

PAULO ROBERTO RIBEIRO NALIN

DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO E DANO EXTRAPATRIMONIAL

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin

CURITIBA

1996

DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO E DANO EXTRAPATRIMONIAL

por

Paulo Roberto Ribeiro Nalin

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre, no Curso de Pós-Graduação em Direito, pela Comissão formada pelos professores:

Orientador : _____

Prof. Luiz Edson Fachin

Prof. João Casillo

Prof. Nelson Nery Júnior

Para

Munira

Agradeço àqueles que com sinceridade me apresentaram os meandros da Ciência Jurídica e acabaram por me mostrar que uma das formas de realização da Justiça parte do estudo sério, corajoso e constante:

**Dr. Jacinto Nelson Miranda Coutinho,
Dr. Manoel Caetano Ferreira Filho,
Dr. João Casillo e
Dr. Luiz Edson Fachin.**

SUMÁRIO

- 1. Introdução / p. 1**
- 2. Breve Análise Histórica / p. 4**
- 3. Da Responsabilidade Civil / p. 19**
- 4. Do Descumprimento do Contrato / p. 116**
- 5. Conclusão / p. 182**
- 6. Índice / p. 185**
- 7. Referências Bibliográficas / p. 187**

1. INTRODUÇÃO

Qualquer trabalho científico decorre da dúvida, não discrepando a presente monografia deste raciocínio.

A indagação que pairava no espírito do monografista advinha da colocação fria e invariavelmente vulgar de que o inadimplemento do contrato poderia gerar danos extrapatrimoniais.

Afora a pobreza doutrinária nacional sobre o tema e a visão pouco definida dos Tribunais, desejava se atingir a uma explicação mais adequada de em quais circunstâncias a indenização dos danos não patrimoniais seria compensável, quando da quebra do contrato, e mais adiante, se em toda e qualquer modalidade de violação contratual a figura indenizatória se imporia.

Para tanto, dividiu-se o trabalho em duas partes significantes, precedidas de uma abordagem histórica: a da responsabilidade civil e a das modalidades de descumprimento contratual.

O trabalho redigido em paralelo, mediante apreciação de duas fontes obrigacionais, tenta resolver a indagação originalmente posta. A característica metodológica desta obra é a de que encerra dois momentos, tentando aproximá-los sistematicamente, para, em conclusão, tecer os arremates necessários.

A falta de uma base doutrinária cientificamente organizada, levou o monografista a consultar com mais afinco o

Direito Comparado, especialmente o francês, alemão, italiano e anglo-americano, sem se descuidar também de autores latino-americanos. A coleta das obras estrangeiras se deu no Brasil e exterior.

Foram utilizados acórdãos de Tribunais diversos, não como fundamento jurídico das opiniões, mas como exemplo do entendimento prático e constatação das idéias postas.

A análise histórica é tripartida quanto a origem dos danos extrapatrimoniais, as fontes obrigacionais predominantes do período romano clássico e pós-clássico e a punição dos danos morais praticados.

O enfoque histórico não se restringe a Roma, tendo sido elaborado corte temporal para o surgimento dos sistemas codificados, e as influências romanas nestes, com paralela visão do sistema europeu não continental.

A responsabilidade civil passa pela análise de seus fundamentos lógicos e jus-filosóficos.

Neste passo, verifica-se quais sejam os escopos da responsabilidade civil, não restritos, para o trabalho, a simplesmente reparar ou compensar prejuízos individuais. Entende-se pela existência de uma finalidade social ao menos concorrente ao níveis da importância equiparável de suas metas.

Analisa-se os elementos comparativos entre responsabilidade civil contratual e extracontratual, voltados à justificativa de um sistema unificado.

Há predominante especulação quanto a figura do dano, com especial exame acerca da justa compensação do prejuízo

imaterial. Sobre este tema, a postura adotada foge à ortodoxia da baixa quantificação do dano extrapatrimonial, diante da desculpa fundamentada na ausência de critérios objetivos para sua liquidação, sem que com isso se enriqueça ilícitamente ao lesado.

Quanto ao descumprimento do contrato e suas modalidades, foi o capítulo precedido da investigação acerca dos interesses contratualmente envolvidos, com olhos voltados ao princípio da boa-fé objetiva. Tal circunstância, a princípio periférica, se fez relevante no curso do trabalho, na medida em que se pressupôs o surgimento de danos extrapatrimoniais para o credor, cujos interesses contratualmente previstos se afigurassem frustrados pela quebra contratual.

As modalidades de descumprimento contratual não se reservaram àquelas expressamente previstas no Código Civil brasileiro, recorrendo-se, neste ponto, à legislação e doutrina alienígenas.

A conclusão trata de enfeixar as duas fontes obrigacionais isoladamente tratadas ao longo do texto, buscando resposta final, sem se descuidar de conclusões parciais, até mesmo por serem dois os temas abordados.

Não se ousou o original, pois sempre se partiu da viável premissa da reparação dos danos analisados quando descumprido o contrato. Objetivou-se, isto sim, um detalhamento do que se imaginava ser quase que vulgarmente o óbvio, aos moldes e limites propostos em monografia conclusiva de mestrado.

2. BREVE ANÁLISE HISTÓRICA

Conforme explicitado na nota introdutória, o trabalho está metodologicamente dividido em duas fontes do direito obrigacional: responsabilidade civil e contrato, unidos sob o enfoque do descumprimento do segundo e seus reflexos extrapatrimoniais quanto ao primeiro.

Assim, tentará se extrair em estudo histórico a possibilidade de localização, no Direito Romano, dos danos extrapatrimoniais, e ainda, mais especificamente, se recepcionados em face da quebra de contrato.

Por outro lado, traz a monografia, quadro comparativo das deficiências modernas da quantificação do dano extrapatrimonial e sua justa compensação. Implicará este brevíssimo estudo na conclusão final do trabalho.

O estudo se localiza, como um todo, nas fontes obrigacionais romanas clássicas e pós-clássicas, na medida em que a monografia se aprofunda em duas das fontes modernas das obrigações.

Daí a justificativa de se fazer um pequena inferência histórica.

No Direito Romano, desde a época clássica, a responsabilidade civil se notabilizava por atos ilícitos, contratuais e delituais, que acarretavam o pagamento de certa quantia em dinheiro ao ofendido, chamada de **poena**. Em síntese, era este o quadro do sistema de responsabilidade.

No que toca aos delitos, eram particularizados em quatro espécies: **injuria, furtum, damnun injuriam datum e rapina**. Segundo MONIER¹, o período Romano "**ancien**" conheceu, dentre os delitos denominados de privados, do **jus civile**, somente as três figuras primeiramente citadas.

De maneira muito breve serão analisadas as figuras delituais.

A **injuria**, dos delitos, é a que conservou sua essência original ao longo dos tempos, do período clássico ao Império, onde se proporcionava à vítima tanto a oportunidade de vingança quanto a de reparação. Do ponto de vista de sua definição **lata**, **injúria** dizia respeito a **acte commis sans droit**², que, no decurso dos séculos, passo a designar inúmeros atentados contra a integridade física (sentido estrito), honra e auto-estima do homem ou mesmo a castração do livre exercício de direito alheio ou atividades individuais³.

