e, ao mesmo tempo, proporcionar o aumento de condutas social e juridicamente adequadas.

Imbuídos desse espírito de renovação, alguns questionamentos aguçaram este estudo. A reparação ou compensação pecuniária sempre satisfaz o lesado da conduta danosa? A reparação ou a compensação patrimonial do dano estimula, de fato, a prevenção das condutas danosas praticadas tanto por pessoas naturais como jurídicas? Como proporcionar satisfação do lesado, no atual sistema de responsabilidade civil, se o ofensor não possuir patrimônio para tanto? Como evitar a permissão tácita de irresponsabilidades decorrente de condenações impossíveis de serem cumpridas diante da insolvência do ofensor? Quantas pessoas planejam a ausência de patrimônio para a assunção de responsabilidades sem o compromisso da eventual reparação? Seria a responsabilidade civil um ônus de ser possuidor de patrimônio?

Destas indagações é possível verificar o vazio que a patrimonialidade pode acarretar na solução do conflito. Assim, o que se propõe com o presente é avaliar a funcionalização do mecanismo da responsabilidade civil para que proporcione:

- (i) a satisfação do lesado, observando os seus anseios de reparação e/ou compensação do dano;

- (ii) a tutela da dignidade do lesado e do ofensor;
- (iii) a compensação do dano através de um equivalente não-patrimonial;
- (iv) a eficácia da lei civil;
- (v) o não enriquecimento do lesado e o desestímulo à “indústria do dano”;
- (vi) a dissuasão e a prevenção dos atos danosos ao ofensor e à sociedade.
- (vii) o aumento de condutas adequadas e paz social, através da educação, para constituir uma (sólida) sociedade ética e solidária..

No sistema atual de responsabilidade civil, a forma de tornar *indene* (sem dano) o lesado é a reparação do dano por meio da indenização *in pecunia* ou *in natura*, a qual se mede de acordo com a extensão do dano³⁸⁴, ou seja, a apuração do dano emergente e do lucro cessante³⁸⁵, através da diferença patrimonial existente antes e após o evento danoso³⁸⁶. A indenização assume uma função satisfativa do dano ao repará-lo e, indiretamente, uma função dissuasória pela perda de patrimônio (empobrecimento) imposta ao ofensor caracterizando a sua penalização através do seu próprio empobrecimento.

A patrimonialidade na responsabilidade civil possibilita valorar o dano ocorrido, mas não implica, necessariamente, em satisfação do dano pelo lesado, como quando (i) o ofensor apresenta-se insolvente, sendo possível, no máximo, uma sentença condenatória para pagamento de determinado valor pecuniário impossível de ser cumprida pelo ofensor; (ii) na ocorrência de dano extrapatrimonial ou dano patrimonial irreparável ou de difícil reparação (como por exemplo, danos ambientais), o lesado é compensado pecuniariamente com valor que não lhe satisfaz porque o dano é irreparável; (iii) o lesado não tiver interesse na reparação patrimonial (por não desejar – por possuir um seguro, por exemplo - ou por não necessitar tal reparação/compensação), mas se satisfaz com a assunção do ato danoso ou a correição do ofensor.

Entende-se que, nos casos descritos, a melhor alternativa à reparação ou compensação do dano seria a compensação não patrimonial com caráter sócioeducativo, como, por

³⁸⁴ Artigo 944 do Código Civil brasileiro.

³⁸⁵ BRASIL. Artigo 402 do Código Civil brasileiro.

³⁸⁶ Alvim afirma que, segundo Polancco, “*pela Teoria da Diferença, o dano é o que resulta da diferença entre a situação do bem antes do evento danoso e aquela que se verifica após a sua ocorrência. (...) Se não há essa diferença, não há o que recompor*” in ALVIN, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas conseqüências**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 170.

exemplo, a frequência obrigatória em cursos de educação formal, profissionalizante ou profissional, trabalhos destinados à sociedade ou a publicação da sentença condenatória.

Todavia, por que requerer uma compensação do dano com caráter sócio-educativo, se o lesado não receberá nada em troca para a sua reparação ou compensação? Que compensação do dano é essa? Tais questionamentos estão intrinsecamente conectados ao preconceito de que a obrigação de reparar o dano implica em uma reparação ou compensação patrimonial ao lesado. Diferentemente, a compensação não patrimonial proporciona efeitos diretos para a sociedade ao reintegrar o ofensor a ela, com uma maior consciência dos atos danosos praticados, seja porque se instruiu, seja porque foi de fato dissuadido da sua conduta. Trata-se, portanto, de um ato de solidariedade do lesado que dispõe do seu direito de ser reparado ou compensado patrimonialmente, para ser beneficiado indiretamente através da execução da sanção sócioeducativa pelo ofensor para a sociedade: trata-se de um benefício coletivo, social e não individual.

Existem outras circunstâncias às quais as compensações não patrimoniais proporcionariam efeitos de dissuasão muito maior do que as reparações e compensações patrimoniais. São os casos em que o ofensor enriqueceu-se com o dano ou planejou a ausência de patrimônio para a assunção de responsabilidades, afastando o compromisso de eventual reparação. Assim, caberá ao lesado avaliar em quais resultados ele possui maior interesse: a reparação ou compensação patrimonial ou não patrimonial do dano.

Importante ressaltar que é fundamental o elemento educativo da sanção não só para a prevenção dos atos danosos, mas também para a mudança social. Diferentemente do exposto por Vaz, que se posiciona no sentido da necessária a aplicação da função punitiva-dissuasória da responsabilidade civil “(...) *para atingir um fim pedagógico e uma mudança de postura social*”³⁸⁷, entende-se que é a função educativa e o afastamento da função punitiva que proporcionará efetiva mudança social. Ademais, tal mudança, segundo Bobbio, somente ocorreria com um Direito promocional e não um Direito protetivo-repressivo³⁸⁸.

³⁸⁷ VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil**: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages do direito comparado e brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 40.

³⁸⁸ Conforme desenvolvido no Capítulo 7 do presente trabalho.

Acredita-se que a falta de instrução formal e técnica/profissional dos indivíduos da sociedade brasileira fomenta as violações de deveres e os danos. A educação também constrói a ética, que nada mais é do que a consciência do homem que pratica atos na sociedade e nela vive.

Neste sentido, Porto afirma que

*“o processo educacional é um processo de aquisição de conhecimento, mas é mais do que isso: a educação deve desenvolver os ‘instrumentos’ por meio dos quais adquirimos o conhecimento. A atividade educacional também é vista como um meio para harmonizar as relações entre os seres humanos, evitando que apenas em virtude da coação estatal os cidadãos respeitem as leis que garantem a ordem na sociedade”*³⁸⁹.

Posicionando-se pela necessidade de compensação do dano de uma forma alternativa à patrimonial, acredita-se que a formatação ideal seria a utilização de sanções sócioeducativas que conjugariam os anseios expostos, bem como ser a prestação obrigacional indenizatória ausente de interesse patrimonial. Assim, a seguir, apresentar-se-ão propostas sugestivas de tipos de sanções sócioeducativas.

11. Tipos de sanção sócioeducativa

A sanção sócioeducativa, por não possuir um caráter patrimonial, deve respeitar a dignidade da pessoa do ofensor e a sua liberdade do exercício do trabalho (artigo 5º, Caput, X e XIII da Constituição Federal), mas também possui como objetivo a conscientização do ofensor quanto aos danos proporcionados, sejam decorrentes de atos ou atividades, conferindo-lhe ética e responsabilidade.

Para alcançar a formatação deste instrumento, foi necessário sair da esfera civil, uma vez que, todas as sanções estavam atreladas direta ou indiretamente ao patrimônio. O principal parâmetro ausente de patrimonialidade e com objetivos educativos decorre de parte das sanções restritivas de direitos ou também denominadas de penas alternativas (por serem *“restrições ou obrigações, quando preenchidas as condições legais para a substituição”* da pena³⁹⁰). Mais especificamente, são as penas de prestação de serviço à comunidade ou a

³⁸⁹ PORTO, Leonardo Sartori. **Filosofia da Educação**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006. p. 47.

³⁹⁰ DELMANTO, Celso et al. **Código Penal comentado**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 79.

entidades públicas; interdição temporária de direitos (proibição de frequentar determinados lugares) e limitação de fim de semana (conforme artigo 43, incisos IV, V e VI respectivamente do Código Penal).

Ressalta-se que na esfera penal, tais sanções são penas (ou seja, sanções penais), com a finalidade exclusivamente punitiva. Entretanto, neste estudo, pretende-se demonstrar que a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, bem como outras sanções, ditas punitivas pelo Direito Penal, podem, sim, serem sanções compensatórias no âmbito civil, uma vez que, na sua essência, são obrigações de fazer ou não fazer, desde que manifestado tal interesse pelo lesado. Ressalta-se, como visto em capítulos anteriores, que a sanção jurídica amolda-se a sua função e não à ação executada. Por esse motivo, é possível que uma sanção possa ser ora punitiva ora compensatória.

Assim, exatamente pela natureza civil e compensatória das sanções sócioeducativas, possível a não tipicidade das sanções sócioeducativas, constituindo-se verdadeiras cláusulas gerais que implicarão em uma obrigação de fazer ou não fazer para a compensação não patrimonial do dano, avaliada pelo magistrado, segundo critérios que serão apresentados adiante. Isso porque, como tais sanções primam pela satisfação do lesado e consciência e educação do ofensor, o juiz poderá vislumbrar, segundo os fatos e circunstâncias, uma sanção mais adequada. Mais adiante, tratar-se-á da discricionariedade do juiz na aplicação das sanções sócioeducativas.

Analisar-se-ão, na sequência, propostas de sanções sócioeducativas que coadunam com o presente estudo que, entretanto, não têm pretensão de esgotar o rol exemplificativo de tais sanções.

11.1. Trabalhos sociais

Considerando a força laboral como um bem disponível do indivíduo, a prestação de serviços gratuitos para a comunidade ou entidades públicas poderá satisfazer o lesado. Ademais, tal sanção também poderá ser aplicada às pessoas jurídicas, uma vez que dispõe de um corpo de pessoas naturais que a (re)presentam.

Esse tipo de compensação parece ser bastante factível aos casos em que o ofensor for insolvente, pois proporcionaria, evidentemente, um mínimo de satisfação do lesado. Diz-se isso já que, segundo o atual sistema de responsabilidade civil, na circunstância de insolvência do ofensor, as chances de satisfação do dano através da reparação ou compensação patrimonial podem ser consideradas remotas, além do grande desgaste emocional e financeiro. Isso porque a execução da condenação à reparação de danos (neste caso) almejaria a constrição patrimonial de algo que está por constituir (ou se supõe que irá constituir), sendo necessário, por muitas vezes, o lesado assumir o dano e seus ônus como uma suposta medida de solidariedade³⁹¹. Poderá também ocorrer a opção do lesado em não propor qualquer ação de reparação de danos, mantendo o ofensor afastado de qualquer responsabilização, por ter consciência de que a condenação patrimonial não poderá ser cumprida pelo ofensor insolvente, desencadeando a idéia de que a responsabilização somente ocorre aos mais abastados.

A alternativa da compensação não patrimonial por trabalhos sociais afastaria a submissão do lesado ao improvável pagamento do valor pecuniário (devido a título de indenização) – que torna o lesado insatisfeito com a Justiça que condena o ofensor, mas não efetiva nenhuma reparação ou compensação do dano ao lesado – viabilizando, no que é possível, a satisfação do dano, bem como permite o reequilíbrio das relações entre ofensor e lesado, a conscientização dos atos danosos pelo ofensor, a dignidade do lesado e do ofensor e a justiça social.

³⁹¹ “Sob a ótica solidarista, importa, antes, não deixar a vítima ao desamparo, mas a verdade é que nem sempre ela poderá ser amparada! Como impor a reparação de danos a quem sequer tem o bastante para si mesmo? Eis aí um dos aspectos da necessária relação entre a solidariedade e a cooperação, de um lado, e a responsabilidade, de outro”. Verifica-se que imbuído desse mesmo espírito, o Artigo 928, parágrafo único do Código Civil prevê que a indenização não terá lugar caso a responsabilidade de pais, tutores e curadores pelos atos do incapaz ultrapasse os recursos necessários a subsistência da família. Gomes posiciona-se no sentido que esta regra deveria ser aplicada não só aos casos de responsabilidade por incapazes, mas para todos os casos de responsabilidade que lhe são semelhantes. O Autor conclui que “*deve-se buscar a manutenção do equilíbrio do sistema jurídico sempre sob a inspiração das idéias de justiça, eticidade, socialidade, solidariedade e dignidade da pessoa humana. Ocorrendo situação causadora de dano, o equilíbrio derivado da solidariedade e da cooperação deve ser restabelecido. A atenção que se deve devotar aos valores e princípios superiores que orientam o sistema jurídico deixa claro que tal restabelecimento não implica sempre e necessariamente a busca incessante da exata recomposição patrimonial, porquanto a vida social impõe a todos a assunção de certos prejuízos e a exposição de certos riscos*”. In GOMES, José Jairo. Responsabilidade civil na pós-modernidade: influência da solidariedade e da cooperação. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. jul. – set. 2005. n° 23, ano 6. p. 231-233.

Aplicando-se a compensação não patrimonial à situação narrada, tanto o ofensor como o lesado estarão imbuídos de solidariedade: o primeiro, por prestar serviços gratuitos à comunidade e o segundo por dispor do seu direito de ser indenizado pelo ofensor à sociedade.

Necessário destacar que os trabalhos sociais devem ocorrer com um mínimo de controle da instituição receptora, como, por exemplo, a frequência e a boa ou má execução dos trabalhos pelo ofensor. Dessa forma, a instituição deverá ser credenciada pelo Poder Judiciário, podendo, portanto, ser privada ou pública. Ademais, os trabalhos executados devem estar adequados à aptidão laboral do ofensor, bem como um trabalho que lhe propicie a reflexão e consciência do dano, devendo-se sempre preservar o ofensor de qualquer exposição que lhe cause constrangimento, assegurando-se a sua dignidade.

O lesado poderá apontar qual trabalho social melhor se adequa ao perfil do ofensor. Afinal, um mínimo de relação social ocorreu (diante do estabelecimento da relação jurídica) entre as partes. Não obstante, a sua definição caberá ao juiz que analisará a razoabilidade das circunstâncias e pedidos. O Juiz também decidirá pela redução da duração ou frequência dos trabalhos sociais segundo a proporção entre a gravidade da culpa e o dano, nos mesmos termos do artigo 994, parágrafo único do Código Civil.

Por fim, apesar de prestações de serviços à comunidade ou a entidades públicas serem uma previsão legal de pena alternativa (segundo artigo 46 do Código Penal), ressalta-se que nesta análise os trabalhos sociais são compreendidos como obrigações de fazer que compensam os interesses do lesado.

11.2. Participação ou conclusão de curso de educação formal ou profissional

A satisfação do lesado poderá consistir na frequência obrigatória, pelo ofensor, de cursos de educação formal, profissionalizantes ou profissional oferecidos pelas redes de

ensino das prefeituras municipais, governos estaduais, governo federal ou quaisquer entidades públicas ou privadas³⁹² de ensino ou assistenciais.

Esta forma de compensação não patrimonial demonstra a efetiva solidariedade do lesado e a sua intenção de proporcionar medidas para educação do ofensor fomentando, assim, a prevenção de condutas danosas e responsabilização. Acredita-se que obrigações deste tipo serão principalmente aplicadas às prestações de serviços inadimplidos ou mal cumpridos, quando o lesado não tiver mais interesse na prestação do serviço do ofensor. Como, por exemplo, um pintor que, ao pintar a casa, executa mal o trabalho. O lesado, por preferir que outro pintor execute o serviço, ao invés de cobrá-lo do primeiro pintor prefere que este seja condenado à frequência em curso profissionalizante de pintura.

Para proporcionar resultados, a obrigação de frequência em cursos deve adequar-se à capacidade intelectual ou profissional do ofensor, propiciando o conhecimento e a consciência dos atos danosos, bem como desenvolvimento profissional. Apesar da indicação do lesado, caberá ao magistrado a definição do curso e frequência que mais razoavelmente se adequa às circunstâncias e aos pedidos. Ademais, caberá ao Juiz a redução da duração do curso ou da sua frequência segundo a proporção entre a gravidade da culpa e o dano, nos mesmos termos do artigo 994, parágrafo único do Código Civil.

As redes de ensino e entidades de ensino ou assistenciais deverão prestar informações de frequência e aproveitamento do aluno, sendo necessário aprovação do aluno para cumprimento da obrigação.

Nota-se que a obrigação de frequência em cursos foi proposta pelo Projeto de Lei 2.686/96 como pena alternativa (sanção punitiva), sendo, entretanto, vetada sob o argumento de carecer “*do indispensável substrato coercitivo, necessário para operar, no grau mínimo exigido pela jurisdição penal, como sanção alternativa à pena objeto da condenação*” (Mensagem nº 1.447/98). Apesar de o veto demonstrar o efetivo caráter obrigacional da sanção, reitera-se que a intenção do lesado pela compensação do dano por sanção sócioeducativa, convalida o caráter compensatório da sanção.

³⁹² No caso das redes de ensino privadas estas poderão receber incentivos fiscais proporcionais ao número de alunos acolhidos por determinação judicial, ou, simplesmente, atender de forma altruísta, ou ainda beneficiando-se da exposição promocional quanto à “responsabilidade social” da instituição.

11.3. Assunção da culpa e pedido de desculpas

Mesmo sendo o mais intangível de todos os tipos de sanções sócioeducativas deste rol exemplificativo, é o tipo de sanção que mais alcança a satisfação moral do lesado pelo dano proporcionado e afasta o instinto vingativo do lesado e o inchaço do judiciário.

Entretanto, com a consolidação e propagação das indenizações como forma de reparação ou compensação dos danos, os lesados ao buscarem os Juizados Especiais Cíveis são desestimulados a requerer qualquer forma de reparação ou compensação não patrimonial, exceto aquela.

Tanto isso é fato que o Diretor de Divisão da 1ª Vara do Juizado Especial de São Paulo, Sr. Pedro Cristóvão Pinto³⁹³, afirmou em entrevista que, a partir de 2006, intensificou-se o número de ações indenizatórias e houve também sensível aumento no valor pleiteado, sendo comum a indagação do lesado aos servidores do Juizado: “*Até quanto eu posso pedir de indenização?*”, não como intenção vingativa, mas sim com o intuito de “lucrar com o dano”.

A exemplificar, a existência de satisfações do dano por meio desta sanção, cita-se caso fático exposto por Lotufo³⁹⁴: Acidente de trânsito entre taxista e motorista de veículo particular. Em conciliação no Juizado Especial Cível, o taxista negava insistentemente a culpa pelo dano, mas por fim, admitiu que não queria assumir a culpa porque não poderia arcar financeiramente com a reparação do dano. O motorista lesado requereu que constasse no termo da audiência que a culpa era do taxista, em contrapartida, o motorista manifestaria sua satisfação quanto à reparação do dano.

Vislumbrando a satisfação do lesado com a assunção da culpa e o pedido de desculpas, questiona-se qual seria o objetivo sócioeducativo desta sanção. Ao expor a culpa ou os erros (por menores que sejam) perante a autoridade pública, acredita-se que é possível **conscientizar** o ofensor dos seus atos e educá-lo. Notar que o ofendido não pode assumir a

³⁹³ Entrevista realizada em novembro de 2009.

³⁹⁴ Relato proferido em aula do curso de pós-graduação *stricto sensu*, na matéria de Responsabilidade Civil, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2009.

culpa almejando a liberação da sua obrigação de reparar ou compensar o dano, uma vez que, nesta circunstância não haverá conscientização.

Ademais, importante notar que tal assunção não pode ocorrer de forma coagida ou vexatória ao lesado, sendo fundamental o papel dos conciliadores e do magistrado para assegurar a dignidade e os direitos do lesado e do ofensor, uma vez que conscientização diferencia-se do procedimento punitivo-vexatório de assunção de culpa ainda muito presente na sociedade como consequência das antigas práticas de educação formal.

Por fim, poder-se-ia argumentar que uma demanda solucionada através da assunção pública da culpa e do pedido formal de desculpas caracterizaria uma demanda frívola, seja pela ausência de valor econômico ou da própria intangibilidade da sanção. Não se nega que é necessário afastar requerimentos caprichosos por parte do lesado. Mas seria mesmo frívola uma demanda que poderia ser solucionada socialmente com o diálogo, mas, pelas circunstâncias sociais, torna-se inviável? Acredita-se que o Direito, nesses casos, precisa exercer a função educativa, para proporcionar a restauração não só do ofensor, mas de toda a sociedade. E este movimento se inicia com a consciência do lesado que promove um pedido de compensação não patrimonial do dano.

11.4. Outras sanções não patrimoniais

Destaca-se que o presente trabalho confere ênfase às sanções não patrimoniais que sejam sócioeducativas, ou seja, que prosperem resultados de satisfação do dano; dissuasão dos atos danosos; educação do ofensor e da sociedade; e benefícios direta ou indiretamente à sociedade. Entretanto, não se pode descartar que existe uma gama de sanções não patrimoniais que, apesar da ausência da característica sócioeducativa, poderão ser utilizadas como sanções sócioeducativas desde que assim correspondam a cada circunstância.

Certamente, a maior problemática de tais sanções não patrimoniais encontra-se no tênue limite da caracterização como sanções punitivas ou como sanções compensatórias. Ademais, há a problemática do eventual enriquecimento sem causa do lesado. Já nas sanções sócioeducativas aludidas no tópico anterior, o conteúdo punitivo é mais afastado, primando-se

pela compensação do dano e pela dissuasão (de atos danosos) e educação do ofensor e da sociedade, bem como pelo não enriquecimento sem causa do lesado uma vez que os resultados da sanção recaem sobre a sociedade.

A seguir, exemplificadamente, elucidar-se-ão algumas sanções não patrimoniais que, em sua natureza, não correspondem imediatamente a sanções sócioeducativas, mas que poderão cumprir tal papel casuisticamente.

11.4.1. Publicação de sentença

A obrigação de publicação da sentença, a custo do ofensor, em jornais de grande circulação ou mera exibição da sentença em local determinado, trata-se de compensação não patrimonial de maior dificuldade de aplicação, não quanto ao mecanismo em si, mas quanto a assegurar direitos do lesado e do ofensor.

Acredita-se que a publicação da sentença proporciona uma real satisfação moral do lesado, se exibido à comunidade ou coletividade onde ocorreu o dano. Não obstante, não se pode descuidar com a segurança aos Direitos da Personalidade do ofensor, seja ele pessoa natural ou jurídica, proporcionando danos muito mais graves que os que geraram o dano condenável.

Segundo os Mazeaud, a publicação da condenação da difamação e de alguns casos de concorrência desleal, estaria adequada como *compensação em equivalente não pecuniário*. Não obstante, novamente, caberá ao juiz decidir sobre a razoabilidade do dano e a compensação ao lesado. Também destacam que, por vezes, a mera publicação da sentença faz-se satisfativa ao lesado³⁹⁵.

Em oposição, Lourenço afirma que a retratação é pena civil pura, devendo ser aplicada quando houver fato ilícito e culposo, uma vez que leva em consideração a culpabilidade do

³⁹⁵ MAZEAUD, Henri e MAZEAUD Leon. **Traité Théorique et pratique de la responsabilité civile**. Paris: Librairie du Recueil Sirey: Paris, 1950. v. III. p. 429-431. Para melhor detalhamento vide Capítulo 9, item 9.2.

ofensor, muito próximo do conceito de pena no âmbito penal³⁹⁶. Afasta-se este entendimento, pois se acredita que tal tipo de sanção satisfaz o lesado e que, nesta circunstância, outras formas de reparação ou compensação do dano eram possíveis, principalmente a indenizatória.

11.4.2. Prestação de serviços

Muito próximo do conceito formulado aos trabalhos sociais e, novamente, considerando a força laboral do homem, possível o exercício de serviços como forma de compensação do dano ao lesado ou a quem este indicar. Contudo, há a ausência do caráter sócioeducativo e, por esse motivo, encontra-se apartada da classificação tipológica anterior.

Acredita-se que facilmente se vislumbra a aplicabilidade deste tipo de sanção às situações em que o ofensor seja insolvente. Mas, não há qualquer pretensão em limitar tal alternativa a este caso. Entretanto, como já apresentado nos tipos anteriores, imprescindível observar e assegurar a dignidade da pessoa humana – seja quanto ao tipo de serviço a ser realizado, ou seja, a sua adequação às aptidões pessoais e profissionais - bem como a fiscalização do cumprimento da sanção como forma de se impedir abusos por parte do ofensor.

Exemplifica-se com o caso de abalroamento de um veículo de passeio com um veículo utilitário em que os danos ao veículo de passeio serão compensados com o serviço de transporte de bens móveis a ser realizado pelo proprietário do veículo utilitário.

11.4.3. Limitação temporária de direitos

Novamente, tratam-se de sanções originariamente punitivas previstas pelo Código Penal (artigo 47), quais sejam:

³⁹⁶ LOURENÇO, Paula Meira. **A função da responsabilidade civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 378 e 419-428.

“(i) proibição do exercício de cargo ou função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; (ii) proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; (iii) suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; e (iv) proibição de freqüentar determinados lugares”.

Todavia, entende-se que, de acordo com a circunstância, tais sanções poderão ser caracterizadas como compensatórias não patrimoniais (e não punitivas), podendo ainda, a depender das circunstâncias, apresentarem caráter sócioeducativo.

O mesmo ocorrerá com as disposições do artigo 12 da Lei 8.429/9, reguladora da responsabilidade por ato de improbidade administrativa, que também prevê que

“(...) independentemente das sanções penais, civis e administrativas (...) está o responsável pelo ato de improbidade sujeito (...) a perda da função pública, suspensão dos direitos políticos (...)” por prazo determinado pela Lei e *“(...) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário (...)”* por prazo determinado pela Lei.

11.4.4. Comodato ou arrendamento de bens do ofensor

Poder-se-ia apresentar o comodato de bens como uma forma não patrimonial de reparação ou compensação do dano por considerar que o lesado usufruiria dos frutos do bem do ofensor por determinado tempo como forma de ser reparado ou compensado do dano. Outra alternativa com o mesmo fim seria o arrendamento do bem do ofensor, destinando o valor angariado para o lesado. Entretanto, em ambos os casos, ausente o caráter sócio-educativo.

Observa-se que a eventual apresentação da alternativa de alienação compulsória de bem como forma de compensação do dano não pode se caracterizar como tal, já que se entende ser a alienação compulsória um procedimento da execução forçada do dano com o objetivo indenizatório (pecuniário) e não de compensação não patrimonial.

12. Natureza da sanção sócioeducativa: obrigações de fazer e não fazer

Necessário, neste momento, reiterar o significado da nomenclatura sanção utilizada neste trabalho: consiste na consequência (ou reação) do cumprimento ou não cumprimento da norma jurídica, subdividindo-se, segundo Bobbio³⁹⁷, em duas espécies respectivamente, sanção positiva e sanção negativa. Importante, portanto, afastar o conceito simplista de sanção como medida punitiva ou de castigo.

Dessa forma, possível identificar que a responsabilidade civil consiste em uma sanção negativa (consequência/reação) decorrente da violação da norma (via de regra, o ato ilícito) geradora de dano. Segundo o princípio do *neminem laedere*, bem como da expressa norma jurídica (artigo 927 do Código Civil), tal responsabilidade consiste em uma *obrigação de indenizar*, ou seja, de tornar *indene* (sem dano) o lesado, restabelecendo a situação anterior ao dano.

Assim, o que se pretende com este estudo é demonstrar que a *sanção obrigação de reparar o dano* não está limitada às reparações patrimoniais (reparação *in natura* ou *in pecunia*), mas também, por sua natureza obrigacional, pode consistir em “reparações não patrimoniais”, uma vez que poderão ser obrigações na modalidade de fazer ou não fazer. Entretanto, necessária adequação da nomenclatura “reparação não patrimonial”, considerando que as obrigações de fazer ou não fazer não poderão reparar o dano em si, mas somente, compensá-lo proporcionando ao lesado a sua satisfação. Conseqüentemente, melhor o uso da nomenclatura *compensação não patrimonial*.

Com essas considerações, constata-se que a sanção sócioeducativa possui natureza obrigacional, mais especificamente, na modalidade obrigações de fazer ou não fazer infungíveis, o que implica pela própria natureza, um caráter personalíssimo da obrigação (artigo 247 do Código Civil), e por isso, o ofensor não pode ser violentado a cumprir a obrigação, segundo o brocado latino *nemo potest precise cogi ad factum*. Conseqüentemente, como tais obrigações (de fazer e não fazer) são previstas tanto pelo Código Civil (artigos 247

³⁹⁷ Para melhor detalhamento vide Capítulo 6.

a 251) e processual civil brasileiro (artigos 461, 461 A, 632 a 645), não há qualquer impedimento legal para tal aplicabilidade.

Entretanto, indaga-se. A utilização de sanções sócioeducativas para a compensação do dano significaria um retorno à responsabilidade *in persona*? De fato, com a sanção sócioeducativa há uma responsabilização pessoal, ou seja, pela execução de uma prestação de fazer ou não fazer que dependa da sua força física ou intelecto, uma vez que, com a evolução dos conceitos técnicos e jurídicos, possível individualizá-las da propriedade corpórea ou incorpórea. Não corresponde, portanto, sujeição sobre a pessoa do ofensor.

Nota-se que se mantém a estrutura do Direito das Obrigações:

*“(...) el acreedor tiene derecho ‘a’ la prestación (a recibirla), mas que no que tenga derecho ‘sobre’ la prestación (como lo tiene el propietario sobre la cosa) y que su derecho se dirige ‘contra’ el deudor; pero no es un derecho sobre la persona de mismo, como ocurre con la propiedad sobre la cosa”*³⁹⁸.

Assim, não se almeja corromper a sólida estrutura da responsabilidade civil e o avanço às relações humanas com *Lex Poetelia Papiria*, mas somente apontar novas funções derivadas do desenvolvimento civilizacional. Entende-se que não se trata de um novo mecanismo de responsabilidade civil. A novidade consiste na sua funcionalização. Para tanto, Perlingieri já expressava que para a funcionalização são utilizadas *“(...) etiquetas tradicionais para novas e mais modernas funções jurídicas”*³⁹⁹

13. Funções da sanção sócioeducativa e a funcionalização da responsabilidade civil

Pelas anteriores análises, possível apontar três funções que determinam *“para que serve a sanção sócioeducativa”*⁴⁰⁰. A primeira função consiste na satisfação do lesado com o cumprimento da sanção sócioeducativa pelo ofensor, já que a estrutura da responsabilidade civil funda-se em dois pilares: o dano e a satisfação (reparação ou compensação) do dano. A

³⁹⁸ LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. Tomo I. p. 25.

³⁹⁹ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 119.

⁴⁰⁰ Parafrazeando a diferenciação feita por Bobbio entre estrutura do direito e função do direito - *in* BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 53-54.

satisfação do lesado decorre da sua consciência e afirmação de que a sanção sócioeducativa assegurará maiores e melhores resultados para a sociedade e indiretamente a ele do que a sua própria satisfação patrimonial.

Conjugada com a função satisfativa, a tradição romano-germânica assentou o posicionamento de que a perda de patrimônio do ofensor para reparar o dano ao lesado consistiria por si só uma função dissuasória ao ofensor, ou seja, o persuadiria em não executar ações danosas no futuro. Tanto assim o é que não se permite que a “indenização” ultrapasse o valor do dano, pois, aí sim se configuraria punição do ofensor pela mera conduta reprovável cometida (no passado) e, conseqüentemente, enriquecimento sem causa do lesado⁴⁰¹. Outra questão que justifica a função dissuasória é a aplicabilidade da responsabilidade penal juntamente com a responsabilidade civil: caso a função dissuasória tivesse um caráter punitivo, a aplicação da sanção penal cumulada com a sanção civil acarretaria *bis in idem* do ofensor.

Este mesmo raciocínio deve ser aplicado às sanções sócioeducativas, uma vez que, apesar de não haver a perda de patrimônio, o ofensor será privado parcialmente do seu tempo de descanso e lazer para cumprimento da referida sanção, exercendo-se, assim, uma função dissuasória o que seria correspondente ao empobrecimento patrimonial do ofensor no caso da satisfação patrimonial.

Ademais, restou-se evidente a existência de uma função educativa, como expressão de um novo paradigma jurídico: a possibilidade de mudança da sociedade e não só mais o seu controle. É patente a deficiência educacional existente no Brasil decorrente das fraquezas políticas de governo implementadas no país. Conseqüentemente, a falta de educação acarreta uma desordem social que esfacela a ética e implica em maior poder Estatal para o controle social.

A ideia que transpira deste mecanismo é poder conciliar a satisfação do lesado, a dissuasão de condutas danosas, o fomento educacional e sedimentação da eticidade,

⁴⁰¹ Distinção de função dissuasória de função punitiva apresentada por Azevedo, Martins-Costa e Pargendler in AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma. jul. – set. 2004. v. 19. p. 214 e MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (‘punitive damages’ e o Direito Brasileiro). **Revista CEJ** do Conselho da Justiça Federal, Brasília. jan. - mar. 2005. n° 28, p. 23 – 24.

constituindo, assim, mudança nas condutas, e, conseqüentemente, alcançando-se uma sociedade mais justa e solidária. Fundamental, portanto, proporcionar a educação do ofensor, sem a qual não haverá o respeito à lei e aos seus pares⁴⁰².

Segundo Perlingieri, institutos de estrutura diferentes podem possuir semelhantes funções e vice-versa. Entretanto, é a função que “(...) *como síntese dos efeitos essenciais e característicos, produzidos ainda de forma diferida*” que tipifica a *fattispecie*⁴⁰³. Por isso, não há que se falar em função punitiva da sanção sócio educativa, já que a função satisfativa, dissuasória e educativa são as suas funções.

Observa-se também que a sanção sócioeducativa confere à responsabilidade civil um objetivo além dos interesses do titular do direito de reparação do dano: abrange interesses de toda a coletividade, uma vez que o direito relativizou-se para alcançar a finalidade social⁴⁰⁴. Pode-se dizer, assim, que esta é a expressão da funcionalização da responsabilidade civil, segundo o entendimento de função de Bobbio⁴⁰⁵. Isso porque se observa uma mudança do enfoque de controle social da responsabilidade civil para proporcionar mudança social – em outras palavras, afasta-se da estrutura coativa do Direito para focar-se na sua função promocional.

Não se pode olvidar que o mecanismo aqui desenvolvido ainda se situa no âmbito das sanções negativas, ou seja, trata-se de uma resposta à violação de um direito e, assim, uma

⁴⁰² “Não é difícil perceber, nos organismos sociais diversos, que a educação constitui ponto central na ‘afirmação dos direitos e deveres de Justiça’. Já na obra de Sócrates e, posteriormente, na de Aristóteles, fica evidente a necessidade de se proceder a uma boa educação básica. Para os filósofos helênicos, esta tarefa deveria ser bem desenvolvida para que os indivíduos pudessem ‘entender e obedecer aos ditames do Bem Comum’, identificados com as condutas ‘virtuosas’ prescritas em lei – esta, consagrada da supremacia do interesse social sobre o individual. Este panorama, de lá para cá, não mudou muito. Continua sendo imprescritível que o Estado ofereça uma educação de qualidade, cuja finalidade, dentre outras, seja a ‘formação de indivíduos dotados de uma sólida cultura política’. A construção de indivíduos que respeitem os deveres de Justiça Social e de Justiça Distributiva, e que cobrem dos demais e do Estado, ativamente, a observância das condições materiais e imateriais necessárias à sua ‘existência digna’, passa necessariamente pela boa instrução”. - In CASTILHO, Ricardo. **Justiça social e distributiva: desafios para concretizar os direitos sociais**. Saraiva: São Paulo, 2009. p. 58-63.

⁴⁰³ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 118.

⁴⁰⁴ Sobre relativização do direito e função social vide GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 113-126.

⁴⁰⁵ Importante notar que Norberto Bobbio trata-se de um funcionalista diferente dos demais funcionalistas. Enquanto estes buscam funções do Direito presentes na sociedade, Bobbio busca as funções do Direito para a sociedade. Por isso, Bobbio afirma que a sua proposta não é estudar a função do Direito no campo da sociologia, mas sim no campo da teoria geral do Direito. In SALGADO, Gisele Mascarelli. **Sanção na teoria do direito de Norberto Bobbio**. Tese. Doutorado em Filosofia do Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 181-189.

forma de controle social. Entretanto, esta contém o espírito das sanções positivas no tocante à promoção do direito ao possibilitar a mudança do indivíduo e da sociedade, pois, ao conferir oportunidade ao ofensor de formação cultural, educacional, profissional e ética, proporciona direção social. É como se pudesse dizer que as sanções sócioeducativas estão imbuídas, ao mesmo tempo, de eficácia repressiva, por proporcionarem controle social, e preventiva, por proporcionarem direção social.

Figurativamente, o lesado realiza estar “*plantando uma semente para colheita do fruto no futuro*”. Esse jargão expressa o sentido de mudança social que se pretende com a sanção sócioeducativa. Diferentemente da sanção punitiva ou de uma sanção *compensatória-punitiva*⁴⁰⁶ em que há a *manutenção do controle social* pela punição, a sanção sócioeducativa busca a *mudança da sociedade* através da transformação da mentalidade do indivíduo ofensor, por meio da consciência e da educação. Ocorrendo tal mudança, esta proporcionará um efeito preventivo em cadeia: o “novo” indivíduo transmitirá as boas condutas jurídicas para seus filhos e para a sua comunidade, acarretando a *transformação da sociedade*.