A injúria poderia ser de duas ordens: falada ou escrita, e real. A primeira se manifestava pelas palavras e a segunda pelas vias de fato, através de agressões físicas⁴.

O **furtum**, ao contrário da **injuria**, nunca proporcionou à vítima uma vingança contra o ofensor, mas tão-só a composi-

1. MONIER, Raymond. Manuel de droit romain : les obligations. p 39.

2. Na Tradução livre: atos cometidos sem justificativa legal. Atos ilícitos, em última análise.

3. MONIER, R. Obra citada. p. 41.

4. SILVA, Wilson Melo da. O dano moral e sua reparação. p. 20.

ção pecuniária. O delito em si existe desde antes da Lei das XXII Tábuas, com aspecto privado, passando a público no Império. Primeiramente identificado com a própria coisa subtraída, mudou, na época clássica, para designar a subtração em si, definição conservada até os dias atuais⁵.

O **damnum injuria datum**, de maneira mais genérica, eram todos os danos materiais causados à propriedade alheia⁶.

Por fim a **rapina**, que designava a subtração de coisa alheia mediante violência, foi criada para suprir a pouca severidade da **Lex Aquilia** quanto ao **damnum**^{7 8}.

As quatro figuras, segundo Albertario, citado por NOBREGA⁹, constituíam as únicas a implicar em um **delictum**, constituindo ao ofensor uma **obligatio** de reparação¹⁰. Era

5.MONIER, R. Obra citada. p. 49-51.

6.NOBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. p. 443.

7.MONIER, R. Obra citada. p. 62.

8.A propósito de tal colocação, verifica-se na Lex Aquilia um revelar da importância patrimonial da reparação, para a sociedade romana e dentro do que denominou LIMONGI FRANÇA suas disposições fundamentais, em três capítulos distintos, citando-se, a título de exemplo, só o seu primeiro item: "I - se alguém matar injustamente um escravo alheio ou um quadrúpede ... seja condenado a pagar o maior valor da coisa durante esse ano". Todos os itens trazem um critério objetivo de liquidação, ou ao menos o bem jurídico sujeito a reparação ("in" Responsabilidade aquiliana e suas raízes. In: CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. p. 249.)

9.NOBREGA, V.L. Obra citada. p. 444. Segundo Emilio Albertário, os ilícitos punidos pelo Direito Público eram somente os *crimen publicum*, *crimen privatus*, bem como os atos ilícitos que o direito clássico não punisse com pena pública.

10.Daqui, talvez, surge a idéia classificatória da responsabilidade civil como uma das fontes obrigacionais.

esta justamente a primeira das fontes obrigacionais romanas.

No plano das fontes, tem-se, preliminarmente, que a obrigação decorre do delito ou do contrato, o que será analisado de maneira mais profunda adiante.

Da **obligatio** surge em favor do prejudicado a **actio**¹¹, que em matéria de danos morais propriamente ditos denominava-se **actio injuriarum aestimatoria**, para os decorrentes da **injuria** falada ou escrita, sendo que para os atos de **injuria** real, a ação tinha origem na **Lex Cornelia**. A diferença entre ambas estava, somente, quanto aos prazos prescricionais, sendo para a primeira de doze e para a segunda de trinta anos, vez que seus efeitos eram idênticos¹².

Afirma APARECIDA I. AMARANTE, com base nos estudos de Ihering ("in" **De L'Actio Injuriarum**), que a partir da análise do doutrinador germânico, dúvida alguma pode restar quanto a reparabilidade de danos extrapatrimoniais no sistema romano¹³.

Ressalva há de ser feita, entretanto, quanto a inexistência, no sistema romano, de um princípio ou mesmo idéia

11. Bem verdade que em Roma não se conheceu a separação entre direito material e processual, justificando, então, a rápida conclusão do texto, pois se "(...) a Tício tocava um direito, diziam que lhe tocava a actio (...)" ("in" LIEBMANN, Enrico Tullio. Manual de direito processual civil, p. 148).

12. SILVA, W.M. Obra citada. p. 21. Esclarece o autor que a expressão aestimatoria, vem do fato do próprio lesado indicar, mediante juramento em livro sagrado, qual seria o montante de pena a ser aplicada ao lesante.

13. AMARANTE, Aparecida I. Responsabilidade civil por dano à honra. p. 17.

geral de reparabilidade de danos extrapatrimoniais¹⁴, nos termos da atual perspectiva sobre o assunto¹⁵. Tudo decorria de hipóteses bem lançadas pelos jurisconsultos **Paulus** e **Ulpiano** e pela mãos da evolução pretoriana¹⁶.

Conforme verificado anteriormente o delito da injúria tratava de acolher justamente danos morais, decorrentes da ofensa ao corpo, à liberdade e à honra do cidadão. Não faziam parte de tais delitos, porém, outros mais apurados e modernamente aceitos, ditos também imateriais, referentes às lesões decorrentes do relacionamento pessoal dos sujeitos entre si e entre sujeitos e coisas¹⁷.

De maneira muito particular, identificavam os romanos a agressão à liberdade, segundo Ulpiano, referido por WILSON MELO DA SILVA, o obstáculo feito em se pescar nos mares, de conversar, de distrair-se nos campos públicos, banhar-se nas termas, freqüentar os teatros, navegar em águas públicas, etc.¹⁸. Também cometia injúria quem abordasse, de forma insinuante, uma donzela, na via pública, ou dela tentasse afastar a acompanhante. Seguir uma mãe de família, um jovem ou uma

14.SILVA, W.M. Obra citada. p. 37.

15.CASILLO, João. Dano à pessoa e sua indenização. p. 15. Respaldo o autor sua opinião na lição de Achille Geerts.

16.SILVA, W.M. p. 30. Outro elemento de convicção do autor, quanto a inexistência de idéia geral de um princípio de reparação, estava em ressalvas hipotéticas, também previstas pelos mesmos jurisconsultos anteriormente citados, a excepcionar a reparação extrapatrimonial de certos ilícitos (p. 37).

17.SILVA, W.M. idem. ibidem.

18.SILVA, W.M. idem. p. 29.

jovem, pelas ruas, visando abordá-la, também se afigurava como injúria, bem como outras tantas hipóteses especificadas em lei e decisões pretorianas¹⁹.

Nunca ocorreu no sistema romano, em qualquer de suas fases históricas, as modalidades de dano como hoje são tratadas²⁰, não obstante a perenidade do próprio conceito de dano. Somente a classificação do ilícito e a **poena** correspondente eram abordadas.

Quanto à figura pecuniária - **poena** - por ser uma reparação do dano suportado pela vítima, era encarada como punição ao ofensor, sendo, verdadeiramente, uma multa legal e originalmente privada. A reparação da vítima estava em segundo plano, precedida da punição pecuniária e prevenção especial do agressor.

Conforme analisa WILSON MELO DA SILVA, a pena que se mandava pagar nas **actiones injuriarum** se diferenciava das penas públicas, pois destinada exclusivamente ao lesado²¹.