Este entendimento também se reflete no raciocínio de Bobbio, que afirma que o aumento dos “*meios de socialização*” (“*procura pela adesão a valores estabelecidos e comuns*”) e de “*condicionamento psicológico*” (“*condicionamento do comportamento coletivo por meio das comunicações de massa*”), reduzirá a função coercitiva e repressiva do Estado, ou seja, de controle social⁴⁰⁷. Entende-se que a sanção sócioeducativa possibilita a socialização e, principalmente, o condicionamento psicológico acarretando em comportamentos direcionados e preventivos.

Essa funcionalização da responsabilidade civil está imbuída de solidariedade e respeito à dignidade, e propaga benefícios à coletividade. Assim, vislumbra-se também apresentar uma função social, que sumarizaria a comunhão de todas as funções anteriormente relatadas. Utilizando-se das palavras de Godoy ao defender a função social dos contratos, reiteram-nas

⁴⁰⁶ Denominação que Lourenço utiliza para a sanção da responsabilidade civil quanto aos danos extrapatrimoniais, uma vez que tal sanção cumpre ambos papéis: o lesado satisfaz-se com a indenização, enquanto que este sofre o caráter dissuasório da punição. Descreve esta construção como o levantamento do “*véu indemnizatório*” ou o “*véu da indemnização*” para caracterizar a natureza de punição efetivamente aplicada à indenização. In LOURENÇO, Paula Meira. **A função punitiva da responsabilidade civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 285-287; 378 e 418-419.

⁴⁰⁷ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 89-90.

sob a óptica da responsabilidade civil: “(...) porque os objetivos perseguidos são o solidarismo e a dignidade humana”, não se pode “separar uma função que seja social, de integração social, de outra individual, que seja de garantir condições de desenvolvimento pessoal dos indivíduos”⁴⁰⁸.

14. Fundamentos: despatrimonialização; dignidade da pessoa; solidariedade; justiça social; socialidade.

Diversos são os fundamentos que asseguram a aplicabilidade da sanção sócioeducativa como compensação não patrimonial no sistema da responsabilidade civil. Primeiramente, arrisca-se a dizer que o desenvolvimento deste instituto demonstra que a tendência da despatrimonialização⁴⁰⁹ do Direito Civil alcança a sua segunda geração: o afastamento da patrimonialidade, que antes ocorria no âmbito da apuração dos danos (consagrado pelo dano extrapatrimonial), hoje avança sob a compensação dos danos.

Essa premência em despatrimonializar a reparação e a compensação dos danos decorre da modificação dos valores sócio culturais impulsionados pelo maior interesse e necessidade dos valores existenciais⁴¹⁰ os quais clamam por “(...) refinar técnicas de prevenção do dano, da execução específica, da restituição in integro e de dispor de uma adequada legislação sobre seguros obrigatórios e prevenção social”⁴¹¹.

⁴⁰⁸ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 118.

⁴⁰⁹ Denominado por Gallo de “*depatrimonializzazione*” del diritto privato proprio per sottolineare il fatto che la nascita di nuove esigenze di tutela, sempre più raffinate e meno vincolate agli aspetti più strettamente economici della vita dell'uomo, impone agli interpreti la necessità di adeguare il diritto civile alle nuove realtà da tutelare”. in PAOLO, Gallo. **Pene Private e Responsabilità Civile**. Milano: Giuffrè Editore, 1996. p. 13. Denominado de *Desmaterialização do Direito Privado* segundo LOURENÇO, Paula Meira. **A função punitiva da responsabilidade civil**. Coimbra: Coimbra Editora, ago. 2006, p. 134. Análise da despatrimonialização do Direito Civil por PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Tradução Maria Cristina De Cicco (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 121.

⁴¹⁰ Exemplifica-se com a assertiva de Martins: “(...) os princípios privados da função social da propriedade e do contrato se entrelaçam, principalmente no sentido de cumprir a carga constitucional de direito à moradia, conforme artigo 6º da Constituição Federal, sendo que a assunção da dívida neste caso insere-se como importante vetor desse paradigma que leva à proteção existencial da pessoa, não só patrimonial”. MARTINS, Fernando Rodrigues. Assunção de dívida no Direito Civil constitucional: aspectos relevantes da modalidade obrigacional. in NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo**: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2008. p. 348.

⁴¹¹ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 120.

Ademais, a sociedade brasileira é essencialmente carente de patrimônio, característica que não se pode olvidar quando do desenvolvimento da técnica jurídica. Parece, assim, um contra-senso o Direito Civil no Brasil ainda possuir alicerces, em grande parte, no patrimônio (uma vez que não se esquece de reconhecer a tutela da socialidade - muito por influência da Constituição Federal). Diferentemente da situação sócio-cultural e econômico-financeira dos países de tradição romano-germânica da Europa Continental, o Brasil é um país em desenvolvimento, onde uma maioria ainda visa à sobrevivência⁴¹² (e não o patrimônio) e possui uma população com um nível educacional baixo⁴¹³.

Entende-se que este deve ser um momento de reflexão para conferir oportunidade à introdução de uma forma de compensação do dano ausente de interesse patrimonial, repleta de respeito ao indivíduo e de direção social.

Ademais, acredita-se que a presença do caráter patrimonial no Direito também decorre da nova *Lex mercatoria*⁴¹⁴, que segundo Martins, trata-se do terceiro paradigma jurídico⁴¹⁵

⁴¹² “(...) a exemplo do Brasil, inúmeros outros países em estágio de pré-colapso social experimentam cada vez mais o desnivelamento das classes sociais, principalmente na América do Sul, onde há uma distância digna de recorde entre a classe considerada média com as outras que convivem à margem da sobrevivência, excluídas e em plena miséria. Princípios tímidos de cidadania em países tais e quais podem ser vistos apenas nas classes menos depauperadas, porque as outras nem classes são.” In MARTINS, Fernando Rodrigues. Direitos Humanos do Devedor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. jul. – set. 2001. Nº 39. p. 146.

⁴¹³ “O Brasil possui cerca de 16 milhões de analfabetos com 15 anos ou mais e 30 milhões de analfabetos funcionais, conceito que define as pessoas com menos de quatro anos de estudo”. Neste mesmo período de 2001, a população total Brasileira com 15 anos ou mais corresponde a mais de 119 milhões de indivíduos, podendo-se concluir que, aproximadamente, 25% da população Brasileira é analfabeta funcional no referido período. In BRASIL. Ministério da educação. Estudo detalha situação do analfabetismo no País. Indicadores do INEP, IBGE e PNUD estão reunidos no Mapa do Analfabetismo, que traz informações de todos os municípios brasileiros. **Notícias**. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). 4 jun. 2003. Disponível em: <http://www.inep.gov.br/imprensa/noticias/outras/news03_19.htm>. Acesso em: 11 set. 2009.

⁴¹⁴ Perlingieri ressalta que é a liberdade de mercado que “(...) se configura como um instrumento de enfraquecimento das relações sociais, que conduz os homens a uma mercantilização infinita e ao conflito contínuo que não pode encontrar uma redução ou uma mediação na política sem limitar as liberdades econômicas, sem corromper o quadro das liberdades civis e, portanto, a própria democracia. A liberdade econômica torna-se liberdade política; a economia domina a política, e ao livre consenso dos homens não mais compete estabelecer os fins da sociedade; a hipótese é que o homem, capaz de um perfeito cálculo das próprias utilidades, saiba sempre maximizá-las. O mercado assume o papel institucional de organizador de relações sociais e de redistribuidor de riquezas e os grandes grupos econômicos, que exercem a função de ‘governo privado’ da sociedade, prestam-se à cooperação e ao patrocínio compatíveis com o próprio egoísmo, mas em nada disponíveis a gestos e a formas de sincera solidariedade”. in PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 503-504.

⁴¹⁵ O Autor apresenta como primeiro paradigma jurídico a norma jurídica, conferindo imparcialidade das decisões judiciais; e como segundo paradigma jurídico o sistema normativo aberto, possibilitando a participação do juiz e a atuação das políticas públicas para proporcionar bem-estar geral.

que proporciona, além da globalização, o fenômeno do globalismo, por afastar a ação política e unidimensionalizar tudo a uma *hegemonia econômica* do mercado. Este paradigma proporcionou, no Estado pós-moderno, a releitura do panorama jurídico da sociedade de Direito Privado sob três tendências: (a) a integração entre Direito e economia, acarretando dinamismo econômico e do próprio Direito; (b) a proteção aos Direitos Fundamentais tanto às relações com o Estado quanto às entre particulares; e (c) a tutela de um conteúdo vital mínimo (um mínimo existencial irrenunciável) às relações de Direito Privado, já que o Direito Privado não pode ser responsável por políticas públicas, mas poderá conferir base imperativa de Direitos que assegurem a dignidade da pessoa. O Autor aponta que somente o valor dos Direitos humanos (ao qual a dignidade da pessoa faz parte do seu conceito⁴¹⁶) é capaz de romper tal hegemonia e possibilitar um diálogo equilibrado e justiça social⁴¹⁷.

É pela sua importância de conciliadora dos interesses econômicos, jurídicos e social que a dignidade da pessoa⁴¹⁸ surge como outro fundamento da sanção sócioeducativa. No sistema atual, na hipótese do ofensor não possuir patrimônio suficiente para a reparação ou compensação do lesado, este ficará desamparado ferindo-se a sua dignidade. Além de arcar com os ônus do dano a ele proporcionado, vê-se desamparado da Justiça pela sua ineficácia. A utilização da sanção sócioeducativa possibilita que o lesado seja, de alguma forma, compensado pelo dano, bem como o ofensor capaz de cumprir a condenação. Além disso, nos casos de danos extrapatrimoniais, a compensação não patrimonial pode proporcionar uma maior tutela da dignidade do lesado. Já que o dano é extrapatrimonial, a sanção corresponderia a uma compensação, de fato, intangível.

A dignidade da pessoa é princípio fundamental da Constituição Federal Brasileira, conforme artigo 1º, III, e *integrante do sistema civil*, tal como expõe Nanni:

416 “Artigo I. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. In NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 24 fev. 2010.

417 “Globalização se conceitua como a diversificação dos processos pelos quais os Estados nacionais passam a verificar sua soberania, sua identidade, seus aportes de comunicação, seu jogo e sua força de poder, todos relativizados ante uma crescente movimentação regulatória de atores transnacionais, forçando um pluralismo, contudo sob perspectiva que diz respeito a diversos temas importantes para o futuro da humanidade e de seus direitos, sem que haja preponderância do discurso econômico”. In MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 139-230.

418 A dignidade da pessoa trata-se de um conceito decorrente da sociedade (não pode ser analisado sob a perspectiva individual). Assim, a dignidade humana consiste na manutenção dos direitos fundamentais e a construção de uma existência digna. - In CASTILHO, Ricardo. **Justiça social e distributiva: desafios para concretizar os direitos sociais**. Saraiva: São Paulo, 2009. p. 58-63.

*“Impõe-se a harmonização do Direito civil com princípios constitucionais ou com a Constituição como um todo orgânico. A norma constitucional passa a ser parte integrante do sistema civil, não apenas como regra hermenêutica, mas como norma vinculante de comportamento, recaindo sobre as relações privadas e tutelando seus valores fundamentais, especialmente a pessoa humana”*⁴¹⁹.

Assim, assegura-se o respeito à pessoa acima de qualquer outro interesse, principalmente, o de cunho patrimonial.

Questiona-se, contudo, se a aplicação de uma compensação não patrimonial do dano de fato asseguraria a dignidade da pessoa do lesado, considerando que o dano sofrido não seria reparado. No plano patrimonial, não haverá reparação, a qual também não ocorreria se o dano fosse extrapatrimonial, por consequência da sua natureza intangível. A compensação não patrimonial trata-se de uma opção do lesado. Este somente dela usufruirá se sentir-se satisfeito. Mas, que satisfação é essa? Consiste em ser correspondido ou em ser suficiente para o lesado. Por isso, da mesma forma que o lesado pode satisfazer-se com um patrimônio, poderá satisfazer-se com algo não patrimonial: dependerá intrinsecamente da consciência (sentir) do lesado que avaliará o que melhor preenche ou ameniza a lesão do dano patrimonial ou extrapatrimonial.

Dessa forma, entende-se que a compensação não patrimonial assegura a dignidade da pessoa do lesado por trazer satisfação a um grau muito próximo da intangibilidade da própria dignidade: o lesado satisfaz-se por vencer a demanda judicial, pela consequente condenação em sanção sócioeducativa do ofensor e conferindo à sociedade os efeitos e consequências da sanção sócioeducativa a ser executada pelo ofensor.

Pela perspectiva do ofensor, pode-se dizer que o princípio da dignidade da pessoa também está assegurado. A sanção sócioeducativa proporciona ao ofensor conscientização pessoal e social do dano, sem que seja privado da sua liberdade, assegurando-se a dignidade da pessoa do ofensor e o seu benefício pessoal de educação.

Vislumbra-se, neste momento, a solidariedade do lesado para com a sociedade, já que este dispôs do direito à reparação ou compensação patrimonial em prol da sua satisfação pelos

⁴¹⁹ NANNI, Giovanni Ettore. O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade. in NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 291.

resultados da sanção sócioeducativa que recairão sob a coletividade. O conceito de solidariedade decorre do pós-modernismo ou das diretrizes do Estado social. Para Gomes,

*“a ‘solidariedade’ exprime a idéia de interdependência, manifestando-se através dos sentimentos de compaixão, afeto, amor cuidado, paciência, tolerância, harmonia e responsabilidade para com os semelhantes, o que faz gerar uma forte ‘ligação’ entre as pessoas na atmosfera social”. Mas, “não se reduz ao sentimento de dó em relação aos desafortunados. Cuida-se, antes, da idéia ou do sentimento que impele as pessoas de agir e interagir em ‘positivo’, ‘afirmativo’ e ‘cooperativo nas relações que travam. É algo, portanto, objetivo, despido de um adiposo sentimentalismo”*⁴²⁰.

Por isso, pode ser visualizada sob três aspectos distintos: (i) como “*sentimento humano*” no relacionamento interpessoal (“*afeto e cuidado com o semelhante*”); (ii) como “*preceito moral que transcende a subjetividade*”; (iii) como “*valor inspirador da organização social e das instituições que a compõem*”⁴²¹.

No mesmo sentido, Nanni expressa que a solidariedade, por ser um princípio constitucional (artigo 3º, inciso I da Constituição Federal) e de plena aplicabilidade a todas as relações jurídicas, além do “*valor simbólico*” e do “*amor ao próximo*”, “*(...) tutela como também impõe conduta às pessoas de agirem em conformidade com os seus ditames*”⁴²².

Entende-se que a solidariedade manifestada pelo lesado nestas circunstâncias, decorre do anseio de harmonização social (âmbito *ultra partes*), diante da sua compensação não patrimonial (âmbito *intra partes*). Assim, a disposição do lesado de receber a reparação ou compensação patrimonial visa à composição do bem comum: os efeitos da sanção sócioeducativa constituirão cidadãos responsáveis por suas condutas e danos, respeitadores das relações privadas e coletivas e de uma existência digna. Consequentemente, proporcionarão uma sociedade solidária e justa, em conformidade com os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Essa tendência decorre do necessário afastamento da perspectiva individual que o mundo pós-moderno globalizado proporciona. Para alcançar o bem estar individual necessita-

⁴²⁰ GOMES, José Jairo. Responsabilidade Civil e Eticidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 150-151.

⁴²¹ GOMES, José Jairo. Responsabilidade civil na pós-modernidade: influência da solidariedade e da cooperação. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. jul. – set. 2005. nº 23, ano 6. p. 227-230.

⁴²² NANNI, Giovanni Ettore. O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade. in NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 297.

se, primeiramente de um bem estar coletivo. E isso se reflete em qualquer meio seja no familiar, no trabalho, no ambiental, no econômico-financeiro, no político.

Além disso, a solidariedade é essência do instituto da responsabilidade civil. Nas palavras de Gomes,

*“a violação da esfera jurídica da pessoa, seja no patrimônio, seja nos direitos da personalidade, seja, ainda, no âmbito dos interesses coletivos, com a causação de dano, implica a quebra da harmonia que deve haver no seio social, ocorrendo a ruptura do equilíbrio solidário existente, o que gera uma crise que deve ser debelada”*⁴²³.

O Autor conclui que a responsabilidade civil: *“(...) porque deita raízes na solidariedade, que inspira a vida social, e na liberdade de consciência, que forja seu senso moral, é o estuário daqueles anelos e resolução de conflitos originários de suas naturais deficiências”*⁴²⁴.

Sob esta perspectiva, verifica-se que a responsabilidade civil proporciona harmonia nas relações jurídicas desequilibradas através da Justiça restabelecendo-se a paz social e não somente a justiça e segurança aos interesses da vítima e do autor do dano⁴²⁵. No caso da sanção sócioeducativa, estará fundada na Justiça social, já que se proporciona a construção do bem comum, passando o lesado a se sentir realmente membro daquela sociedade – por tornar-se satisfeito - bem como os demais indivíduos (da sociedade) reconhecendo-se reciprocamente como sujeitos e titulares do mesmo direito à dignidade⁴²⁶.

Ademais, verifica-se que a sanção sócioeducativa corrobora com os objetivos previstos pelo artigo 5º da Lei de Introdução do Código Civil em que cumprirá aos magistrados, na aplicação da lei, a atenção aos *“fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”*, e com a regra do juízo de equidade nas decisões proferidas em sede de Justiça Especial (conforme artigo 6º da Lei 9.099/95).

⁴²³ GOMES, José Jairo. **Responsabilidade Civil e Eticidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 222

⁴²⁴ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, Apresentação.

⁴²⁵ GOMES, José Jairo. **Responsabilidade Civil e Eticidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 223.

⁴²⁶ CASTILHO, Ricardo. **Justiça social e distributiva: desafios para concretizar os direitos sociais**. Saraiva: São Paulo, 2009. p. 51-69.

A compensação não patrimonial por meio da sanção sócioeducativa está também imbuída de socialidade⁴²⁷ - a essência do Código Civil atual⁴²⁸. Isso significa dizer que inspiram a aplicação do Direito não somente a perspectiva individual e a relação *inter partes*, mas, também, os valores coletivos e a relação *ultra partes* que o indivíduo pode exercer.

Evidente o caráter de socialidade desta sanção sócioeducativa ao verificar que, talvez, esta seja a forma de compensação mais adequada aos danos sociais e aos danos morais sociais, já que correspondem, criteriosamente, aos mesmos anseios. Trata-se da compensação do dano com a mesma “moeda”.