Dentro do plano original, aparecem as obrigações aliadas à idéia de delito. Surgem, assim, em virtude de alguma postura delitual causada por partes que não mantinham qualquer relação obrigacional. É a gênese da responsabilidade aquiliana, decorrente de um ato ilícito extracontratual.

19.SILVA, W.M. *idem*. *ibidem*.

20.Somente a título exemplificativo, PRATA, Ana ("in" Dicionário jurídico. p. 311-314), menciona vinte e três variações a designar danos específicos e distintos, v.g., dano material; dano moral; dano directo (sic); dano emergente; dano de cumprimento; dano negativo; etc.

21.SILVA, W.M. Obra citada. p. 27.

Verificada a reparabilidade de danos extrapatrimoniais em Roma, resta indagar sobre sua aplicação pela violação contratual.

Abordada a pergunta segundo as luzes de Ihering ("in" **Del interés en los Contratos**), há de se estender à fonte contratual a aplicação da teoria dos danos pela injúria. É a leitura que o autor alemão faz de um fragmento de **Papinianus**, que apontava a manutenção dos deveres de conduta de escravo comercializado, que haviam ficado claros quando da celebração do negócio²². Descumprido o dever de conduta pelo escravo, respondia pelos danos injuriosos o vendedor.

Particularmente quanto a legitimidade para responder pelo prejuízo, seja delitual, seja contratual, tem-se o fato de um "**filius familias**" ou servo agir em ato delituoso, causando dano a terceiro, de outra família. Para se evitar a guerra entre famílias, reparava-se o dano na entrega (**noxae daditio**), por ato solene (**mancipium**), do culpado pelo delito à família prejudicada, cujo **pater familias** poderia dispor de sua vida ou retê-lo com escravo²³.

Tendo como enfoque a família do agressor, faz-se mui-

22.SILVA, W.M. idem. p. 24-25. Vale a transcrição das palavras de Ihering: "La función de satisfacción del dinero no se contrae sólo a los delitos, ni al derecho a la vindicta concedida por la ley en esta materia, (...), extiéndese también a los contratos". Continua após algumas particularidades e transcrições latinas "(...) no se trata de casos excepcionales en la L. 54 citada, sino un principio jurídico general de todo los bonoe fidei iudicia; (...)".

23.BERDEJO, José Luiz Lacruz. Manual de derecho civil. p. 474.

to relevante o papel também do **pater familias**, pois, na medida em que concentrava todos os recursos da estirpe, sobre ele era imposta a obrigação de pagamento da **poena**. Observava-se, portanto, uma punição ao agressor e à família como um todo.

Percebe-se a inexistência de um poder público coercitivo na situação ilícita. Apesar da existência de governo, este exercia funções outras que não a coação pública, pouco se importando com as situações delituosas²⁴. Destacava-se, então, uma justiça privada entre as famílias.

No que toca à reparação em si, nota-se que recaía sobre o corpo do delinqüente, em face da violação a certa conduta ligada a outro indivíduo. A reparação torna-se um verdadeiro sofrimento físico por parte do ofensor²⁵.

Ressalta CHAMOUN que a reparação, neste plano, além do aspecto vingativo, inerente à própria submissão do ofensor à família da vítima - pena - , possuía o corpo do ofensor uma conotação de **garantia** à reparação. Especializava-se, já naquele momento, uma divisão referente à obrigação de reparar, mesmo que aplicada ao corpo do ofensor: uma pena e uma garantia²⁶.

Uma vez sofrendo a punição pela conduta ofensiva, não possuía o agressor a possibilidade de libertar-se, através, por exemplo, do pagamento de verba indenizatória. A reparação

24.NOBREBA, V.L. Obra citada. p. 312.

25.IGLESIAS, Juan. Instituciones de derecho romano. p. 2.

26.CHAMOUN, Ebert. Instituições de direito romano. p. 282.

era uma pena perpétua²⁷.

Na época entre 326 a 202 a.C., afigura-se um abrandamento do poder do "**pater familias**" e, em contra-partida, uma amplitude do patrimônio particular. Tal mitigação da autoridade do chefe familiar gera efeitos no plano obrigacional.

Localizam-se os efeitos advindos da maior individualização patrimonial dos membros da família, na possibilidade da realização de um acordo entre famílias, quando da hipótese de ofensa delitual. Estabeleceu-se denominar referido acordo de **pactio**, pela qual convencionava-se o pagamento de certa verba para a liberação do culpado²⁸. Conforme a Lei das XII Tábuas, descumprida a obrigação do **pactio**, surgia ao inadimplente a obrigação da servidão corporal ("**corpus obnoxium**")²⁹.

Ainda no ano de 326 a.C. surge a Lex Poetélia Papíria, que proibia e abolia a disposição corporal do credor sobre o devedor³⁰. Passa o ilícito, delitual ou não, a possuir conotação meramente obrigacional do ponto de vista do patrimônio do causador do dano. Pode-se dizer, até mesmo, que a vedação apreciada é a origem da atual regra constitucional que afasta, em termos genéricos, a prisão por dívidas nos

27.MONIER, R. Obra citada. p. 11.

28.CHAMOUN, E. Obra citada. p. 282.

29.CHAMOUN, E. idem. ibidem.

30.NOBREGA, V.L. Obra citada. p. 313.

países que detêm alguma cultura no âmbito jurídico³¹.

Além dos delitos, já refletia GAIO, nas Institutas, no sentido de nascerem as obrigações, também, dos contratos. Citado por ARIAS RAMOS, mencionava GAIO, justamente, que as obrigações nasciam dos contratos ou dos delitos³².

Sendo assim, bem traduzida a passagem de GAIO pelo romanista espanhol, que assim dizia: "**una persona es devedora de otra, o porque asi lo ano convenido de comun acuerdo, o porque la primera ho realizado contra la segunda un acto ilícito que debe reparar**"³³ (*Ominis enim obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto*)³⁴. Vale lembrar que os efeitos da *Lex Poetelia Papiria* se estendem tanto aos delitos como aos contratos.

Em um primeiro momento verifica-se a existência de duas fontes de obrigações, dentro de uma concepção histórica: os delitos e os contratos. Porém, GAIO modificou sua opinião ao perceber a insuficiência das duas únicas fontes existentes, ante a vastidão da realidade social. Elaborou, desta forma, uma terceira e ampla figura que viesse a englobar toda e qualquer hipótese obrigacional para além das modalidades já

31. Constituição da República do Brasil, art. 5º, LXVII - "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e do depositário infiel".

32. RAMOS, J. Arias. Derecho romano. p. 610.

33. Na Tradução livre: uma pessoa é devedora da outra, ou por que assim lhe seja conveniente de comum acordo, ou porque a primeira tenha praticado contra a segunda um ato ilícito que deve reparar.

34. RAMOS, J.A. *idem*. *ibidem*.

estabelecidas, como, por exemplo, através do pagamento indevido (**varie causarum figurae**)^{35 36 37}.