Importante ressaltar, que a socialidade também se encontra no fomento da educação dos indivíduos, pois é um dos Direitos Sociais assegurados pelo artigo 6º da Constituição Federal. Assim, verifica-se

“(...) o esforço hermenêutico do jurista moderno volta-se para a aplicação direta e efetiva dos valores e princípios da Constituição, não apenas na relação Estado-indivíduo, mas também na relação interindividual, situada no âmbito dos modelos próprios do direito privado”⁴²⁹.

Coadunando com os fins deste estudo, expõe-se um dos interesses de Senise Lisboa na abertura de sua obra:

“(...) a ‘repersonalização do direito civil’, que deve restaurar a primazia da pessoa. De fato, o estabelecimento de normas jurídicas deve atender ao bem comum e aos anseios dos seus respectivos destinatários. O direito positivo deve ser constituído de regras a serviço da pessoa, conciliando os conflitos intersubjetivos e assegurando-se pelos meios possíveis os direitos que, por sua natureza, são inerentes a toda pessoa. Diante do exposto, devem se traçados limites ao exercício da exigibilidade do cumprimento da obrigação, observando-se a preservação dos

⁴²⁷ “Ambas – eticidade e socialidade – constituem perspectivas reversamente conexas, pois as regras dotadas de alto conteúdo social são fundamentalmente éticas, assim como as normas éticas têm afinidade com a socialidade. A distinção ora procedida, de cunho meramente metodológico, não faz mais do que assinalar ênfases, ora pendendo para o fundamento axiológico das normas, ora inclinando-se às suas características numa sociedade que tenta ultrapassar o individualismo, não significando, de modo algum, que uma regra ética não se ponha, também, na dimensão da socialidade, e vice-versa”. – in MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 131.

⁴²⁸ Miguel Reale, na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Civil de 2002, defende que a socialização do Direito é uma das grandes contribuições da nova codificação: “Superado de vez o individualismo, que condicionara as fontes inspiradoras do Código vigente; reconhecendo-se cada vez mais que o Direito é social em sua origem e em seu destino, impondo a correlação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais, para que a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global de comum participação, não pode ser julgada temerária, mas antes urgente e indispensável, a renovação dos códigos atuais, como uma das mais nobres e corajosas metas de governo”. in BRASIL. **Novo Código Civil : exposição de motivos e texto sancionado**. Biblioteca Digital do Senado Federal do Brasil. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/70319>>. Acesso em: 01 mar. 2010.

⁴²⁹ TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um Direito Civil constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. jul. – set. 1993. nº 65. Ano 17. p.26 e 28.

direitos da personalidade. Tal diretriz enseja uma análise menos patrimonialista da relação jurídica, atendendo-se ao critério constitucional da ‘solidariedade social’”⁴³⁰.

15. Aplicabilidade da sanção sócioeducativa

Reitera-se que a sanção sócioeducativa trata-se de compensação não patrimonial do dano, uma vez que a satisfação do lesado consiste em receber indiretamente os frutos sociais da sanção sócioeducativa executada pelo ofensor.

Portanto, não há qualquer modificação na estrutura do atual instituto da responsabilidade civil, sendo a sanção sócioeducativa aplicada para a compensação de quaisquer tipos de danos, sejam patrimoniais ou extrapatrimoniais. Ademais, a sanção sócioeducativa será aplicada da mesma forma para qualquer tipo de dano já que a sua aplicabilidade objetiva a compensação não patrimonial do dano.

Todavia, há duas problemáticas enfrentadas quando da aplicabilidade da sanção sócioeducativa, ambas relacionadas com a medição do dano e a sua correspondente compensação. A primeira já é hoje enfrentada quando da compensação de danos extrapatrimoniais. Como a valoração pecuniária do dano faz-se primordial para a sua reparação ou compensação, havendo dano extrapatrimonial, a sua natureza intangível impede uma apuração patrimonial precisa para a compensação do dano, sendo necessária a avaliação do juiz para definir a razoabilidade da compensação patrimonial do dano. A mesma dificuldade ocorrerá com a compensação do dano extrapatrimonial por meio da sanção sócioeducativa. Entretanto, como, neste caso, a compensação do dano ocorrerá também através de uma medida intangível, acredita-se que se melhor alcançará a satisfação do dano pelo lesado, pois se trata de satisfação não materializada, mas somente declarada.

E aí se encontra a segunda problemática da aplicabilidade da sanção sócioeducativa. Como conciliar a medida patrimonial (melhor dizer pecuniária) do dano – a rigor do artigo 944, *caput*, do Código Civil - com a sua compensação não patrimonial? Afirmou-se em capítulos anteriores que não há impedimento legal para a compensação não patrimonial do

⁴³⁰ SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de Direito Civil**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. p. 10.

dano. Assim, cumprirá ao magistrado pautar-se pelos critérios de avaliação da sanção sócioeducativa, a ser explorada a seguir, para definir a sanção sócioeducativa que satisfaça o lesado sem, contudo, fugir da razoabilidade e, sempre, guardando a dignidade da pessoa do ofensor.

Tendo em vista a não modificação dos pressupostos e estrutura do instituto da responsabilidade civil, não se faz necessária uma análise detalhada sobre a aplicabilidade da sanção sócioeducativa às espécies de responsabilidade civil, posto que aplicável a todas elas (responsabilidade extracontratual, contratual ou subjetiva e objetiva). Nota-se que a culpa não é elemento necessário para a avaliação da sanção sócioeducativa, justificando-se, assim, a sua aplicabilidade também no âmbito da responsabilidade objetiva.

Importante ressaltar que nos casos de responsabilidade civil contratual será possível renunciar expressamente a compensação não patrimonial por meio da sanção sócioeducativa, desde que não contrária à lei, à ordem pública e aos bons costumes, privilegiando-se o princípio da autonomia privada. Se não houver renúncia expressa será possível optar pela compensação não patrimonial por meio da sanção sócioeducativa desde que mediante ajuizamento de ação de responsabilidade civil, comprovação dos danos, culpa *lato sensu* do ofensor (se for o caso) e nexa causal.

Caso o contrato possua cláusula penal, a qual pré-estabelece eventuais valores indenizatórios, somente será possível a aplicabilidade das sanções sócioeducativas para a compensação do dano se houver a previsão de indenização suplementar, conforme parágrafo único do artigo 416 do Código Civil. Em outras palavras, somente será aplicável a sanção sócioeducativa quanto à diferença do dano não indenizada pelo valor estabelecido pela cláusula penal. Isso porque a ausência de previsão de indenização suplementar implica em limitação contratual da indenização ao valor determinado pela cláusula penal contratual⁴³¹.

Consequentemente, verifica-se que não há restrição quanto aos sujeitos ativos e passivos da relação de responsabilidade civil, sendo aplicável às pessoas naturais ou jurídicas. Entretanto, como a compensação não patrimonial ocorre por meio da sanção sócioeducativa

⁴³¹ Não olvidar que existem contratos que sofrem o dirigismo contratual a fim de garantir direitos fundamentais, como ocorre com os contratos que envolvem relação consumerista, em que é impossível a limitação da responsabilidade civil, pois a reparação do dano deve ser integral (artigo 6º, VI do código de defesa do consumidor).

que consiste em uma obrigação de fazer ou não fazer, nas situações que envolvem pessoas jurídicas, entende-se que a compensação ocorrerá por meio dos representantes legais. Nos casos em que seja possível apurar a culpa (responsabilidade civil subjetiva), a sanção poderá recair sobre o preposto ou até mesmo o empregado, desde que não haja prejuízo ao lesado pela demora na prova da culpa (havendo prejuízo, responderá o responsável legal). Nestas situações, deverá ser afastado o direito de regresso, uma vez que a pessoa natural que deu causa ou dano já cumpriu com a obrigação de “indenizar”.

Acredita-se que, assim, havendo uma responsabilização de fato dos responsáveis legais das pessoas jurídicas, haverá também um maior controle dos atos dos seus prepostos e empregados para com as relações jurídicas dentro e fora da empresa.

Diante da verificação das aplicabilidades, diz-se que a compensação não patrimonial por meio da sanção sócioeducativa abrange, sem se limitar, as seguintes circunstâncias:

- (i) na insolvência do ofensor, proporciona alternativa à compensação patrimonial do dano;
- (ii) na ocorrência de dano extrapatrimonial ou dano patrimonial irreparável, o lesado poderá requerer a compensação não patrimonial por sanção sócioeducativa, alternativamente à patrimonial, por satisfazer-se mais com aquela;
- (iii) na ocorrência de dano patrimonial, quando o lesado não tiver interesse na reparação patrimonial (por não desejar – por possuir um seguro, por exemplo - ou por não necessitar tal reparação/compensação), mas se satisfazer com os efeitos da compensação não-patrimonial por meio da sanção sócioeducativa;
- (iv) na ocorrência do dano social ou do dano moral coletivo, poder-se-á requerer que a compensação seja não patrimonial, ou seja, através da sanção sócioeducativa, já que tanto o dano como a sanção possuirão naturezas sociais.

15.1. Cumulatividade de sanções

Considerando as exposições anteriores, entende-se possível a cumulatividade de sanções sob dois aspectos: (i) a reparação patrimonial cumulada com compensação não patrimonial

por meio da sanção sócioeducativa; e (ii) a cumulação de duas ou mais sanções sócioeducativas.

Ao primeiro, entende-se possível a cumulatividade da sanção sócioeducativa com a indenização, desde que cada uma repare ou compense um dano ou caso o magistrado entenda ser adequado a existência de ambas para a compensação de um único dano. Entretanto, a esta última situação, acredita-se que poderá ser alegado, eventualmente, o enriquecimento sem causa do lesado, sendo bastante difícil desvencilhar-se de tal argumento pela intangibilidade da natureza da sanção. Acredita-se que o exemplo mais palatável seria estabelecer a indenização para reparação de danos patrimoniais e, conjuntamente, uma sanção sócioeducativa para a compensação de dano extrapatrimonial

Quanto à possibilidade de cumulação de duas ou mais sanções sócioeducativas, o que corresponderia ao segundo aspecto apontado, frisa-se que se trata da compensação de um dano, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial. Acena-se pela possibilidade da cumulação de tais sanções, uma vez que busca a satisfação do dano pelo lesado. Assim, caberá ao juiz definir se adequada ou não a compensação não patrimonial do dano com mais de uma sanção sócioeducativa, sempre objetivando a satisfação do dano pelo lesado, a preservação da dignidade do ofensor e a viabilidade de efeitos sociais.

Nota-se que não é possível afirmar a existência de semelhança à cumulatividade das penas alternativas (penas restritivas de direito) do Direito Penal. É certo que o artigo 44, parágrafo 2º do Código Penal, acena tal possibilidade para substituir uma pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito para assim, fomentar a redução da aplicação das penas privativas de liberdade, sem, contudo, reduzir a punição ao infrator. Percebe-se que não é possível comparação às sanções sócioeducativas já que estas visam à compensação não patrimonial do dano ao lesado e não a punição do ofensor.

16. Requisitos para aplicação da sanção sócioeducativa

16.1. Requerimento da sanção sócioeducativa pelo lesado para a sua compensação não patrimonial

Anteriormente analisou-se que a compensação não patrimonial está intrinsecamente vinculada ao sentimento (consciência) de satisfação do lesado, bem como consiste na disposição do seu direito à reparação ou compensação patrimonial. Dessa forma, somente o lesado, ou seus sucessores, poderá requerer a compensação não patrimonial do dano por meio da sanção sócio educativa. Não se pode deixar de considerar que o ofensor pode propor a sanção sócioeducativa, mas, no entanto, esta deverá ser acolhida expressamente pelo lesado para ser aplicada consistindo, assim, em um acordo.

Mas, em que momento o lesado deverá fazer tal requerimento? Posiciona-se no sentido de que o lesado deverá formulá-lo na inicial do processo de conhecimento de responsabilidade civil, como pedido principal, podendo o lesado indicar o tipo de sanção sócioeducativa a ser cumprida pelo ofensor. Não obstante, tal decisão será do magistrado que avaliará o dano ocorrido, as circunstâncias, os efeitos da referida sanção ao ofensor e a disponibilidade e o perfil das entidades cadastradas para receber suas ações.

Para evitar a improcedência da ação de reparação/compensação de danos, caso o magistrado compreenda não ser adequado o pedido de sanção sócioeducativa especificado pelo ofensor, sugere-se que o requerimento seja específico, todavia, formulando-se um pedido sucessivo genérico, conferindo ao magistrado estabelecer a sanção que melhor entender, o qual se faz possível pelo permissivo do artigo 286 do Código de Processo Civil⁴³².

Quanto ao requerimento da compensação não patrimonial do dano em sede de processo de execução, somente poderá ocorrer se comprovada a insolvência do devedor sob o argumento de conferir eficácia à condenação ou ao título executivo ou mediante acordo entre o exequente e o executado.

16.2. Liquidação do dano

⁴³² Artigo 286 do código de processo civil brasileiro. “*O pedido deve ser certo ou determinado. É lícito, porém, formular pedido genérico: (...) II – quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito; III – quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu*”.

Acredita-se que sendo implementada a compensação não patrimonial por meio da sanção sócioeducativa, haverá um período de transição em que será necessária a liquidação do dano sob a forma patrimonial para viabilizar um parâmetro de definição do tipo e quantidade da sanção sócioeducativa.

Não obstante, compreende-se que, tornando-se ordinário, tal procedimento deve ser descartado já que a sanção sócioeducativa está vinculada a uma satisfação do lesado, dissuasão do ofensor e da sociedade e educação do ofensor, os quais não podem ser mensurados.

Esse talvez seja o grande trunfo da sanção sócioeducativa: reduzir, quiçá eliminar, a discussão da liquidação de danos, já que estritamente vinculada à patrimonialidade, um dos principais fatores que proporcionam a demora no julgamento dos processos de responsabilidade civil.

16.3 Critérios de avaliação da sanção sócioeducativa

A valoração da indenização ocorre com base na extensão do dano (conforme artigo 944 do Código Civil), podendo este valor ser reduzido caso haja desproporção entre a culpa e o dano (artigo 944, parágrafo único do Código Civil).

Diferentemente, a sanção sócioeducativa, atendendo o ideal de despatrimonialização do Direito Civil e funcionalização da responsabilidade civil, assegura a compensação do dano de forma intangível (não patrimonial), satisfazendo o lesado e conscientizando o ofensor e a sociedade, através da educação. Assim, o critério de quantificação da reparação ou compensação do dano, qual seja, a extensão patrimonial do dano, que já foi relativizado pela “indenizabilidade” do dano extrapatrimonial, também o será para a aplicação da sanção sócioeducativa.

Em decorrência desta relativização da medição do dano, entende-se importante estabelecer critérios de avaliação da sanção sócioeducativa quanto à compensação do dano (patrimonial ou extrapatrimonial), os quais deverão ser apurados pelo magistrado:

- (i) verificação dos pressupostos da responsabilidade civil (ação, dano, nexo causal);
- (ii) o lesado deve afirmar expressamente que a sanção sócioeducativa o satisfaz do dano, não caracterizando meros caprichos, vingança ou punição ao ofensor;
- (iii) a sanção sócioeducativa deve resguardar a dignidade da pessoa do ofensor e do lesado;
- (iv) verificação das necessidades sociais e educacionais do ofensor;
- (v) a sanção sócioeducativa deverá proporcionar conscientização do ofensor do dano gerado e sua dissuasão;
- (vi) a sanção sócioeducativa deverá proporcionar educação ao ofensor.
- (vii) a sanção sócioeducativa deverá produzir efeitos dissuasórios do dano e educativos à sociedade.

Consequentemente, a sanção sócioeducativa adequada será aquela que cumpre positivamente a avaliação desses critérios. Verifica-se, assim, que a questão da culpabilidade não interferirá na sua aplicação, pois não há uma quantificação proporcional à culpa do ofensor ou ao dano, mas sim a restauração do equilíbrio da relação jurídica.

Portanto, deverá haver uma força tarefa do lesado, do magistrado e de assistentes sociais (que dão suporte ao sistema judiciário) para restabelecer o equilíbrio da relação abalada pelo dano e compor uma sanção sócioeducativa que assegure satisfação do lesado; a educação e os direitos da pessoa do ofensor, proporcionando a construção de uma sociedade mais justa, solidária e harmônica.

Caso o magistrado entenda que a indicação da sanção sócioeducativa feita pelo lesado não esteja adequada a todos os critérios supra mencionados, o magistrado apontará a sanção sócioeducativa que entender ser mais adequada justificando-a, desde que o lesado tenha realizado o pedido sucessivo genérico. Neste caso, o lesado deverá manifestar sua concordância na sanção sócioeducativa apresentada pelo magistrado ou, não a colhendo - já que o lesado deverá sentir-se satisfeito com o cumprimento da sanção sócioeducativa, deverá haver a liquidação dos danos e a conversão da sanção sócioeducativa em compensação patrimonial (*in pecunia*). Ressalta-se que se a sanção sócioeducativa requerida pelo lesado

atender os critérios supramencionados, o magistrado não poderá modificá-la, sendo somente possível a redução equitativa da sanção sócioeducativa, nos mesmos termos do artigo 944, parágrafo único do Código Civil – “*se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e dano*”, respeitando-se a estrutura da responsabilidade civil proposta pelo legislador.

Assim, verifica-se que, como as sanções sócioeducativas que compensam o dano são assentadas pelo magistrado, tratam-se de cláusulas gerais do Direito, que

“(...) em vez de traçar punctualmente a hipótese e as suas conseqüências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao ‘corpus’ codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção desses princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas”⁴³³. “As cláusulas são, portanto, a ponte entre o sistema e a realidade social, entre o sistema de valores da sociedade”⁴³⁴.

Normalmente, os conceitos que a compõe são indetermináveis (conceitos à realidades fáticas ou a valores) para que confira “*(...) vagueza socialmente típica, intencional ou programática que possibilitará o amoldamento da fattispecie normativas às situações novas, sequer possíveis de terem sido previstas quando posto o texto pelo legislador*”⁴³⁵.

Frisa-se que, dentre distintas alternativas à solução do caso concreto, o magistrado deverá buscar resposta única, não de forma arbitrária, mas por

“(...) ponderações e valorizações que se reportam aos precedentes, opiniões consolidadas doutrinariamente, usos e costumes, soluções de Direito comparado, aspectos sociais que envolvam a questão, valores fundamentais que se encontrarem contrapostos no problema apresentado”⁴³⁶.