Por certo que as modalidades primeiramente imaginadas por GAIO não compreendiam todo o fato social, estendendo JUSTINIANO a elas outras duas, a dos **quasi ex contractu** e **quasi ex delicto**, figuras estas que, realmente, estavam englobadas na última modalidade genérica criada por GAIO³⁸.

Os quase-contratos diziam respeito a figuras próximas dos contratos, produtoras de efeitos semelhantes, mas que a elas faltava o acordo prévio de vontades (declarações volitivas recíprocas), v.g., a gestão de negócio; o pagamento indevido; tutela e curatela e outras³⁹.

No que se refere aos quase-delitos, são, da mesma forma, sancionados como os delitos, sem a exigência, entret-

35.RAMOS, J.A. idem. ibidem.

36.O pagamento indevido no Brasil não seguiu a tradição romana de encaixá-lo em regra de fonte de obrigações, refletida por meio de um princípio geral. Ao contrário tipificou sua existência ao caso do pagamento indevido.

37.Esta amplitude do entendimento de GAIO, estabelecido na Res cotidianae ou libri aureorum não seja, em verdade de autoria de GAIO e muito menos do período clássico, mas sim mera versão pós-clássica das Institutas (CHAMOUN, E. Obra citada. p. 308).

38.CHAMOUN, E. idem. ibidem.

39.CAMUS, E.F. Curso de derecho romano: derecho de obligaciones. p. 309-310.

anto, de intencionalidade do agressor⁴⁰. São os casos de responsabilidade dos habitantes de prédios (condomínios modernos), pelos objetos que despenham de suas áreas externas; ou ainda, dos hoteleiros pelos pertences dos hóspedes. Enquadrava-se aqui, também, a responsabilidade do juiz, que ao ditar uma sentença de forma negligente causava prejuízo a uma das partes⁴¹. Uma quarta figura era identificada pela do morador que suspendesse objeto para fora de sua casa que, caindo, lesionasse algum transeunte⁴².

A dificuldade em se dimensionar precisamente o conteúdo jurídico da figura em questão, importou em se dizer que eram as quatro figuras explicitadas as únicas a formar o quadro do quase-delito⁴³.

Dentro de uma concepção mais moderna de fonte das obrigações, percebe-se que as influências últimas de GAIO surtiram efeitos. Observa-se, desta forma, a postura de BONFANTE, para quem as obrigações podem nascer das mais variadas causas, podendo ser tanto de um negócio jurídico, de um ilícito, de um direito jurídico puro e simples (sem intervenção

40.Tal critério de distinção é questionado por parte dos romanistas (CHAMOUN, E. Obra citada. p. 309), objetando no que se refere ao transportar da definição romana de delito e quase-delito para os sistemas modernos, identificando-os com o ilícito doloso e culposo. MOTA PINTO ("in" Teoria geral do direito civil. p. 116) faz tal alusão, em referência ao sistema português.

41.CAMUS. E. F. Obra citada. p. 326-327.

42.NOBREGA, V.L. Obra citada. p. 336.

43.NOBREGA, V.L. idem. ibidem.

da vontade do sujeito) e, ainda, da lei⁴⁴.

Mais destacadamente, observa-se a projeção romana direta em sistemas jurídicos modernos, como no Código de Napoleão (1804) que, através de POTHIER, transportou para o sistema francês a concepção quádrupla de JUSTINIANO, no seu art. 1.370⁴⁵, e também no primeiro Código Civil italiano de 1865 (art. 1.097)⁴⁶.

Tem-se, assim, que das fontes romanas, as duas primeiramente elaboradas por GAIO - contrato e delito - persistem sem maiores variações desde a época clássica romana até os tempos hodiernos.

O fato histórico da redação e vigência do **Code de Napoleon**, não obstante a preservação da cultura romana quanto suas fontes obrigacionais, não implicou no transportar da quantificação do valor indenizatório, quiçá de um critério para o estabelecimento da liquidação, como o da **poena**.

A mera idéia da codificação, e sua concretização pelo Código Civil francês, criou, inclusive, embaraço no que tange a evolução legal, efeito ao qual não escapou a matéria da

44.BONFANTE, Pedro. Instituciones de derecho romano. p. 407.

45.PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. v. 2., p. 26-27.

46.Com o advento do Código Civil de 1942, as fontes obrigacionais foram ampliadas, com a reforma do posicionamento quádruplo, nos termos do art. 1.173: "le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico".

responsabilidade civil^{47 48}.

Desvantagem pouco evidente está em que a preocupação da codificação francesa, que mais se importou com as fontes obrigacionais em si, esquecendo-se do que talvez fosse o mais relevante - a reparação dos danos contratuais ou não - criou uma verdadeira estagnação do tema, superada que foi pelo sistema da **common law**, perceptível através da verificação do **quantum** indenizatório nas ações de reparação do sistema não continental.

Enquanto nos países da **common law** a condenação a cifras mais justas em face do dano não patrimonial, ou ao menos que dignifiquem o prejuízo sofrido, é uma prática antiga e reiterada, ao sabor do direito costumeiro. Na França,

47.CAENESEM, R. C. Van. An historical introduction to private law. Relata o autor, com moderna visão histórica dos efeitos do Código de Napoleão, que, não obstante o período de estabilidade social e jurídica após sua edição, ocorreu uma inevitável estagnação da evolução legal, inclusive do ponto de vista jurisprudencial e da formação dos novos juristas. None the less the Code civil of 1804 marked a decisive break in the gradual evolution of the law. (...) and attempted to make the traditional role of the legal scholarship superfluous, by forbidding doctrinal commentary on the codes, in the belief that the new legislation was clear and self-sufficient (p. 1). Retoma o autor sua idéia acerca dos efeitos contrários à exegese hoje recomendada do Código tratado na seguinte passagem: Judges had only to respect them and apply them strictly. (...) It was out of the question now for case law or scholarship to attempt to innovate or play a creative role (p. 147). Ilustra o autor ainda, que independentemente ter sido de o Direito Obrigacional Romano o de maior influência para o sistema da common law, baseava-se este, efetivamente, no direito costumeiro (p. 6).

48.MARTON, G. Les fondements de la responsabilité civile. p. 41. Nesta obra fundamental da responsabilidade civil em análise comparativa do Código Francês com o B.G.B., conclui o autor pela superioridade marcante do primeiro sobre o segundo, ressaltando a objetividade e precisão dos artigos específicos do Code de Napoleon, em oposição à prolixidade do texto alemão.

a superação da idéia conservadora, de que aqueles danos não seriam compensáveis, ou mesmo a ampla discussão para a justa compensação, redundou-se a elaboração de tabelas valorativas dos membros humanos.

As fontes obrigacionais em si não são obstáculo para a justa valorização do dano, mas o foram o esquecimento de um critério de quantificação do dano, mesmo que tivesse sido copiado do sistema romano pelo Código de Napoleão, a vedação à interpretação legal, e a influência daquele Código nos sistemas modernos. O Brasil, infelizmente, não escapou de tal realidade, facilmente perceptível se voltados os olhos para a jovialidade legislativa do permissivo constitucional referente a compensação do dano extrapatrimonial genérico (art. 5º, inc. X da Carta)⁴⁹.

Do exposto, tem-se que em Roma o prejuízo extrapatrimonial era reparável, pela figura da **injuria**, inclusive os decorrentes da quebra de contrato.

As fontes obrigacionais romanas, principalmente as definidas por Justiniano, foram transportadas para os sistemas modernos codificados, primeiramente pelo francês, influenciador de demais regimes jurídicos.

A preocupação com as fontes em si fez esquecer o legislador da reparação e sua quantificação, tendo sido deixada no esquecimento a punibilidade de danos extrapatrimoniais pelo sistema romano, que se fazia através da **poena**.

49.A expressão genérica vai colocada em oposição à especificidade da hipótese de reparação do dano moral à imagem, prevista no mesmo artigo constitucional, no seu inciso V.

3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1 Fundamento No Plano da Filosofia Jurídica e Senso de Justiça na Responsabilidade Civil

Como categoria jurídica que é, a responsabilidade civil possui seu fundamento no plano jus-filosófico.

Quando se imagina o instituto da responsabilidade civil, logo vem em mente o aspecto da ilicitude, concebida à luz da agressão ao interesse privado. Tal interesse privado varia com a própria eleição social de seus bens, a serem protegidos pelo Direito⁵⁰.

De qualquer forma, o ilícito é inafastável. Tal ilicitude gera um desequilíbrio social, ocorrendo quebra da harmonia coletiva.

Sob a ótica das relações sociais, indica HART que a primeira a ser atingida com tal ofensa é a própria moral, que proporciona um constante nivelamento (igualitário) entre os membros da sociedade⁵¹.

Do rompimento com o equilíbrio social, restaria a

50.CASTRONOVO, Carlos. La nuova responsabilità civile. p. 144. Menciona o autor formas de agressão a interesses privados, talvez ainda pouco conhecidos no Brasil, tais como o dano biológico e ao ambiente. Ambos possuem projeção às esferas de interesses subjetivos, proporcionada, segundo o autor, pela nova extensão legal italiana atribuída à pessoa, especialmente pela Constituição daquele país.

51.HART, Herbert L. A. O conceito de direito. p. 178

figura da justiça, a exigir "que o **status quo** moral seja re-posto na medida do possível pelo autor do ilícito"⁵².

As preciosas linhas de HART podem ser complementadas a partir da leitura Aristotélica e Tomista da justiça, traduzida como finalidade e valor do Direito, segundo BIGOTTE CHORÃO, e que se divide em três espécies: comutativa - que vem a reger os relacionamentos recíprocos entre os membros da sociedade; distributiva - relacionada aos deveres da entidade social para com seus membros e geral ou legal - que se refere aos deveres destes últimos relativamente à entidade social (grifo nosso)⁵³.

A justiça referente à responsabilidade civil é a denominada comutativa, ao abranger as relações de trocas voluntárias, lícitas ou ilícitas. As relações recíprocas entre partes, e dentro da concepção de equilíbrio social, se desenrolam sob uma relação simples entre dano, indenização e na equivalência de prestações⁵⁴.

Sob a visão ora sustentada, passa a ter relevância a concepção do que seja justo ou injusto, e até mesmo de qual homem seria justo ou injusto⁵⁵. A justiça, voltada para a recomposição da situação jurídica desestabilizada, em razão de dano, estaria comprometida com a idéia de igualdade das

52.HART, H.L.A. idem. p. 179

53.CHORÃO, Mário Bigotte. Introdução ao direito: conceito de direito. p. 82.

54.CHORÃO, M.B. idem. p. 78.

55.AZEVEDO, Plauto Faraco de. Justiça distributiva e aplicação do direito. p. 11-12.

leis, que oportuniza, ao menos em tese, idênticas condições de postulação a todos os proponentes possíveis⁵⁶.

Um entendimento desta ordem impõe um descrédito às opiniões que procuram fixar o conceito e fundamento da justiça nas estreitas linhas da legalidade: justo, para esta corrente, seria o descrito pela lei⁵⁷, ao passo que o que se sustenta, neste momento, é uma busca mais pelo conteúdo da igualdade da regra, do que por ela em si.

A isonomia de oportunidade processual aos postulantes, entretanto, não basta. Deve vir sempre tal igualdade temperada com as circunstâncias históricas em que se insere.

Em seu discurso deontológico, BOBBIO, após discorrer que a questão da justiça está relacionada a um sentido de **valor**, ou valores sociais, argumenta que a verificação da justiça passa pelo questionamento de ser a norma ao menos apta a realizar os valores históricos que inspiram um concre-

56.HART. H. L. Obra citada. p. 178. Mais adiante o autor sustenta, sempre tomando como referência a common law, que a justiça se revela, antes do que no texto da lei, pelo seu princípio geral de idêntico tratamento aos casos semelhantes. É este o senso de justiça do sistema do precedente jurisprudencial.

57.GRAU, Eros Roberto. Direito, conceito e normas jurídicas. p. 17. Explica o autor que a legalidade se opõe à legitimidade (racional, sob a ótica weberiana), podendo justificar-se a primeira somente enquanto instrumento operacional da segunda. A legalidade tem sua razão de ser exclusivamente no plano lógico-formal, baseando-se o sistema jurídico capitalista em uma justiça **legal**, sem necessário correspondente de legitimidade. O legal seria o justo.

to e determinado ordenamento jurídicos^{58 59}.

O senso de justiça, para esta monografia, está sediado na semelhante oportunidade de postulação de todo aquele identicamente agredido em seus bens. Respeitado o tempo das postulações, merecem os interesses dos diversos sujeitos de direito soluções semelhantes, o que na prática já se busca, ao menos nos Tribunais Superiores, com o procedimento de Uniformização Jurisprudencial.

O questionável, ao menos para fins da responsabilidade civil, é o posicionamento discrepante entre Tribunais e eventualmente entre Câmaras Cíveis de uma mesma Corte, que, à sombra da eqüidade, fixam **quantum** indenizatório muito variado, para danos extrapatrimoniais semelhantes⁶⁰.

58. BOBBIO, Norberto. Teoria della norma giuridica. p. 36.

59. No que toca ao seu entendimento sobre a deontologia jurídica, leciona Bobbio se tratar do relacionamento e o contraste da norma entre o mundo real e o mundo ideal (BOBBIO, N. *idem*. p. 36).

60. Exemplificativamente, tomando-se dois casos paulistas, observa-se a discrepância quanto a valoração dos danos: Responsabilidade Civil - Acidente de trânsito - Dano moral - Falecimento dos pais dos autores - art. 5º, V e X, da CF - Cabimento do dano moral - Fixação em 20 salários mínimos, com base no Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4/117/62) - Recurso parcialmente provido para esse fim (1ª TACSP - 6ª C. - Ap. - Rel. Carlos Roberto Gonçalves - j. 7.11.89 - JATACSP-RT 121/138) (grifo nosso).