Assim, verifica-se que não há o exercício da discricionariedade do Juiz para a decisão da compensação do dano por meio de sanção sócioeducativa. Segundo Góes⁴³⁷, “*aderindo à noção clássica da discricionariedade como juízo de oportunidade-conveniência, torna-se impossível acolher essa visão de mundo no Poder Judiciário*. A Autora também ressalta que a

⁴³³ MARINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 1998. v. 753. p. 28.

⁴³⁴ APARÍCIO, Márcia de Oliveira Ferreira. Cláusulas gerais: a incompletude satisfatória do Sistema. In LOTUFO, Renan (Coord). **Sistema e tópica na interpretação do ordenamento**. Barueri: Manole, 2006. p.23.

⁴³⁵ ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 9ª Ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 208-210.

⁴³⁶ APARÍCIO, Márcia de Oliveira Ferreira. Cláusulas gerais: a incompletude satisfatória do Sistema. In LOTUFO, Renan (Coord). **Sistema e tópica na interpretação do ordenamento**. Barueri: Manole, 2006. p.27.

⁴³⁷ GÓES, Gisele Santos Fernandes. Termos jurídicos indeterminados: interpretação ou discricionariedade judicial? Ênfase nos princípios jurídicos. In LOTUFO, Renan (Coord). **Sistema e tópica na interpretação do ordenamento**. Barueri: Manole, 2006. p.88 e 91.

discricionariedade não pode ser confundida com atitude interpretativa a qual “(...) *resulta como consequência na liberdade do intérprete nas escolhas entre as possíveis soluções corretas, enquanto a discricionariedade não requer o sentido da norma jurídica (...)*”, mas, sim, do subjetivo.

Conclui-se que o magistrado deverá aplicar a sanção sócioeducativa para a compensação do dano avaliando-se, necessariamente, os critérios de aplicação acima mencionados, segundo os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, já que

“(...) qualquer operação mental do intérprete do direito necessariamente trilhará o caminho ou da razoabilidade ou da proporcionalidade, por serem fios condutores, numa perspectiva política, do controle dos atos exercidos pelo Poder Público e por serem os paradigmas de implemento das normas jurídicas”.

Dessa forma o ato jurisdicional não estará ao “*sabor das oscilações subjetivas,*”⁴³⁸ permitindo-se, assim, um mínimo de segurança jurídica.

16.4. Garantia da dignidade da pessoa

Tanto a indicação do lesado quanto a definição do magistrado sobre a sanção sócioeducativa deverão manter íntegra a dignidade da pessoa do ofensor, assegurando o seu Direito da Personalidade. Por esse motivo, a sanção sócioeducativa deverá estar intrinsecamente ligada à atividade econômico-social desempenhada pelo ofensor, para que não fuja das aptidões naturais da pessoa e não exponha o ofensor a situações constrangedoras, ofendendo os direitos a ele assegurados.

No caso do ofensor ou responsabilizado ser pessoa jurídica, a sanção sócioeducativa, por ser uma obrigação de fazer ou não fazer, será executada por pessoa natural – representante legal, a qual também lhe será assegurado tais direitos.

A preservação da dignidade da pessoa do ofensor possibilita a aplicabilidade da sanção sócioeducativa como forma de compensação não patrimonial do dano, afastando-se o estigma

⁴³⁸ GÓES, Gisele Santos Fernandes. Termos jurídicos indeterminados: interpretação ou discricionariedade judicial? Ênfase nos princípios jurídicos. In LOTUFO, Renan (Coord). **Sistema e tópica na interpretação do ordenamento**. Barueri: Manole, 2006. p.91 e 96.

de sanção punitiva que poderia ser por alguns, assim, entendido. O ofensor não será privado da sua liberdade, mas sim terá, temporariamente, a limitação de alguns direitos – como o lazer e o descanso - para, na realidade, ser provido de benefícios entendidos como a ele necessários para o seu desenvolvimento educacional, intelectual, cultural e ético.

16.5. Controle da execução da sanção sócioeducativa

Quando da defesa do cabimento de uma sanção sócioeducativa como forma de compensação não patrimonial do dano, afirmou-se pelo destino das ações do ofensor às entidades públicas ou privadas de caráter educacional ou beneficente. Entretanto, não se pode deixar de ressaltar que as ações executadas pelo ofensor deverão ser submetidas ao controle de frequência e qualidade de execução, para que seja um mecanismo eficiente e eficaz.

Assim, importantíssimo o estímulo ao controle das sanções sócioeducativas por tais instituições. Entende-se que as instituições públicas têm o dever de acolher as sanções sócioeducativas sem qualquer estímulo, uma vez que participantes das políticas públicas. Mas administradores públicos visionários poderão usufruir-se deste dever público para a promoção da justiça e de respeito aos cidadãos.

Quanto às instituições privadas que também poderão melhor receber as ações do ofensor, acolhe o controle das execuções das sanções sócioeducativas por altruísmo e por divulgação das atividades socialmente responsáveis, o que, na atualidade, cumpre um requisito de *marketing* promocional. Todavia, a depender das autoridades públicas, estas também poderão ser incentivadas por meio de benefícios fiscais.

17. Medidas processuais

Preliminarmente, ressalva-se que a intenção deste capítulo apenas consiste em elucidar a existência de medidas processuais relacionadas à aplicação da sanção sócioeducativa,

provocando questionamentos inconclusivos, bem como sem qualquer pretensão de aprofundar ou esgotar a matéria processual civil, já que esta não é escopo da presente dissertação.

17.1. Coercibilidade à execução da sanção sócioeducativa

Em ações de obrigação de fazer ou não fazer “*sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente (...)*” podendo o juiz nestes casos ou “*(...) na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito*”, conforme artigo 461, parágrafos 3º e 4º do Código de Processo Civil.

A referida cominação de multa pecuniária é também denominada de *astreinte* pelo Direito francês e poderá ser, a qualquer tempo, modificada pelo juiz se verificado o seu excesso ou a sua insuficiência (conforme artigo 461, parágrafo 6º do Código de Processo Civil). Ressalta-se que o artigo 84 do código de defesa do consumidor estabelece o mesmo teor das disposições do Código de Processo Civil.

Além da multa pecuniária, outras medidas poderão ser adotadas *para a efetivação da tutela específica ou da obtenção do resultado prático equivalente*, de acordo com o permissivo do parágrafo 5º, artigo 461 do Código de Processo Civil que, inclusive, apresenta um rol exemplificativo de medidas, tais quais: imposição de multa por dias de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva e a requisição de força policial para cumprimento. Segundo Theodoro Júnior, tais medidas são denominadas de *medidas acessórias* ou *de apoio*, por reforçarem a *exequibilidade do julgado*⁴³⁹, diferentemente do que ocorre com a multa pecuniária cominatória (ou *astreinte*), já que esta proporciona coerção para que o próprio condenado cumpra a sua obrigação, enquanto aquelas propiciam medidas para alcançar a própria *tutela específica ou da obtenção do resultado prático equivalente*.

⁴³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito processual civil** – processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 2. p. 36.

Importante nota faz-se sobre a natureza jurídica das medidas acessórias que, pelo caráter compulsório, ou seja, de simplesmente de compelir a realização da obrigação, caracterizam-se como sanções compulsórias com um fim preventivo, qual seja, impedir uma conduta ilícita⁴⁴⁰. Afasta-se, portanto, das sanções sócioeducativas que possuem, primordialmente, natureza compensatória.

Desenvolver-se-á a análise da multa pecuniária, já que de maior expressão por ser eficaz e abranger um maior número de situações. Assim, especificamente sobre a multa pecuniária, Varela afirma ser *sanção pecuniária compulsória*⁴⁴¹ e não sanção punitiva⁴⁴², pois atinge o patrimônio do devedor como um “(...) processo de coerção para reduzir ou anular a rebeldia do devedor (...)”, portanto, caracteriza-se como “(...) medida acessória (pressupõe a condenação principal que determina o cumprimento de uma obrigação), *condicional* (cumprindo-se a obrigação, cessa-se a incidência da multa), *cominatória* (obrigatória ao devedor) e *reversível* (pode ser modificada para adequação às circunstâncias), *que não se confunde com o pagamento do dano decorrente da mora*” no cumprimento da obrigação principal.

Diferencia-se também da *indenização*, a qual substitui a execução *in natura* da obrigação, enquanto que a multa pecuniária assegura ao credor a sua execução da própria obrigação; a *indenização* pressupõe a existência de dano limitando-se seu valor ao próprio dano, sendo que a multa diária não possui qualquer relação com o dano, mas sim com a capacidade de coerção pecuniária do devedor⁴⁴³.

Observa-se que a coercibilidade ocorre em base pecuniária e o valor da multa, na ação de responsabilidade civil, no Brasil, é destinado ao lesado, não como reparação de danos pela demora (mora) no cumprimento da obrigação, cumulando-se com a eventual *indenização*. Por esse motivo, há entendimentos de que a multa pecuniária assumiria um papel punitivo e

⁴⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 185-188.

⁴⁴¹ ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. 10ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1. p. 99-100.

⁴⁴² Caso as astreintes fossem consideradas sanções punitivas, a obrigação do seu pagamento não poderia ultrapassar a pessoa do devedor. Como a análise ocorre no âmbito do processo de responsabilidade civil, as obrigações do ofensor condenado transmitem-se ao patrimônio deixado aos seus herdeiros, inclusive as obrigações processuais.

⁴⁴³ PORTO, Mário Moacyr. **Temas de responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1989. p. 170-172.

enriqueceria sem causa o lesado. Todavia, o presente estudo não cumpre tratar dessas questões de matéria processual.

O juiz deverá ainda analisar minuciosamente a multa pecuniária diária a ser cominada, observando-se a capacidade econômica do devedor e não o dano proporcionado ou responsabilizado, ou até mesmo o valor da causa, pois a multa não necessita limitar-se ao valor da prestação demandada⁴⁴⁴. Isso porque a multa não pode “*valer a pena*”. Trata-se de sanção compulsória para que o magistrado, a todo custo, busque viabilizar a tutela específica (ou seja, a obrigação firmada inicialmente entre as partes) ou a obtenção de resultado prático equivalente (prestação obrigacional que pode ser realizada por terceiro ou substituída).

Verifica-se que a regra decorrente da máxima romana “*nemo precise cogi potest ad factum*” – “ninguém pode ser diretamente coagido a praticar ato a que se obrigara”, é passível de nova interpretação na doutrina moderna, pois “(...) *não se trata de constranger o devedor a fazer o que não quer, mas sim, simplesmente de fazer sem ele, contra a sua vontade e a sua custa, aquilo que ele próprio deve fazer, mas se recusa*”⁴⁴⁵. Tanto assim o é que o legislador brasileiro consolidou tal posicionamento ao estabelecer que recusando o devedor a obrigação de fazer somente a ele imposta e só por ele exequível, ou seja, uma obrigação de prestação infungível (também denominada personalíssima), deverá ser esta convertida em obrigação de indenizar perdas e danos (conforme artigo 247 do Código Civil). Conclui-se que o interesse da norma é afastar a responsabilização pessoal do devedor, transferindo tal responsabilidade para o seu patrimônio, uma vez que “(...) *o credor tem direito à prestação e não sobre a pessoa do devedor*”⁴⁴⁶.

Assim, Porto afirma que os limites para a aplicabilidade das *astreintes* como coerção da execução de obrigações de fazer e não fazer, são: a “(...) *impossibilidade material do cumprimento da obrigação ou aos casos em que a obrigação, pelo seu estrito caráter pessoal, refogue ao constrangimento de qualquer sanção*”⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 172-178-179.

⁴⁴⁵ GOMES, Orlando. **Obrigações**. São Paulo: Forense. 1968. p. 212.

⁴⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2. p. 106.

⁴⁴⁷ PORTO, Mário Moacyr. **Temas de responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1989. p. 176.

Entretanto, questiona-se. A coerção ao devedor da obrigação de fazer ou não fazer personalíssima faz-se realmente um constrangimento pessoal e, portanto, não poderia ser aplicado a esses casos? Diferentemente, acredita-se que o mecanismo da multa pecuniária faz-se bastante eficiente nos casos em que a obrigação de fazer ou não fazer não pode ser cumprida por ninguém mais, ninguém menos que o próprio devedor.

Lotufo, apesar de considerar que a posição do legislador brasileiro foi de que às obrigações infungíveis caberia apenas o pleito de indenização por perdas e danos, demonstra entender que a astreinte pode ser aplicada “(...) *no caso das infungíveis, mas não se pode garantir que surta o efeito do adimplemento, que incorrendo, então, ter-se-á de partir para as perdas e danos*”⁴⁴⁸.

No mesmo sentido, Assis afirma que ser o mecanismo da multa cominatória indispensável às prestações infungíveis pois, “(...) *pretendendo o credor execução específica desta espécie de obrigação, o único meio reside no emprego da astreinte e sua fixação revela-se imperativa para semelhante objetivo*”. O Autor ainda ressalta a possibilidade do uso das *astreintes* às prestações fungíveis e pecuniárias, por considerar que os artigos 575 – I, caput; 461, §4º; 585, II; 644 e 645 do Código de Processo Civil não fazem distinção entre as obrigações com prestações fungíveis ou infungíveis⁴⁴⁹.

O Código Civil português soluciona a questão ao afastar o constrangimento proporcionado pela sanção compulsória ao identificar que a obrigação não necessita de inspiração artística, científica ou intelectual. Isso porque o constrangimento ao devedor consiste na coerção de algo de inspiração, o que não é equivalente à obrigação de fazer de entregar 20 cestas básicas em uma comunidade carente. Assim, apresenta-se o excerto do Artigo 829º-A do Código Civil português.

“1. Nas obrigações de prestação de facto infungível, positivo ou negativo, salvo nas que exigem especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado, o tribunal deve, a requerimento do credor, condenar o devedor ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infracção, conforme for mais conveniente às circunstâncias do caso. 2. A sanção pecuniária compulsória prevista no número anterior será fixada segundo critérios de razoabilidade, sem prejuízo da indemnização a que houver lugar. 3. O montante da sanção pecuniária compulsória destina-se, em parte iguais, ao credor e ao Estado (...)”.

⁴⁴⁸ LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. II. p. 48.

⁴⁴⁹ ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 11ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 563.

Sob esta perspectiva encontra-se delicada problemática atrelada ao tema desta dissertação. Como aplicar a *astreinte* a para coerção do cumprimento de uma sanção sócioeducativa que compensa o dano se esta sanção é de natureza obrigacional personalíssima? Pela técnica jurídica dos dispositivos do Código Civil, constata-se que o uso das multas pecuniárias não seria possível às obrigações de fazer ou não fazer personalíssimas, em outras palavras, não seria possível às obrigações que não podem ser realizadas por outra pessoa que não aquela requerida.

Entretanto, acredita-se que o posicionamento do Código Civil português poderá relativizar a aplicabilidade da multa pecuniária compulsória aos casos de obrigações de fazer e não fazer personalíssimas no Brasil, desde que não proporcionem constrangimento ao devedor. Essa relativização é necessária para conferir funcionalização à responsabilidade civil, já que a aplicação das sanções sócioeducativas como compensação do dano sem a possibilidade de incidência da *astreinte*, conferiria uma eficácia reduzida ao mecanismo, principalmente, quando o ofensor for mais abastado, pois se eximiria de cumprir a sanção sócioeducativa, uma vez que, por possuir patrimônio, preferirá a indenização (compensação patrimonial do dano) à obrigação de fazer ou não fazer. Todavia, entende-se que estas pessoas também devem ser submetidas ao mecanismo da compensação não patrimonial do dano por sanção sócioeducativa, já que a educação e a ética não se medem pelo patrimônio.

Poder-se-ia dizer que a multa pecuniária também não proporcionaria qualquer efeito coercitivo para execução da sanção sócioeducativa do ofensor insolvente. Todavia, entende-se que se a *astreinte* for utilizada para esses casos, haverá uma coerção não só patrimonial, mas, sobretudo, ética, já que o ofensor poderá ver-se liberado da sua obrigação se cumpri-la, sem qualquer desembolso de valores ou qualquer outra diminuição patrimonial.

Portanto, diante de tais considerações, acredita-se que nos casos de sanções sócioeducativas deveriam haver a relativização da regra do “*nemo precise cogi potest ad factum*”, posto que determinada coerção ao cumprimento da obrigação, mesmo havendo certa responsabilização pessoal do ofensor⁴⁵⁰, não viola os direitos à dignidade e proporciona benefício ao próprio ofensor e à coletividade por proporcionar educação e solidariedade.

⁴⁵⁰ Infere-se certa responsabilização pessoal porque se compreende que a sanção sócioeducativa poderá ser convertida em compensação patrimonial – indenização.

Supondo ser possível a utilização de *astreintes* para estes casos, deverá se estabelecer um limite temporal para que a medida coercitiva não se torne abusiva, respeitando-se a essência do brocardo romano. Ultrapassado o prazo deverá ser a sanção sócioeducativa convertida em indenização. Sugere-se, ademais, uma multa progressiva ao tempo de não cumprimento, contudo, esta alternativa ainda é discutida pela doutrina e jurisprudência, pois a legislação não faz qualquer disposição a respeito, mas tão somente autoriza modificação do valor ou periodicidade verificando o seu excesso ou insuficiência coercitiva⁴⁵¹.

Ademais, acredita-se que não se convém adotar um parâmetro valorativo pecuniário ao referido limite, já que este seria o parâmetro para a coercibilidade do ofensor/devedor, sendo possível, inclusive, superar o valor liquidado do dano, sem, contudo, ferir a dignidade da pessoa do ofensor ou expropriá-lo de seu patrimônio. Antes mesmo de adentrar na eventual arguição de que a *astreinte* poderia caracterizar o enriquecimento sem causa do lesado, obsta-se este raciocínio com a lógica das sanções sócioeducativas: a solidariedade para a satisfação do dano desprende o lesado de qualquer interesse pecuniário para a sua satisfação. Assim, havendo o uso de *astreinte* para a coerção da execução da sanção sócioeducativa, o destino da *astreinte* deve ser diverso do lesado, cabendo ao magistrado indicar como beneficiária a pessoa que irá acolher os atos sócio-educativos do ofensor. Ressalta-se que não há qualquer impedimento legal para tanto, uma vez que o legislador não especificou o destino do valor da *astreinte*, diferentemente do que ocorre no Código Civil português em que o valor da multa pecuniária é dividido entre o credor e o Poder Judiciário.

Importante notar que, este gargalo técnico da aplicação das *astreintes* não ocorre generalizadamente às compensações não patrimoniais do dano, pois estas obrigações podem ser fungíveis, ou seja, podem ser executadas por terceiros, diferentemente da infungibilidade das sanções sócioeducativas.