Em outro caso, tem-se a seguinte posição: A indenização por protesto indevido de duplicata deve ser fixada em quantia correspondente e (sic) cem vezes o valor do título protestado, corrigido desde a data do ato. Com isso se proporciona à vítima satisfação na justa medida do abalo medido, sem enriquecimento sem causa, produzindo, em contra partida, no causador do mal, impacto bastante para dissuadi-lo de igual e novo atentado. (TJSP - 2ª C. - Ap. - Rel. Urbano Ruiz - RT 675/100) (grifo nosso). Verificam-se, em ambos os casos, prejuízos extrapatrimoniais, o

3.2 Fundamentos Lógicos da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil tem sentido, antes de sua análise jurídica, enquanto fato social⁶¹. Todo observador de um fato violador do Direito faz um juízo pessoal de responsabilidade do agressor contra os seus atos, mencionando PONTES DE MIRANDA que da relação de responsabilidade atinge-se o conceito de personalidade, pois não se concebe a concessão de reparação e a aplicação de uma sanção sem um dos dois sujeitos, respectivamente⁶².

A responsabilidade civil, acrescidos os elementos de ser fato social e de matéria ligada a personalidade, implica na sua natureza **obrigacional**. A responsabilidade civil vem sempre a constituir uma obrigação em desfavor ao agressor do interesse alheio, não sendo casual sua localização como fonte obrigacional, conforme verificado anteriormente na inferência histórica.

A estrutura lógica da obrigação, tomando-se como fon-

...Continua...

primeiro por morte e o segundo por protesto indevido. Não obstante a valorização da vida como sendo o bem mais importante para o homem, mesmo que em relação a terceiros, obteve o sujeito agredido em sua idoneidade financeira, um critério de reparação muito mais favorável do que aquele que perdeu os pais em acidente de trânsito.

61.DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. p. 2. Traz o autor, sem adotar tais concepções, em menção a Pontes de Miranda, que a responsabilidade civil pode ser enquadrada na doutrina filosófico-jurídica do livre arbítrio e entre a psicologia normal e patológica.

62.DIAS, J.A. idem. ibidem.

te a responsabilidade civil, decorre, como aborda precisamente o B.G.B., na orientação genérica dos §§ 249 e seguintes, em lesão a bem jurídico, violadora de obrigação contratual ou a bens jurídicos absolutos (§ 823, al. 1)⁶³. Da violação surge a obrigação, e por consequência o direito à reparação⁶⁴
65.

Mais especificamente toma-se da obrigação, dentro de sua estrutura de **dever + responsabilidade**, para se obter o expediente da reparação aos danos causados, o momento **respon-**

63.WESTERMANN, Harm Peter. Código civil alemão : direito das obrigações. p. 128.

64.WESTERMANN, H.P. idem, p. 126.

65.Tal clareza de definição do sistema continental europeu, razoavelmente transportável para nosso sistema, não é tão simples no regime da common law, em contradição à grande projeção social que as regras de responsabilidade civil - torts - têm neste sistema.

Não se encontrou até a presente data, nos países que adotam a common law, um princípio ou regra geral que englobe todas as "ações", sob a ótica do direito material, que fazem parte do grupo da responsabilidade civil. Oportuna a transcrição do seguinte trecho de KIONKA, Edward J. Torts. p. 1.: "closely related to the definitional dilemma is the classic question, is there a general principle of tort liability? Or are there only the laws of the individual "torts", a miscellaneous and more or less unconnected collection of nominate civil actions grouped together merely for convenience of reference? Legal scholars have debated this issue for more than a century, without resolving it satisfactorily.". A circunstância da pouca precisão científica do sistema anglo saxão sobre o tema, decorre de sua origem costumeira, e como relata o próprio autor anteriormente transcrito, a matéria em questão - torts -, em contra-senso à época das codificações, se afigura como (...) " the last bastion of the common law. Even in this age of legislation, with its proliferation of codes and uniform acts, tort law remains uncodified and largely unaffected by statute." (p. 2).

sabilidade⁶⁶.

Antes de se obter o momento da responsabilidade, ponderável a lembrança de que o **dever** decorre da violação de uma obrigação, absoluta ou relativa, pré-existente, sem o qual não se vislumbra a responsabilidade. Uma obrigação sem dever respectivo nunca poderá ser violada e, mais adiante, um dever sem ser violado não gera responsabilidade⁶⁷.

A responsabilidade somente é atribuída ao agressor, na medida do cometimento de ilícito (violação de norma que preserva interesse jurídico alheio), tornando-se sujeito de interrogatório promovido pelo mantenedor da estrutura normativa, idéia perfeita idealizada por MARTON, ao lhe perguntar o interrogante: "**pourquais as-tu manqué à ton devoir en fa-saint (ou omettant) tel ou tel acte?**"⁶⁸. Se satisfatoriamente

66.Vale lembrar das categorias que compõem a natureza jurídica da relação obrigacional: débito (Schuld) e responsabilidade (Haftung). Em um primeiro momento, observa-se uma relação comportamental entre credor e devedor, o primeiro com o poder de exigir a obrigação e o segundo com o dever de prestá-la. A responsabilidade surge no ponto de descumprimento da prestação, estando sujeito o devedor à execução forçada (VARELA, João de Matos Antunes. Direito das obrigações. v. 2. p. 413), ou da obrigação em si, se for de fato, ou de seus bens, se for de coisa. Não somente para responsabilidade contratual se aplica a Teoria da Dupla Relação, sendo, também, ao menos no sistema pátrio para a responsabilidade delitual, nos termos do art. 962 do Código Civil ("nas obrigações provenientes de delito, considera-se o devedor em mora desde de que o perpetuou").

67.MARTON, G. Obra citada. p. 272. Esclarece o autor, em nota de rodapé, que a existência de obrigação sem correspondente dever é excepcional, a qual afirmou decorrer de lex imperfecta, por exemplo, as obrigações naturais. Em nosso sistema, a espelhar tal caso, passível de citação o art. 970 do Código Civil.

68.Na tradução livre: "porque descumpriu a teu dever praticando (ou omitindo) tal ato?". Aguiar Dias (" in " Obra citada, p. 3) adota a linha do autor transcrito.

respondida a pergunta, estará livre o interrogado, entretanto, se insatisfatória, será condenado⁶⁹.

Adverte o autor, entretanto, que tal raciocínio lógico do mecanismo de compreensão da responsabilidade não merece ser tido como absoluto, pois idealizado para condições formais em processo cível ou criminal, e de garantia do contraditório ao interrogado. Entretanto, após o Direito austro-alemão, o alienado e o menor de idade são responsáveis por certos prejuízos a terceiros, independentemente da possibilidade literal de responderem a um interrogatório⁷⁰.

De qualquer sorte, a colocação lógica é válida, tanto para a responsabilidade contratual como para a extracontratual, e ainda visando atingir a qualquer bem jurídico tutelado.

69.MARTON, G. Obra citada. p. 263-264.

70.MARTON, G. idem. ibidem. O autor deixa transparecer sua oposição em face daqueles sistemas, filiando-se, decisivamente, à teoria da pas de responsabilité sans faut, pela qual a ausência de culpa implica na de responsabilidade, e que esta, para o alienado, se localiza no campo da assistência. Efetivamente, aborda sobre a imputabilidade do incapaz na condução de seus atos.