Por fim, sendo ou não possível a aplicação da *astreinte*, e havendo descumprimento da decisão judicial, faz-se possível a aplicação da multa estabelecida pelo artigo 14, parágrafo único do Código de Processo Civil, de até 20 % do valor da causa, a depender da gravidade da conduta, a ser destinada ao Poder Judiciário. Caracteriza-se por ser sanção de natureza

⁴⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 172-177.

administrativa que não afasta as eventuais sanções criminais, civis e processuais cabíveis⁴⁵². Assim, entende-se que tal multa administrativa poderá proporcionar indiretamente a coerção ao cumprimento da sanção sócioeducativa.

17.2. Possibilidade de conversão da sanção sócioeducativa (compensação não patrimonial) em compensação patrimonial (*in pecunia*)

Anteriormente, analisou-se que a compensação não patrimonial por meio da sanção sócioeducativa possui a natureza da obrigação de fazer ou não fazer, a qual tem como principal signo a pessoalidade do obrigado (obrigação personalíssima). Assim, a pessoa natural poderá recusar-se ao cumprimento de tal obrigação.

Por esse motivo, possível a conversão da compensação não patrimonial em compensação patrimonial *in pecunia*, ou seja, em indenização a requerimento do lesado ou se o ofensor recusar-se ao cumprimento, nos mesmos termos da previsão legal do artigo 247 do Código Civil; artigo 460, parágrafo 1º; artigo 633, parágrafo único; e artigo 643, parágrafo único do Código de Processo Civil.

A mesma alternativa deve ser aplicada no caso de falecimento do ofensor, para que, assim, a obrigação de reparação do dano sob a forma de indenização seja satisfeita pelo patrimônio deixado pelo *de cuius* (artigo 942 do Código Civil), seguindo a orientação das obrigações, tal qual expõe Jorge:

*“Pode ainda observar-se que, mesmo quando o direito de crédito tem caráter estritamente pessoal e por isso caduca com a morte do credor, se, em vida deste, o devedor não cumpriu e incorreu em responsabilidade civil, o crédito à indemnização perde esse carácter pessoal e transmite-se aos herdeiros”*⁴⁵³.

⁴⁵² NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 425-428.

⁴⁵³ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 46.

Essa conversão em indenização assegura a característica de sanção compensatória da compensação não patrimonial, já que as sanções penais não são convertidas em indenizações.⁴⁵⁴

18. Principais efeitos da aplicação da sanção sócioeducativa

Diante das considerações anteriores, espera-se que a aplicação da compensação não patrimonial por meio da sanção sócioeducativa produza efeitos de controle social, mas, sobretudo, direção social, proporcionando transformação da sociedade. A seguir, apresentam-se os principais efeitos da sua aplicação.

18.1. Aproximação da satisfação integral do dano

A execução de uma sanção sócioeducativa pelo ofensor confere a oportunidade do lesado ser compensado pelo dano de uma forma intangível: o desenvolvimento educacional, intelectual, cultural e ético não só do ofensor, mas da sociedade. Acredita-se que o lesado que opta pela compensação não patrimonial por meio da sanção sócioeducativa está mais próximo da satisfação integral do dano do que o recebimento de valores pecuniários.

Entende-se que os lesados buscarão esta forma de compensação não patrimonial por considerarem-na mais satisfativa que o recebimento de uma indenização, principalmente nos casos de irreparabilidade do dano, seja pela natureza do bem, intangibilidade do direito ou pela insolvência do ofensor, posto que, nestes casos, não há patrimônio que possa reparar o dano.

⁴⁵⁴ O que o Código Penal prevê não é indenização, mas uma pena pecuniária, conforme artigo 43 e 45 do Código Penal.

18.2. Eficácia da Lei civil

Há duas circunstâncias que com a introdução da sanção sócioeducativa como compensação não patrimonial possibilitará a eficácia da lei civil. A principal consiste na insolvência do ofensor: a sua condenação ao pagamento de uma indenização não proporciona qualquer resultado eficaz *inter partes*, pois não há a satisfação do lesado e dissuasão do ofendido; ou resultado *ultra partes*, já que não há dissuasão dos indivíduos que compõe a sociedade. Pior, a Justiça passa a ser desacreditada por todos, trazendo um sentimento de sua inexistência.

Esta ineficácia da lei permite que, por vezes, o lesado abandone os seus direitos (por optar arcar com o ônus de não ter o seu dano reparado diante da consciência da ineficácia da lei); bem como permite o aproveitamento da irresponsabilidade daqueles que são ausentes de patrimônio. Neste caso, a introdução da compensação não patrimonial possibilita a satisfação do lesado, proporcionando eficácia da lei civil e dissuasão das condutas danosas.

Outra situação em que sanção sócioeducativa proporcionará eficácia da lei civil, trata-se do caso de ofensor possuidor de muito patrimônio, pois a condenação ao pagamento de indenização não lhe proporciona qualquer dissuasão do dano. Pelo contrário, fomenta o desrespeito às normas jurídicas, proporcionando mais danos aos indivíduos e à sociedade. Sendo possível o lesado abdicar-se da compensação patrimonial e, conseqüentemente, satisfazer-se com a compensação não patrimonial, proporcionar-se-á a real eficácia da lei civil.

18.3. Não enriquecimento do lesado, a redução de demandas civis e o desestímulo à “indústria do dano”

O lesado que optar pela compensação não patrimonial por meio da sanção sócioeducativa não proporcionará enriquecimento do lesado, já que qualquer resultado decorrente da sanção sócioeducativa será destinado à coletividade.

Importante considerar que muitos lesados evitam hoje a propositura das ações de responsabilidade civil por danos de pequena monta, pois, além do trâmite processual ser burocrático, mesmo em sede dos Juizados Especiais, causando um prejuízo pelo desgaste pessoal que não é arguido como mérito da ação, o lesado tem a perspectiva de que a relação jurídica só proporciona efeitos *inter partes* – acreditando ser melhor a assunção do dano do que movimentar o judiciário. Em outras palavras, há o desestímulo do lesado em buscar a sua reparação ou compensação do dano, fazendo com que assumam o dano proporcionado por outrem. Ousa-se a dizer que a assunção deste prejuízo pelo lesado estimula pequenos golpes e a irresponsabilidade pelos danos, como o inadimplemento ou mau cumprimento de prestações de serviço necessárias ao cotidiano.

Acredita-se que, diante da atual desmotivação da propositura dessas demandas, haverá aumento delas e de consequentes condenações, caso tornem-se frequentes as alternativas à reparação patrimonial do dano. Entretanto, em um segundo momento, haverá a redução da propositura de ações como consequência da melhora da conduta dos indivíduos da sociedade patrocinada pela educação da sanção sócioeducativa.

Diferentemente da “indústria do dano”, nos Estados Unidos da América do Norte, onde o lesado além de se satisfazer do dano recebe um *plus* por proporcionar o efeito punitivo ao ofensor (*punitive damages*), todos os efeitos e resultados da condenação da compensação não patrimonial recaem sobre a sociedade, não gerando qualquer forma de enriquecimento do lesado e, conseqüentemente, não proporciona o interesse meramente financeiro nas proposições das ações de responsabilidade civil como ocorre naquele país. Pelo contrário, a sanção sócioeducativa proporciona eticidade, redução dos atos danosos e, ainda, a educação que é a base para a sedimentação da cultura e das regras gerais de convívio da sociedade.

18.4. Maior dissuasão e prevenção de condutas danosas

Acredita-se que haverá uma maior dissuasão do ofensor que cumprir a sanção sócioeducativa do que a dissuasão proporcionada pela indenização em decorrência da necessária interação entre o ofensor e a sociedade. Conseqüentemente, haverá a dissuasão de

condutas danosas não só por parte do ofensor, mas também da coletividade propagando-se a eficácia da lei.

Além disso, a ausência da compensação não patrimonial permite a imunidade dos ofensores insolventes quanto à responsabilização pelo dano. Assim, com a aplicação das sanções sócioeducativas, espera-se alcançar a redução das situações em que os indivíduos utilizam a insolvência como artifício à irresponsabilidade, seja porque não possuem, de fato, patrimônio, seja porque planejaram a ausência de patrimônio por pretenderem, em um futuro próximo, “não correr riscos com eventual responsabilização”.

A sanção sócioeducativa proporcionará também efeito preventivo ao conferir ao ofensor uma sanção que o conscientiza do ato danoso e o beneficia, conferindo-lhe educação: uma oportunidade para a análise da sua ética e prática de novas e exemplares condutas que prosperarão no âmbito familiar, do trabalho e da sua comunidade, proporcionando mudança social.

18.5. Educação

A característica especial da sanção sócioeducativa é, sem dúvida, educação no sentido mais amplo que se possa conferir, pois esta, em muito, favorece a formação do cidadão consciente das suas responsabilidades, direitos e deveres no âmbito individual e coletivo. Obviamente não é papel do Direito ser o “educador” do indivíduo, mas sim de assegurar e fomentar a educação em qualquer nível, seja formal, profissional, cultural, ética, familiar.

Não se pode negar, porém, que esta educação cumprir-se-ia à família que é a real responsável pela constituição do cidadão. Na Itália, a Constituição impõe aos genitores o dever de manter, instruir e educar os filhos. Perlingieri ressalta que

“se aos genitores é reconhecido o prioritário direito e dever de instruir e educar os filhos – isso não significa somente obrigação de manutenção nos estudos – o cumprimento dessa complexa função educativa não se pode concretizar em uma mera delegação à Escola sem que sejam envolvidos em modo responsável. A educação não se esgota nas horas de trabalho, mas se apresenta de forma mais ampla e arejada, incluindo de um lado os comportamentos – como

exemplos e testemunhas – do outro toda uma atividade cultural, espiritual e recreativa que não é possível considerar delegada à Escola”⁴⁵⁵.

Todavia, pela situação típica da população brasileira que, além da falta de educação formal e profissional, têm a sua cultura e ética corrompidas pelas dificuldades de sobrevivência, pelos atos repugnantes de governos, pela corrupção pública e privada que atuam (nem sempre) silenciosamente desde o “descobrimento” do Brasil, é que se acredita que o mecanismo das sanções sócioeducativas necessita ser implementado.

19. Análise de pontos de crítica

19.1. Função punitiva. Responsabilidade pessoal. Separação do Direito Civil e do Direito Penal.

O presente estudo demonstrou que a sanção sócioeducativa consiste em uma compensação não patrimonial do dano, possuindo, assim, as funções (i) *compensatória* (reparatória), por satisfazer o dano causado ao lesado; (ii) *dissuasória*, ao possibilitar a mudança de idéia ou conduta ética do responsabilizado pelo dano no futuro; (iii) *educativa*, já que o permite ao ofensor e à sociedade uma educação direta ou indireta, formal ou não.

Acredita-se, entretanto, que surgiriam críticas apontando para a existência de uma função punitiva da sanção sócioeducativa, sob o argumento de que a satisfação do lesado significaria revanche ou vingança sob o ofensor ou responsável pelo dano, aproximando-se da função punitiva-dissuasória da indenização por dano extrapatrimonial que se expande no Direito Romano-germânico, como visto em capítulos anteriores.

Acresce-se às críticas o rompimento do paradigma da responsabilidade patrimonial, já que a sanção sócioeducativa trata-se de uma obrigação de fazer ou não fazer personalíssima, apontando para um retrocesso ao período anterior a *Lex poetelia papira*, quando a execução

⁴⁵⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.194.

de dívida possuía como garantia a pessoa do próprio lesado, ou seja, a responsabilidade sobre a pessoa.

Consequentemente, acredita-se que concluiriam pelo afrouxamento da divisão do Direito Civil e penal, já que ambas as críticas apontam para signos vulgares de punição, típicos do Direito Penal, dentro Direito Civil.

Quanto à primeira crítica, entende-se que não há função punitiva decorrente da sanção sócioeducativa, pois a retribuição do responsável pelo dano causado não é punitiva, mas compensatória do dano: o lesado se satisfaz com a execução da obrigação de fazer ou não fazer de conteúdo sócioeducativo. Caracteriza-se, assim, a sua função compensatória que também é reforçada pela possibilidade de conversão da sanção sócioeducativa em indenização (leia-se, compensação pecuniária) do dano. Mas, por vezes, as sanções sócioeducativas que compensam o dano, se descontextualizadas, poderiam ser consideradas penas no âmbito do Direito Penal. Isso ocorre porque a sanção assume a natureza da sua função prevalecente.

Tal crítica embasa-se na justiça retributiva que surgiu junto com o instituto da responsabilidade, traduzindo-se como “o responsável deve pagar pelo dano que fez”.E aí possível verificar outra distinção com a sanção sócioeducativa. A pena visa à punição pela ação pregressa, enquanto que a compensação-dissuasão lança objetivos para a prevenção de danos e atos lesivos futuros.

Fato é que muitos críticos poderão questionar que a compensação do dano ocorre de forma a punir o responsável do dano, já que ele próprio deverá compensar o dano por meio da sanção sócioeducativa, sem, inicialmente, a oportunidade de indenizar o lesado, possibilitando a “vingança” deste último por meio de uma sanção que está atrelada a sua satisfação e não um parâmetro objetivo, como a valoração pecuniária do dano.

Diferentemente, o que se busca com a sanção sócioeducativa não é a “vingança” do lesado, mas a conscientização e a responsabilização do dano, para, assim, dissuadir o ofensor ou o responsabilizado e a própria sociedade, não pelo exemplo, mas pela educação que os primeiros receberão. Para que tal engrenagem funcione, importante o papel do magistrado em ministrar com razoabilidade e proporcionalidade (segundo critérios pré-estabelecidos), a sanção sócioeducativa requerida pelo lesado, bem como a compensação do dano seja

executada pelo próprio ofensor ou responsabilizado. Acredita-se que a responsabilidade patrimonial afastou por completo a consciência ética e social da responsabilidade civil.

E, assim, passa-se à segunda crítica. A sanção sócioeducativa como compensação não patrimonial do dano retoma a responsabilidade pessoal, a qual foi afogada pela necessidade de um mecanismo de reparação do dano que não proporcionasse lesão física, humilhação, escravidão e morte dos devedores. O mecanismo de solução foi a responsabilidade patrimonial que, apesar de eficiente para o momento histórico, crê-se que fez resumir as relações jurídicas em valorações patrimoniais, ou melhor, pecuniárias, e proporcionasse a redução de condutas éticas e responsáveis pelos cidadãos.

Contudo, a retomada da responsabilidade pessoal não significa regredir na técnica jurídica. Pelo contrário. A tutela da dignidade da pessoa impede o retorno a real origem da responsabilidade pessoal romana (ou melhor, responsabilidade sobre a pessoa) e proporciona uma responsabilidade não só limitada ao patrimônio. Nota-se que as sanções sócioeducativas não recairão sobre a liberdade ou o corpo do ofensor – afastando o encarceramento ou o regime de escravidão - mas consistirão em restrições temporárias de direitos (como o descanso e o lazer) e na própria força de trabalho do ofensor ou responsabilizado que irá compensar o dano ao lesado. Acredita-se que essa forma de responsabilidade pessoal proporcionará não só o desenvolvimento das relações jurídicas, mas também da harmonia social.

Ao afirmar-se pela existência da responsabilidade pessoal, mesmo com uma roupagem moderna, necessário observar a aplicabilidade às sócioeducativas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, firmado em novembro de 1969 e recepcionado pelo Brasil somente em novembro de 1992.⁴⁵⁶

⁴⁵⁶ “Mesmo em se considerando o disposto no artigo 5º, LXVII, da CF, o Brasil tornou-se signatário posteriormente do Pacto de San José da Costa Rica, descabendo a tal prisão, por ser norma ulterior e de espírito compatível com a defesa da dignidade da pessoa humana. Remarque-se que o § 2º do art. 5º da CF eleva os tratados internacionais entre os quais a República Federativa Brasileira é parte, como direito fundamental. Por isso, entende-se impossível a prisão do depositário infiel, podendo, ao nosso aviso, somente preponderar a prisão civil por alimentos, não excluída pelo aludido Pacto e cujo objeto da relação difere-se da alienação fiduciária”. In MARTINS, Fernando Rodrigues. Direitos Humanos do Devedor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. – set. 2001. n° 39. p. 151. Ressalta-se que a questão foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, pelo RE 466343/SP, em 03/12/2008, que conferiu ao Pacto de San José da Costa Rica *status* de supra-legalidade derogando as disposições do Código Civil e de Processo Civil sobre depositário infiel.

Em síntese, destacam-se da referida Convenção os pontos relevantes para o presente estudo, quais sejam, (i) a proteção à integridade física, psíquica e moral de qualquer pessoa; a não submissão a torturas; a privação da liberdade não poderá transcender a pessoa delituosa a qual deverá ser tratada com respeito à sua dignidade humana; as penas de liberdade terão como finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados (conforme artigo 5); (ii) a ninguém deve ser submetido à escravidão; ninguém poderá ser constrangido a executar trabalhos forçados ou obrigatórios, exceto em caso de pena imposta por tribunal competente, os quais não poderão afetar a dignidade, nem a capacidade física e intelectual do condenado; não serão considerados trabalhos forçados ou obrigatórios, os trabalhos ou serviços que se exijam normalmente de uma pessoa em cumprimento de uma sentença ou resolução formal proferida por autoridade judicial competente e deverão ser vigiados e controlados por autoridades públicas, sendo que tais trabalhos não poderão ocorrer a particulares ou pessoas jurídicas de caráter privado⁴⁵⁷ (conforme artigo 6); (iii) toda pessoa possuirá o devido processo legal, contraditório e ampla defesa; ninguém será preso por dívida exceto os inadimplementos de deveres alimentares (conforme artigo 7)⁴⁵⁸.

Verifica-se que a proposta da sanção sócioeducativa ao resgatar a responsabilização pessoal não fere a quaisquer dos dispositivos do Pacto de San José da Costa Rica, assegurando-se, assim, os Direitos Humanos ao mecanismo proposto.

Por fim, possível verificar a tendência de aproximação do Direito Civil e Penal no sentido de se complementarem, apesar de distintos, pois ocorre uma interpenetração constante⁴⁵⁹. Tanto assim o é que, como inferido no item 6.1.1., o Código Civil traz uma série de penalidades e mesmo assim, não há o desvirtuamento do Direito Civil. Do mesmo modo, há penas no Direito Penal que são substituíveis por prestações pecuniárias que possuem o caráter reparatório do dano, tais como o artigo 45, §1º do Código Penal, que prevê que o valor da prestação pecuniária será deduzido do valor da eventual condenação em ação de reparação;

⁴⁵⁷ Notar que a sanção sócioeducativa ocorre somente por meio de processo judicial. Entretanto, foi proposto que o cumprimento de tais sanções ocorresse tanto no âmbito privado como público e sempre sob fiscalização, uma vez que não é possível constatar um número suficientes de órgãos ou entidades públicas capazes de acolher a execução da sanção sócioeducativa. Por isso, não se vislumbra que a proposta apresentada por este estudo viole as disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

⁴⁵⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos in CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. 7 - 22 nov. 1969. San Jose da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>>. Acesso em: 1 fev. 2010.