3.3 Razão de Existência da Responsabilidade Civil: construção de um conceito

Na vida comunitária afiguram-se situações causadoras de danos a membros da sociedade. Tais prejuízos decorrem de origens diversas: o condutor de um veículo atropela um transeunte; o devedor de valores não paga sua obrigação no tempo hábil; a instituição financeira não permite o levantamento de valores, depositados em seus cofres pelo depositante, e tantas outras. De qualquer maneira, dois grupos se destacam entre os inúmeros casos esparsos, a saber: o que consiste no descumprimento de um contrato e, o outro, que produz danos, independentemente da prévia relação jurídica entre causador e vítima⁷¹.

A partir da realidade social dos conflitos existentes entre causador do prejuízo e prejudicado, surgiu a necessidade da fixação de comandos normativos que viessem a silenciar dúvidas, tais como: a culpa pelo prejuízo; o montante exato dos danos; a liquidação dos mesmos; o critério de reparação, entre outros.

Sendo assim, impõe a lei ao autor de certo fato danoso, ou beneficiário de situação igualmente danosa, a obrigação de indenizar. Face a uma obrigação desta ordem, estar-se-á diante do instituto da responsabilidade civil.

71.YAGUEZ, Ricardo de Argel. Lecciones sobre responsabilidade civil. p. 10.

Por conseguinte, a responsabilidade civil destina-se a colocar o lesado na mesma situação em que se encontraria não fosse a lesão⁷².

Poder-se-ia dizer, ainda, que se refere a indenizar, "por que se procura tornar o lesado indemne dos prejuízos ou danos, (...)", reconstituindo a ele a situação que havia antes do fato danoso⁷³.

De maneira a corroborar as opiniões de seus compatriotas portugueses, ANTUNES VARELA, sobre a responsabilidade contratual, afirma que seu efeito fundamental (não cumprimento imputável ao devedor) consiste na obrigação de indenizar, tratando tal imposição com sanção legal⁷⁴.

O entendimento espanhol não discrepa do português, pois, nas palavras de YAGUEZ, a responsabilidade civil se traduz em obrigação de indenizar, sendo sanção jurídica pela conduta lesiva, em atendimento a uma elementar exigência éti-

72.PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria geral do direito civil. p. 114.

73.TELLES, Inocêncio Galvão. Direito das obrigações. p. 194-195.

74.VARELA, J.M.A. Das obrigações p. 91. O entendimento português pode ser sintetizado pela análise positiva dos artigos 483º ("Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indenizar o lesado pelos danos resultantes da violação") e 798º ("O devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor").

ca⁷⁵.

Mais a fundo, é encontrada, em MARTON, toda a carga de consequência da violação de uma norma pré-estabelecida se resume em sanção, afastando do plano legal qualquer norma destituída de seu efeito punitivo⁷⁶.

Ambos os sistemas suscitados priorizam quase que de forma absoluta a responsabilidade civil vinculada à reparação individual do lesado.

Todavia, a finalidade da responsabilidade civil, voltada somente à reconstituição do **status** da vítima, é circunstância jurídico-cultural que se pretende combater neste trabalho, vez que na verdade, o escopo não se restringe a tal finalidade individualista. O tema será abordado no próximo item.

No que tange à frequência da matéria no mundo jurídico⁷⁷, as situações geradoras de danos são de extrema relevân-

75.YAGUEZ, R.A. Obra citada. p. 10. Cabe a ressalva terminológica, inclusive destacada pelo autor, em nota de rodapé (p. 10), que a expressão responsabilidade civil, naquele sistema, identifica a responsabilidade aquiliana.

76.MARTON, G. Obra citada. p. 282.

77.MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. p. 7-8. Quanto a teoria pontiana da divisão dos mundos entre fático e jurídico, explica o autor: "Na sua finalidade de ordenar a conduta humana, obrigatoriamente, o direito valora os fatos e através das normas jurídicas, erige à categoria de fato jurídico aqueles que têm relevância para o relacionamento inter-humano. (...)"

A constatação de que há fatos relevantes, a que a norma jurídica imputa efeitos no plano do relacionamento inter-humano e fatos que, considerados irrelevantes, permanecem sem normatização, permite distinguir, dentro do universo dos fatos, que é o mundo em geral - ou mundo fático - um conjunto - o mundo jurídico - formado apenas pelos fatos jurídicos.

cia ao nível jurídico-legislativo, em virtude da freqüência pela qual os Tribunais se inclinam a examinar causas baseadas no instituto em apreço. Somente não superam as causas advindas das relações contratuais, o que, em verdade, em nada atinge o **status** jurídico da responsabilidade civil, em face do vasto universo do mundo jurídico privado^{78 79}.

A respeito de um conceito preciso de responsabilidade civil, observa-se que sua redação é tarefa deveras complicada. A lei nada menciona, até mesmo por que não é sua finalidade, legando à doutrina a função. A doutrina escapa de conceituá-lo, abordando, via de regra, seu efeito sancionador, procurando diferenciá-la da responsabilidade penal. Justificativa razoável para a tal dificuldade é trazida por FORCHIELLI⁸⁰, para quem o conceito é tão amplo quanto genérico o aspecto sancionador do Direito.

...Continua...

Em posição diversa (a considerar a mera valorização do fato pela norma, sem que o fato deixe seu campo original, havendo interpenetração entre elas), FACHIN, Luiz Edson ("in" Novo conceito de ato e negócio jurídico: consequências práticas p. 1.).

78.VARELA, J. M. A. Das Obrigações p. 508.

79.A efetividade do instituto da responsabilidade civil, em especial a contratual, não é tão amplamente discutida e desenvolvida no sistema inglês. Tal conclusão decorre dos recentes conflitos doutrinários traçados por Steve Hedley ("in" Contract, tort and restitution. The Jornal os Society os Public Teachers of law. p. 137-171), onde debatia-se acerca da sistematização da matéria de responsabilidade contratual, na qual deveria ser incluída, ou não, em disposição de direito obrigacional geral, juntamente com a responsabilidade civil e a reparação, ou se cada instituto deveria ser versado separadamente. Ambas as posições doutrinárias baseavam-se na amplitude, mais ou menos geral, do princípio do não enriquecimento ilícito, que para o sistema europeu-continental tem localização jurídica precisa.

80.FORCHIELLI, Paolo. Responsabilità civile. p. 3.