⁴⁵⁹ MALUF, Renata Chade Cattini. **O aspecto punitivo da reparação do dano moral**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2004. p. 155

bem como, o artigo 78, § 2º do Código Penal, que estabelece que a reparação do dano possibilita a suspensão condicional da pena, substituindo-a por determinadas condições de conduta social pelo condenado⁴⁶⁰. Percebe-se, contudo, que há uma tendência de retração da esfera penalmente relevante, inclusive quanto ao montante da pena⁴⁶¹, limitando-se “às ofensas mais graves à ordem social, abrindo, então, espaço para retomada do caráter sancionador da responsabilidade civil”⁴⁶².

O mesmo ocorre na França, com a aplicação de multas diárias com característica reparatória e de condenação civil ao pagamento de caução pelo delinquente para assegurar os direitos da vítima⁴⁶³. Na Itália, como há a unidade de jurisdição, o Juiz penal pode liquidar o dano ocorrido e o Juiz civil pode apurar o delito de forma incidental (*incidenter tantum*)⁴⁶⁴. Nesses países, as vítimas dos danos têm preferência pela ação civil, pois o crime será constatado de forma incidental, uma vez que a função principal do processo é a constatação do dano e a sua reparação, não sendo necessário o cerceamento de liberdade do ofensor como sanção, além de se obter uma resposta mais rápida e satisfativa do que nas responsabilizações penais.

Diante desse cenário, há Autores favoráveis ao desenvolvimento de uma função punitiva da responsabilidade civil, como René Demogue que afirma que “a teoria da indenização compensatória é suficientemente forte para sobreviver, mas fraca demais para ser a única regra”. O Autor complementa que há casos em que é oportuno para a corte civil utilizar uma pena pecuniária, pois

“é mais fácil a transição de uma visão exclusivamente compensatória quando nós absorvemos que os domínios dos direitos penal e civil- que têm sido gradualmente distinguidos no curso da civilização – não são categorias absolutamente separadas, e que é próprio estabelecer zonas intermediárias. A pena é um instrumento poderoso que tem de ser usado pela justiça. Em

⁴⁶⁰Quais sejam: “(a) proibição de freqüentar determinados lugares; (b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; (c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades”.

⁴⁶¹GALLO, Paolo. **Pene Private e Responsabilità Civile**. Milano: Giuffrè Editore, 1996. p. 22.

⁴⁶²MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (‘punitive damages’ e o Direito Brasileiro). **Revista CEJ** do Conselho da Justiça Federal, Brasília. jan. - mar. 2005. n° 28. p. 21.

⁴⁶³VINEY, Geneviève. **Traité de Droit Civil** sous la direction de Jacques Gestion. Introduction à la responsabilité. Paris: LGDJ, 1995. p. 21. *apud* MALUF, Renata Chade Cattini. **O aspecto punitivo da reparação do dano moral**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2004. p. 154.

⁴⁶⁴ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. Pena privata e punitive damages nei recenti orientamenti dottrinari americani. In BUSNELLI, Francesco D.; SCALFI, Gianguido (a cura di). **Le pene private**. Milano: Giuffrè, 1985. p. 375. *apud* MALUF, Renata Chade Cattini. **O aspecto punitivo da reparação do dano moral**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2004. p.154.

*adição à pena pública pronunciada pelas cortes criminais, é adequado em alguns casos estabelecer uma pena privada pronunciada pelas cortes civis. Atos que recebam penas privadas apresentam-se, portanto, como quase-crimes, localizados em uma zona intermediária entre as jurisdições dos direitos civil e penal*⁴⁶⁵.

Segundo Püschel, possibilitar a função punitiva da responsabilidade civil trata-se de um desafio para a tradicional divisão do Direito Civil e Direito Penal, considerando que o caráter punitivo trata-se do elemento distintivo dos universos. Essa distinção tradicional, arraigada nos conceitos é que impossibilitam “soluções criativas” para as atuais problemáticas sobre o tema da responsabilidade civil e do Direito Privado como um todo⁴⁶⁶.

Vislumbra-se uma tendência de despenalização do Direito (como um todo), movimento este fundado principalmente pela tutela à dignidade da pessoa humana. E, exatamente por este motivo, não se pode afastar por completo o Direito Penal, o qual deverá ser de aplicação mínima - aos casos de grave violação de direitos. Porém, ao invés de introduzir uma penalização do âmbito civil, como ocorreria com a aplicabilidade da função punitiva da responsabilidade civil e a utilização de penas privadas⁴⁶⁷, acredita-se que com a funcionalização da responsabilidade civil será capaz de, mesmo em um Direito Penal mínimo, proporcionar segurança jurídica, harmonização social e prevenção se for difundido o mecanismo da sanção sócioeducativa que, não pune, mas compensa, dissuade e educa.

⁴⁶⁵ In Validity of the theory of compensatory damages. in **Yale Law Journal**. Yale Law Journal Company Inc., New Haven, Conn., v. XXVII, n. 5, p. 597 e 592, 1918 *apud* GONÇALVES, Vitor Fernandes Gonçalves. **A punição na responsabilidade civil**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 26-27.

⁴⁶⁶ PÜSCHEL, Flávia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no Direito Civil brasileiro: uma proposta de investigação empírica. **Revista de Direito GV**. jul. – dez. 2007. v. 3. n.º. 21. p. 30.

⁴⁶⁷ Segundo Lourenço a responsabilidade civil poderá assumir função punitiva, sem perder, contudo, o caráter civil compensatório, denominando-a de *indenização compensatória-punitiva*. “Com efeito, ainda que tenham de decidir da procedência de pedidos de ‘indenização’ civil, ‘rectius’, de **compensação punitiva** (p.ex., a vítima de um crime de ofensas à integridade física), aquelas instâncias criminais nunca levantaram a questão de saber se o agente que é submetido, admitamos, a uma pena de prisão, é punido duas vezes, se for obrigado a pagar uma compensação punitiva por danos não patrimoniais sofrido pela vítima. Como o montante que o lesado recebe é chamado de ‘indenização civil’, ficciona-se a existência de uma reparação civil de danos não patrimoniais (irreparáveis), a que acresce uma punição penal, a pena de prisão, pelo que não faz sentido dizer que existe dupla punição. Contudo, parece-nos que a **punição civil existe: o momento punitivo encontra-se escondido por detrás do ‘véu indenizatório**, constituído pelo dogma da função exclusivamente reparatória da responsabilidade civil. Mas o princípio do ‘non bis in idem’ não é violado porque o escopo punitivo do Direito penal não colide, e é distinto da função punitiva da responsabilidade civil, pois esta consubstancia o reverso da compensação do lesado, ou seja, neste caso existe ainda uma ligação com o lesado e com o dano” (negritos originais). in LOURENÇO, Paula Meira. **A função punitiva da responsabilidade civil**. Coimbra Editora: 2006, p. 286, 418-419.

19.2. ‘*Bis in idem*’ e ‘*Nullum crimen nulla poena sine lege*’.

Esclareceu-se, anteriormente, que a compensação não patrimonial trata-se de sanção compensatória e não sanção punitiva. Dessa forma não ocorrerá a dupla penalização do ofensor (*bis in idem*) no caso de sua condenação pelo juízo criminal e pelo juízo cível, já que no primeiro há a punição do ofensor pela sua conduta e no segundo a compensação do dano ao lesado, satisfazendo-se este com o cumprimento da sanção sócioeducativa.

Verifica-se que também não há a violação do princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege*, assegurado pelo artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal (“*Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”), uma vez que a sanção sócioeducativa trata-se, repita-se, de sanção compensatória e não de sanção punitiva. Esta última demandaria previsão legal do ato ilícito, posto que *crimen*, para a incidência da pena. O que não ocorre com a sanção sócioeducativa tendo em vista sua natureza civil, portanto, *delicta*.

Assim, a responsabilidade penal não perde a sua finalidade com este mecanismo de compensação do dano. Será mantida nos mesmos termos, sendo desnecessária a previsão legal do ato ilícito e das tipificações de sanção sócioeducativa para a compensação não patrimonial.

19.3. Utilização da sanção sócioeducativa nos casos de responsabilidade civil não originados de ato ilícito.

Verificou-se no início deste trabalho que várias são as fontes da responsabilidade civil – tais como o abuso de direito, o ato lícito, o enriquecimento sem causa, os fatos jurídicos (de coisa ou animal), e os atos unilaterais - não se limitando, portanto, ao ato ilícito - que se caracterizaria como um elemento do pressuposto ação. Isso porque a base da responsabilidade civil está no princípio do *alterae non laedere* (não lesar aos demais) tendo como consequência, o *restitutio in integrum* (recompôr o lesado do dano) almejando-se o *status quo ante damnum* (estado anterior ao dano). Tanto assim o é que a teoria da reparação de danos somente se desenvolveu quando os questionamentos sobre a culpa foram afastados,

estruturando a responsabilidade civil sob a restauração do equilíbrio econômico-jurídico provocado pelo dano⁴⁶⁸.

Assim, a sanção sócioeducativa, por ser forma de compensação do dano, poderá ser aplicada a todos os casos de responsabilidade civil, desde que preenchidos os requisitos de aplicabilidade da sanção.

19.4. Ausência de previsão legal.

Todas as análises realizadas demonstram a desnecessidade de previsão legal da sanção sócioeducativa, considerando que esta consiste em mera obrigação de fazer ou não fazer (modalidades de obrigação previstas no Código Civil), bem como a *compensação* do dano ser um mecanismo pacífico na doutrina e jurisprudência de satisfação do dano, quando impossível a reparação do dano ou assim desejado pelo lesado.

Ponto controverso seria a responsabilização desvinculada do caráter patrimonial da indenização (*caput* do artigo 944 do Código Civil: “A *indenização mede-se pela extensão do dano*”), já que as disposições do Código Civil remetem que as *perdas e danos* consistem no dano emergente e no lucro cessante (artigo 402 do Código Civil). Entende-se que, para tornar claro a controvérsia da possibilidade ou não da compensação do dano sugere-se a previsão legal para que conste a compensação do dano, conforme texto inserido em negrito:

*Artigo 944 do Código Civil: A indenização mede-se pela extensão do dano **ou no que razoavelmente compensar o lesado**. Parágrafo único: Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.*

Poder-se-ia, ainda, argumentar que a nomenclatura *indenização* não se faz apropriada por expressar a patrimonialidade da prestação da obrigação de reparar. Como já anteriormente observado, o significado de indenização é a reparação total do dano, que, por maus usos, também representa a reparação parcial do dano ou a própria compensação do dano⁴⁶⁹. Ousa-se

⁴⁶⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2ª Ed., 3ª tir., rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p.14-25.

⁴⁶⁹ LOTUFO, Renan. **Curso avançado de Direito Civil**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1. p. 311 e 313.

a dizer que a indenização passou a ser um sinônimo da prestação da obrigação de reparar o dano.

Assim, entende-se que a utilização da nomenclatura indenização poderá ser mantida, inclusive para os casos de compensação não patrimonial, pois a palavra indenização, hoje, consiste em *prestação* da obrigação de reparar total ou parcialmente o dano, a qual, segundo o posicionamento ao qual se filia, poderá ser patrimonial ou não patrimonial.

19.5. Sanção sócioeducativa no caso de existência de seguro de danos.

Estando assegurado por um contrato de seguro, o ofensor ou o responsabilizado pelo dano possuem a garantia somente quanto à reparação ou compensação patrimonial do dano (segundo a própria natureza do contrato, bem como da disposição legal – artigo 778 e seguintes do Código Civil⁴⁷⁰). Como a compensação não patrimonial trata-se de uma opção do lesado à reparação ou compensação patrimonial, aquela poderá ser aplicada ao invés do recebimento da indenização pelo sinistro.

Verifica-se que a compensação não patrimonial por meio da sanção sócioeducativa fomenta a responsabilização dos ofensores ou responsáveis pelo dano, já que impossível serem assegurados quanto à obrigação de fazer e não fazer, visto que não estão no âmbito patrimonial, mas sim pessoal, a qual se entende possível pela garantia da tutela da dignidade da pessoa do ofensor.

⁴⁷⁰ Código Civil brasileiro. “Art. 778. Nos seguros de dano, a garantia prometida não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento da conclusão do contrato, sob pena do disposto no art. 766, e sem prejuízo da ação penal que no caso couber. Art. 779. O risco do seguro compreenderá todos os prejuízos resultantes ou conseqüentes, como sejam os estragos ocasionados para evitar o sinistro, minorar o dano, ou salvar a coisa. Art. 781. A indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro, e, em hipótese alguma, o limite máximo da garantia fixado na apólice, salvo em caso de mora do segurador”.

20. Conclusão.

A voraz propagação da responsabilidade civil objetiva proporcionou o sensível afastamento da análise da culpa do ofensor. Corroboram para o então denominado ocaso da culpa os julgados que presumem a culpa (*in re ipsa*) na responsabilidade extracontratual e a ampliação dos deveres de comportamento em virtude da boa-fé objetiva. Nesse cenário, o dano e o nexo de causalidade ganham maior importância que a culpabilidade nos pressupostos e fundamentos da responsabilidade civil, tornando a culpa um aspecto do complexo juízo da responsabilidade civil.

Curiosamente, a responsabilidade penal enfrenta um movimento bastante similar ao da responsabilidade civil: penalização do infrator culpado, em um mecanismo de Justiça retributiva, não proporciona efeitos eficazes para a sociedade (como a ressocialização do infrator ou da diminuição dos danos e crimes) e, principalmente, de reparação da vítima.

Tanto no âmbito civil como no penal, verifica-se a preocupação fundamental com a reparação do dano à vítima e à sociedade. Tal importância está fundada na necessidade de controle social das condutas para, conseqüentemente, proporcionar harmonia e paz social. Entretanto, percebe-se que as sanções, tanto civis como penais, não proporcionam real responsabilização dos indivíduos, uma vez que estes aprendem a suportar tais sanções sem qualquer consciência da responsabilização, acarretando uma falsa paz social.

Necessário, portanto, a construção de novos mecanismos jurídicos, ou melhor, uma diferente utilização dos que já existem, para proporcionar consciência dos atos e condutas danosas que, ao sedimentar-se no indivíduo, proporcionarão transformação social, sem, contudo, atrelar-se essencialmente a questões econômicas, como as sanções positivas. Não se acredita que seja o momento para implementar o estímulo de boas condutas (através de sanções positivas), pois há ainda, em um país com o perfil do Brasil, um risco muito grande de se premiar condutas normais ao invés das supercondutas, perdendo-se o sentido do instituto – qual seja, fomentar não só o cumprimento da norma jurídica, mas uma melhor forma de cumpri-la.

Este estudo possibilitou a observação da estrutura da responsabilidade civil sob a perspectiva das suas funções, identificando que as obrigações de fazer e não fazer poderiam ser sanções negativas por compensarem não patrimonialmente o dano. E, assim, proporcionariam, ao mesmo tempo, controle (pela apreensão e reparação/compensação do dano) e direção social (pelo fomento de boas condutas decorrentes da educação do ofensor e da sociedade).

Em um primeiro momento, a proposta de uma compensação não patrimonial do dano através de uma sanção sócioeducativa pode parecer utópica ou ausente de operabilidade. Quem disporia do seu direito de ser reparado ou compensado patrimonialmente para ser compensado de forma não patrimonial? Provavelmente, diriam: falta-lhe razão!

Acredita-se que tal visão está ligada aos arraigados conceitos de patrimonialidade, tanto no âmbito das obrigações como no da responsabilidade. Com a atual tendência de assegurar valores existenciais do homem, mais que razoável assegurar não só a imaterialidade da obrigação (a exemplo das obrigações decorrentes do Direito da Personalidade ou do Direito de Família), como também a imaterialidade das prestações da obrigação de compensar o dano.

Assim, o movimento de despatrimonialização nascido com a assunção dos danos extrapatrimoniais, consequência da violação dos Direitos da Personalidade, inicia a sua segunda geração: além da esfera do dano, a despatrimonialização agora também ocorre no âmbito da prestação da obrigação de compensar o dano.

Trata-se de uma relativização de conceitos que possibilita que a obrigação de tornar indene o lesado consiga satisfazê-lo do dano, da forma mais próxima da total satisfação, acolhendo, portanto, os seus anseios não só patrimoniais, mas também, se estiver imbuído de solidariedade, os interesses de beneficiar a coletividade através da transformação do ofensor. Ressalta-se que não se almeja fomentar uma vingança privada mascarada pela condenação judicial da sanção sócioeducativa. Por outro lado. Busca-se proporcionar satisfação ao lesado e educação do ofensor acarretando uma efetiva prevenção de danos e mudança social. Insere-se aqui um novo paradigma.

Entende-se que a diminuição do patrimônio do ofensor para reparação ou compensação patrimonial do lesado limita-se tão somente a um mecanismo de controle social, que por vezes

é ineficaz. Ademais, o ofensor pode acostumar-se com as responsabilizações sem de fato assumi-las (sem transformar sua consciência) por possuir patrimônio ou por contingenciá-lo, por, eventualmente, lucrar com dano. Poderá também o ofensor não possuir qualquer patrimônio, sendo condenado a uma sanção que não pode cumprir.

A patrimonialidade da responsabilidade civil proporciona um efeito preventivo mínimo: àqueles que possuem pouco patrimônio (pois, quando acionados judicialmente, são privados do seu patrimônio pela obrigação de indenizar, sendo dissuadidos pelo ônus do empobrecimento) ou àqueles que têm consciência dos efeitos do dano.

Almeja-se com a função educativa da responsabilidade civil uma prevenção mais abrangente e perene, já que a educação consiste em um processo de dar (a alguém) todos os meios necessários ao pleno desenvolvimento de sua personalidade. Assim, possibilitar a educação do ofensor é proporcionar à sociedade desenvolvimento intelectual e ético, conferindo ao ofensor ou responsabilizado a oportunidade de conscientizar-se dos seus atos e condutas.

Por isso, conclui-se por uma responsabilidade civil, moldada à população Brasileira carente de patrimônio e de educação, que possa instrumentalizar um mecanismo de direção de condutas, para, assim, proporcionar mudança na sociedade do “jeitinho”. Ousa-se a dizer em uma mudança para proporcionar uma nova ordem social em que as obrigações serão cumpridas, aumentando-se a assunção da responsabilidade dos indivíduos e, conseqüentemente, reduzindo-se os danos não só individuais, mas também em prol da coletividade. Ressalta-se que a sanção sócioeducativa como compensação não patrimonial proporciona resultados diretos também àqueles que possuem patrimônio, já que a carência aqui é da consciência de responsabilidade, o que corresponde à falta de educação (seja ela formal, profissional, familiar ou ética), proporcionando uma sociedade desarmônica e injusta.

Encontra-se um ponto de delicado desfecho. A sociedade brasileira necessita de direção de condutas e não só o seu controle. Pode-se comparar tal situação com a dos pais que sabem que a formação dos filhos não se limita aos castigos, castrações e repreensões, uma vez que não serão vigiados pelos pais pelo resto de suas vidas. Sabem que os filhos necessitam também de exemplos e educação, pois estes ensinamentos proporcionam a consciência da criança que persistirá na conduta do adulto no futuro.

Acredita-se que, no Brasil, as condutas danosas, sejam civis ou penais, são, em sua maioria, uma consequência da carência de educação dos cidadãos. Esta, por sua vez, decorre da falta de investimentos, quiçá interesse político; do acelerado movimento de urbanização que intensificou a carga horária de trabalho e de deslocamento dos gestores da família, afastando-os do convívio dos seus filhos e transferindo à rede de ensino (pública ou privada) a educação ética e cultural; da violência urbana e do individualismo que impedem o convívio dos cidadãos com os vizinhos e demais pessoas que fazem da sua vida social.

A existência e interação desses grupos (família, vizinhos, bairro – denominados de grupos primários ou relações primárias) são de extrema importância, pois seus membros compartilham normas e valores. Consequentemente, com a diminuição da influência dos grupos primários, geram-se indivíduos que possuem imensas dificuldades no convívio social, já que as suas relações secundárias (todas as demais relações em contextos sociais específicos, sendo extragrupos/relações primárias) são impessoais, isoladas, e genéricas acarretando falta de compromisso e do sentido de fazer parte, de associar-se e cooperar com uma pessoa ou grupo.

Isso proporciona um maior número de conflitos nas relações jurídicas, demandando mais controle social do Estado, através do judiciário e da polícia, por exemplo, desviando, consequentemente, recursos financeiros e humanos dos mecanismos de direção social. Não se pretende dizer que os mecanismos de controle social deverão ser abolidos. Pelo contrário, eles são fundamentais à vida em sociedade.

Acredita-se, contudo, que é a constituição (“construção”) dos cidadãos está falha, seja pela falta de educação formal, familiar, ética ou cultural, seja pela ausência do convívio familiar ou dos demais grupos sociais. Para suprir esta deficiência, entende-se que a sanção sócioeducativa como forma de compensação não patrimonial do dano consiste em mecanismo dúplice: de controle (por meio da satisfação do lesado e dissuasão do ofensor) e de direção social (através da educação do ofensor e, indiretamente, da sociedade). Ademais, a sanção sócioeducativa também não é punitiva, sendo desnecessária a análise da culpabilidade do dano, seguindo-se a tendência atual da responsabilidade civil. A função maior deste mecanismo, além da compensação do dano e da dissuasão do ofensor, é conferir a

oportunidade de conscientização das condutas irresponsáveis para que, assim, com uma transformação no responsabilizado e na sociedade, seja possível a redução dos danos.

Como já mencionado, tal mecanismo não necessita de modificações da estrutura da responsabilidade civil, mas sim a observação das suas funções que traz em seu bojo. Assim, a evolução natural da despatrimonialização (do dano para a compensação do dano), proporciona a aplicabilidade das sanções sócioeducativas, que nada mais são do que obrigações de fazer e não fazer, que correspondem a obrigação de “reparar” o dano. Não havendo, portanto, qualquer impedimento ou violação legal.

Importante ressaltar que o lesado possui um papel fundamental para a aplicabilidade do mecanismo, uma vez que é ele quem, em um ato de solidariedade, dispõe do seu direito de reparação ou compensação patrimonial, para que o ofensor ou responsabilizado compense-o de forma não patrimonial por meio da sanção sócioeducativa que produz efeitos de direção social para o ofensor e toda a sociedade.

Em suma, a sanção sócioeducativa como compensação não patrimonial do dano proporciona a funcionalização da responsabilidade civil, pois expressa a sua função social através da (i) solidariedade do lesado, que prefere o seu empobrecimento patrimonial em prol de um benefício indireto, qual seja, a dissuasão de condutas danosas através da educação do ofensor; (ii) educação do ofensor e da sociedade, proporcionando direção social das condutas pela transformação do intelecto e ética do indivíduo; (iii) eficácia da lei civil, expressão da aplicabilidade da compensação não patrimonial às circunstâncias em que a reparação ou compensação patrimonial não proporciona a dissuasão das condutas danosas ou a satisfação do lesado (como nos casos em que o ofensor não possui patrimônio para a reparação, bem como quando o valor pecuniário for insignificante ao ofensor); iv) proteção à dignidade da pessoa do lesado e do ofensor, pois proporciona satisfação ao lesado em qualquer circunstância (inclusive na insolvência do ofensor) e quando do cumprimento da sanção sócioeducativa pelo ofensor assegura-lhe integralmente os seus Direitos da Personalidade; v) responsabilização de pessoas jurídicas, através dos seus representantes legais, acarretando na conscientização e educação dos seus colaboradores e na conscientização dos danos da pessoa jurídica; e a vi) responsabilização das pessoas que não possuem patrimônio, oferecendo ao lesado a opção da compensação do dano por um benefício indireto, posto que em prol da sociedade.

Deseja-se que o “jeitinho” e a “malandragem” da cultura Brasileira permaneçam nas artes, na música, na forma de encarar as dificuldades, na cordialidade do homem, na alegria, mas não afaste a responsabilidade em qualquer de uma das suas esferas, inclusive na jurídica, em prol do “desenvolvimento sustentável” de uma sociedade justa e pacífica: de um país do futuro (?).

21. Referências bibliográficas

AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e Justiça Restaurativa: A humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais.** São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano.** Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. II.

ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas conseqüências.** 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1949.

ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral.** 10ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1.

APARÍCIO, Márcia de Oliveira Ferreira. Cláusulas gerais: a incompletude satisfatória do Sistema. In LOTUFO, Renan (Coord.). **Sistema e tópica na interpretação do ordenamento.** Barueri: Manole, 2006.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Istituzioni di Diritto Romano.** Quattordicesima edizione riveduta. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1960.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito – Introdução e Teoria Geral.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução.** 11ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Estudos e pareceres de Direito Privado.** São Paulo: Saraiva, 2004.

_____ Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. **Revista Trimestral de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Padma. jul. - set. 2004. v. 19.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. **Efeitos do negócio jurídico.** Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação do Dano Moral.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

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

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Lejus, 1999.

CARVAL, Suzanne. **La responsabilité civile dans as fonction de peine privée**. Bibliothèque de droit prive, Tome 250. Paris: L.G.D.J., 1995.

CASILLO, João. **Dano à pessoa e a sua indenização**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

CASTILHO, Ricardo. **Justiça social e distributiva**: desafios para concretizar os direitos sociais. Saraiva: São Paulo, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2ª Ed., 3ª tir., rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina. 1979.

D'AGOSTINHO, Francesco. **Enciclopedia del diritto**. [Varese?]: Dott. A. Giuffrè Editore. 1989. v. 41.

DELMANTO, Celso et al. **Código Penal comentado**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____ **Curso de Direito Civil brasileiro**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 9ª Ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

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

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2007.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Termos jurídicos indeterminados: interpretação ou discricionariedade judicial? Ênfase nos princípios jurídicos. In LOTUFO, Renan (Coord.). **Sistema e tópicos na interpretação do ordenamento**. Barueri: Manole, 2006.

GOMES PINTO, Renato Sócrates. Justiça restaurativa é possível no Brasil? in SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; e GOMES PINTO, R. (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). 2005.

GOMES, José Jairo. **Responsabilidade Civil e Eticidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____ Responsabilidade civil na pós-modernidade: influência da solidariedade e da cooperação. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. jul. – set. 2005. n° 23. ano 6.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. São Paulo: Forense. 1968.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A punição na responsabilidade civil**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Responsabilidade civil na engenharia genética**. São Paulo: Editora Federal, 2006.

JHERING, Rudolf Von. **A finalidade do Direito**. Rio de Janeiro: Rio, 1979. v. I e II.

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Tradução Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 3ª Ed. Coimbra: Armênio Amado, 1974.

KEMPIN JR., Frederick G. **Historical introduction to Anglo-American Law** – in a nut shell. Second Edition. St. Paul, Minn.: West Publishing CO., 1973.

KONDER, Carlos Nelson e RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e a patrimonialidade da prestação. In TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. II.

LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1958. Tomo I.

LARRAURI, Elena. Tendências actuais de la justicia restauradora. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. nov. - dez. 2004. nº 51.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960.

LOPEZ, Teresa Anaconda. **O dano estético** – Responsabilidade civil. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. II

LOTUFO, Renan. **Curso avançado de Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

LOURENÇO, Paula Meira. **A função da responsabilidade civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. O dano social e sua reparação. **Revista LTr**, São Paulo, nov. 2007. v. 71. nº 11.

MALUF, Renata Chade Cattini. **O aspecto punitivo da reparação do dano moral**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Julho 1998. v. 753.

_____ e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____ e PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (‘punitive damages’ e o Direito Brasileiro). **Revista CEJ** do Conselho da Justiça Federal, Brasília. jan. - mar. 2005. nº 28.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Assunção de dívida no Direito Civil constitucional: aspectos relevantes da modalidade obrigacional. in NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo**: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2008.

_____ Direitos Humanos do Devedor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. jul. – set. 2001. nº 39.

_____ Do estado de perigo, in LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____ **Princípio da justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATOS, Eneas de Oliveira. **Dano moral e dano estético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MAZEAUD, Henri e MAZEAUD Leon. **Traité Théorique et pratique de la responsabilité civile**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947 - 1950. v. I e III.

MELO, Diogo L. Machado de. A função punitiva da reparação dos danos morais (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais – artigo 883, parágrafo único

do Código Civil). in DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). **Questões controversas – Responsabilidade civil**. Série de grandes temas de Direito Privado. São Paulo: Método, 2006. v. 5.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1966. nº 53.

MONTORO, Andre Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____ O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade. in NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimento contemporâneo da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**. mar. 1999. v 761.

_____ **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 2ª Ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____ **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PORTO, Leonardo Sartori. **Filosofia da Educação**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.

PORTO, Mário Moacyr. **Temas de responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

PÜSCHEL, Flávia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no Direito Civil brasileiro: uma proposta de investigação empírica. **Revista de Direito GV**. jul. – dez. 2007. v. 3. nº 21.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Tradução de Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2002.

ROSENTHAL, Sérgio. **A punibilidade e a sua extinção pela reparação do dano**. São Paulo: Dialética, 2005.

RUGGIERO, Roberto. **Instituições de Direito Civil**. Tradutor Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1957. v. 1.

SALGADO, Gisele Mascarelli. **Sanção na teoria do direito de Norberto Bobbio**. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTOS, Antônio Jerová dos. **Dano moral indenizável**. 3ª Ed. São Paulo: Método, 2001.

SAVATIER. **Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui**. (Socialisation de la responsabilité et de risques), Deuxième édition. Paris: Librairie Dalloz, 1952.

SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. São Paulo. v. 12.

_____ **Novos paradigmas da responsabilidade civil** – Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. Atlas: São Paulo. 2007.

SCURO NETO, Pedro. Por uma Justiça Restaurativa ‘real e possível’. **Revista da AJURIS** – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Escola Superior da Magistratura. Porto Alegre, Ano XXXII, nº 99, set. 2005.

SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de Direito Civil**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.

SILVA, Clovis V. do Couto. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

_____ O conceito de dano no direito comparado. **Revista dos Tribunais** São Paulo: Revista dos Tribunais. maio 1999. v. 80. nº 667.

TARTUCE, Flávio. Reflexões sobre o dano social. In HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; SIMÃO, José Fernando (Coord.). **Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade**. Porto Alegre: Magister, 2009. v. 2.

TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um Direito Civil constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. São Paulo. jul. – set. 1993. nº 65. Ano 17.

TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. **Droit civil**. Les obligations. 6^e édition. Paris: Dalloz, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito processual civil** – processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 2.

TUNC, André. **La responsabilité civile**. 2ª Ed. Paris: Economica. 1989.

ULIAN, Eduardo. **Responsabilidade civil punitiva**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003.

VASCONCELOS, Arnaldo. Sanção I. in FRANÇA, Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 66.

VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil**: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages do direito comparado e brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

VIANNA, Ragner Limongeli. A dignidade humana comporta indenização módica? In NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Temas relevantes do Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2008.

VILLATORE, Marco Antônio e GOMES, Eduardo Biacchi. Aspectos sociais e econômicos da livre circulação de trabalhadores e o dumping social. in AZEVEDO, André Jobin de (coord.). **Anais Congresso Internacional de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2007.

VINEY, Geneviève. **Traité de droit civil**: les obligations, la responsabilité: effets. 2ª Ed. Paris: L.G.D.J., 1988.

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no Direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

ZENUN, Augusto. **Dano moral e sua reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

22. Referências da internet

Direitos Humanos

NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 24 fev. 2010.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos in CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. 7 - 22 nov. 1969. San Jose da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>>. Acesso em: 1 fev. 2010.

Analfabetismo

BRASIL. Ministério da educação. Estudo detalha situação do analfabetismo no País. Indicadores do INEP, IBGE e PNUD estão reunidos no Mapa do Analfabetismo, que traz informações de todos os municípios brasileiros. **Notícias**. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). 4 jun. 2003. Disponível em: <http://www.inep.gov.br/imprensa/noticias/outras/news03_19.htm>. Acesso em: 11 set. 2009.

Legislação Brasileira

BRASIL. Mensagem de veto nº 1.447 (25 nov. 1998) do Projeto de Lei nº 2.684/1996 (nº 32/97 no Senado Federal). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/1998/Mv1447-98.htm>. Acesso em: 27 jun. 2009.

BRASIL. Novo Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado. Biblioteca Digital do Senado Federal do Brasil. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/70319>>. Acesso em: 01 mar. 2010.

Dano social e dano moral coletivo

BESSA, Leonardo Roscoe. Dano Moral Coletivo. Portal **Clube Jurídico do Brasil**. Artigos. [S.I.], 04 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.11175>>. Acesso em 19 mar. 2010.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Indenização por Dano Social pela Agressão Voluntária e Reincidente aos Direitos Trabalhistas. In CONGRESSO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. **Trabalhos científicos**. 2006. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/hotsite/conamat06/trab_cientificos/teses/indeniza%C3%A7%C3%A3o%20suplementar.rtf>. Acesso em 19 mar. 2010.

BRASIL. Ministério da Justiça. Telefônicas podem pagar indenização por desrespeitar consumidores. **Notícias**. 28 jul. 2009. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ08DEBD27ITEMID322CD76F3F144AB09C69CAB0B1FFFC10PTBRIE.htm>>. Acesso em 19 mar. 2010.

Notícias Programa Bolsa Família:

Generosidade. **Revista Época on line**. [São Paulo], 11 nov. 2004. Edição 339. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG67440-5988-339,00.html>>. Acesso em: 19 mar. 2010.

INSTITUTO DE CULTURA E CIDADANIA. Ione Pereira Machado. **A voz do cidadão**. [S.I.], 23 nov. 2004. Disponível em: <<http://www.avozdocidadao.com.br/detailEditorial.asp?ID=307&SM=1%2329&pagina=16>>. Acesso em: 19 mar. 2010.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e do Combate à Fome. Programa Bolsa Família – Benefícios e condicionalidades. [Brasília], [2009?]. <http://www.mds.gov.br/bolsafamilia/o_programa_bolsa_familia/beneficios-e-contrapartidas>. Acesso em: 19 mar. 2010.

SODRÉ, Muniz. Imprensa e as lições de simplicidade. **Observatório da imprensa**, [S.I.], 16 nov. 2004. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/artigos.asp?cod=303FDS001>>. Acesso em: 19 mar. 2010.

BRASIL. Ministério do Planejamento. Um grande abraço, meu e da Marisa. **Clipping**. [Brasília], 10 nov. 2004. Disponível em <<http://www.qprocura.com.br/clip-noticias/2004/47104/Um-grande-abraco--meu-e-da-Marisa.html>> Acesso em: 19 mar. 2010.

Justiça restaurativa

NAÇÕES UNIDAS. United Nations Economic and Social Council. **ECOSOC Resolution 2002/12**. Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters. 24 jul. 2002. Disponível em: <<http://www.un.org/ecosoc/docs/2002/Resolution%202002-12.pdf>>. Acesso em 18 set. 2009.

MCCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. Em Busca de um Paradigma: Uma Teoria de Justiça Restaurativa. In XIII Congresso Mundial de Criminologia, 10 a 15 ago. 2003, Rio de Janeiro. **Trabalhos**. Disponível em: <http://www.realjustice.org/library/paradigm_port.html>. Acesso em: 18 set. 2009.

SCURO NETO, Pedro; PEREIRA, Renato Tardelli. A justiça como fator de transformação de conflitos: princípios e implementação. In Simpósio Internacional da Iniciativa Privada para a Prevenção da Criminalidade. **Contribuições**. São Paulo: NEST/Câmara de Comércio e Indústria Brasil-Alemanha. abr. 2000.. Disponível em: <<http://www.restorativejustice.org/10fulltext/scuro2>>. Acesso em: 18 set. 2009.

NAÇÕES UNIDAS e BRASIL. Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente (ILANUD/Brasil) e Ministério da Justiça do Brasil. Levantamento Nacional sobre execução de penas alternativas. **Relatório final de pesquisa** dez. 2004 – jan. 2006. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ47E6462CITEMID38622B1FFD6142648AD402215F6598F2PTBRIE.htm>>. Acesso em: 27 jun. 2009.

23. Referências de dicionários

Black's Law Dictionary. 7th edition. St. Paul: West Group, 1999.

HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

24. Referências de normas da língua portuguesa.

BRASIL. Decreto nº 6.583, de 29 de setembro de 2008. “*Promulga o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, assinado em Lisboa, em 16 de dezembro de 1990, com início de sua vigência em 1º de janeiro de 2009 e um período de transição até 31 de dezembro de 2012,*

durante o qual coexistirão a norma ortográfica atualmente em vigor e a nova norma estabelecida”.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 14724/2006**. *“Especifica os princípios gerais para elaboração de trabalhos acadêmicos (teses, dissertações e outros), visando sua apresentação à instituição (banca, comissão examinadora de professores, especialistas designados e/ou outros)”.*

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023/2002**. *“Estabelece os elementos a serem incluídos em referências. Fixa a ordem dos elementos das referências e estabelece convenções para transcrição e apresentação da informação originada do documento e/ou outras fontes de informação. Destina-se a orientar a preparação e compilação de referências de material utilizado para a produção de documentos e para inclusão em bibliografias, resumos, resenhas, resenhas, resenhas, resenhas e outros”.*

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6024/2003**. *“Estabelece um sistema de numeração progressiva das seções de documentos escritos, de modo a expor numa sequência lógica o inter-relacionamento da matéria e a permitir sua localização”.*

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)