Entendo que a inviabilidade de um conceito específico decorre da pluralidade de elementos que o envolve, a saber: ilicitude ^{81 82} do ato praticado pelo causador do dano; a

81. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Direito das obrigações. p. 368-369. "(...) consiste na infração de um dever jurídico." Apesar da simplicidade do conceito, vale ressaltar o interessante entendimento do autor acerca da ilicitude, podendo ser revestida de duas formas especiais: "a) violação de um direito de outrem; b) violação de um preceito de lei tendente à protecção de interesses alheios". A primeira das modalidades se refere a direitos absolutos, v.g., reais e da personalidade. A segunda, está "(...) em vista a ofensa de deveres impostos por lei que vise a defesa de interesses particulares, mas sem que confira, correspondentemente, quaisquer direitos subjectivos". Indica o autor requisitos próprios para a verificação desta última modalidade: "1) que a lesão dos interesses dos particulares corresponda a ofensa de uma norma legal, entendendo-se esta expressão em termos amplos (...); 2) que se trate de interesses alheios legítimos ou juridicamente protegidos por essa norma e não de simples interesses reflexos ou por ela apenas reflexamente protegidos, enquanto tutela interesses gerais indiscriminados (...); 3) que a lesão se efective no próprio bem jurídico ou interesse privado que a lei tutela (...)". A transcrição se fazia interessante, na medida da comparação com o texto do Código Civil brasileiro, no artigo capital da responsabilidade civil (art. 159), que vem a limitar a responsabilidade civil, na medida da ofensa **individual** ("(...) ou causar prejuízo a outrem (...)"), sem a amplitude sugerida pelo tratadista português. Afirma este que o ilícito contratual guarda local próprio no sistema lusitano (art. 798º e seg.), mas insistindo na proximidade dos sistemas da responsabilidade contratual e extracontratual.

82. A ilicitude não é requisito absoluto para ser a vítima de ofensa merecedora de reparação. Situações previstas no Código Civil, especialmente a do art. 160, inc. II (estado de necessidade) e do inc. I, do mesmo artigo (exercício regular de um direito legalmente constituído), implicam em reparação à vítima do prejuízo, conforme o art. 1.519, do mesmo diploma, não obstante a ausência de ilicitude. Outros exemplos são ainda ponderáveis, tais como o desforço pessoal imediato (art. 502, do Código Civil), ou na hipótese de indústria perigosa, em face do risco pela atividade. Dentro da classificação do fato jurídico, encontram-se tais hipóteses relacionadas aos atos-fatos indenizativos, que são categorias de fato jurídico, situados entre o fato jurídico (*strictu sensu*) e o ato jurídico (*lato sensu*), pelos quais, apesar da vontade humana estar na essência do fato, a norma jurídica o releva, para enxergar somente seus efeitos, *in casu*, indenizativos ("in" MELLO, M.B. Obra citada. p. 106-109).

83. ALSINA, Jorge Bustamarte. Teoria general de la responsabilidad civil. p. 290. A culpa está sempre presente na conduta, tanto no não fazer do que deveria o sujeito ter feito, quanto no executar, quando deveria ter se omitido. Explica o autor possuir a culpa dois elementos positivos: a valorização da conduta humana, na qual, havendo um juízo de reprovação, existirá culpa, e o próprio juízo de reprovação, baseada na diligência e na prudência. A diligência consiste em se prever o previsível e adotar os mecanismos necessários para evitar o ilícito. A prudência consiste em atuar com cautela, quando previsível o dano. O conceito da culpa, por certo, é uma das categorias jurídicas mais nebulosas do Direito, vez que implica em valorização subjetiva dos atos do causador do dano. É situação de consciência. A doutrina portuguesa, na tentativa de se afastar das variantes subjetivas que envolvem o conceito de culpa, desloca os tradicionais juízos de reprovação e valorização da conduta alheia, para a imputabilidade da conduta do causador do dano ao ato ilícito. Há, desta forma, relação ao fato ilícito que não decorre de análise subjetiva, mas da mera concretização de sua hipótese jurídica. Assim, se diz "em sentido amplo, que culpa é imputação do acto ao agente" (PRATA, A. Obra citada. p. 297). Ainda, "(...) que haja uma nexa de imputação do facto (sic) ao lesante (...)" (LIMA, P. e VARELA, J.M.A. Das Obrigações p. 471).

84. Mencionado acerca do grau de dificuldade em se conceituar a culpa, cabível o exemplo de AMEZAGA, doutrinador uruguaio que, na sua tentativa conceitual, acaba por confundir culpa com ilicitude. Vejamos: "Constituye culpa en el sentido amplio de la palabra todo acto ilícito que causa un daño al derecho ajeno. (...)" (AMEZAGA, Juan Jose. Culpa contractual. p. 3)

85.A culpa, também indetificável como a relação de imputabilidade do agente causador do dano, para com o fato, possui conceito muito subjetivo. Segundo VARELA, J.M.A. Das obrigações.... p. 558, a culpa não passa de um "(...) nexu psicológico entre o facto (sic) e a vontade do lesante" (grifos no original). "(...) A culpa exprime um juízo de reprovabilidade pessoal da conduta do agente: o lesante, em face das circunstâncias específicas do caso, devia e podia ter agido de outro modo. É um juízo que assenta no nexu existente entre o facto (sic) e a vontade do autor" (p. 559).

Para além da análise conceitual da culpa, interessante a referência positiva dos sistemas cíveis europeus mais modernos e o brasileiro, no tocante a graduação da culpa, para fins de reparação civil.

O Código Civil brasileiro expressa e consagra o princípio da reparação integral, pois os artigos 159 e 1.059 daquele diploma não fazem referência à graduação da culpa para fins de apuração do montante a ser pago ao ofendido. O art. 1.060 do mesmo código reforça tal entendimento, pois expressamente afirma que independente do dolo do ofensor, a liquidação se dará no montante exato dos danos gerados. A análise da graduação da culpa, aos moldes da responsabilidade criminal, se faz desnecessária na seara cível.

O sistema português, por outro lado, consagra, no seu art. 494º, a "limitação da indenização no caso de mera culpa", referindo-se à fixação equitativa do montante a ser apurado, em grau menor aos danos causados, desde de que o grau de culpa do agente, a situação econômica das partes e demais circunstâncias o justifiquem. É o mesmo caso, v.g., do art. 814º do diploma lusitano.

O Código Civil italiano da mesma forma revela a adoção do sistema da culpa graduada. Por exemplo, no caso de responsabilidade automobilística, o art. 2.054, aponta para a isenção da responsabilidade do condutor se provar que tenha "(...) tutto il possibile per evitare il danno." Refere-se tal hipótese, conforme leciona FORCHIELLI (FORCHIELLI, P. Obra citada. p. <TRUNCADO >

85.PRATA, Ana. Obra citada. p. 866. No verbete Responsabilidade objectiva (sic), revela a autora que "Designam-se por responsabilidade objectiva genericamente as situações em que a constituição do sujeito em responsabilidade civil prescinde de uma conduta culposa ou da prática de um ato ilícito, podendo advir mesmo da prática de um acto expressamente qualificado pela lei como lícito". Cabe o destaque realizado por ALMEIDA COSTA, M.J. ("in" Noções de direito civil. p. 111-112), no sentido de afirmar que no direito português a matéria da responsabilidade por atos ilícitos não é obra própria do Código Civil, mas sim de lei especiais, cabendo o tema nos limites do direito público e do privado.

dano⁸⁷ e nexo causal⁸⁸ entre o ilícito e os prejuízos.

87.CUPIS, Adriano de. El daño. p. 81. de forma muito breve, tendo em vista que o tema será oportunamente explorado, pode-se dizer que dano, como fenômeno vulgar, na concepção do autor sugerido, não passa de prejuízo, redução ou alteração de uma situação favorável. Na medida em que referido prejuízo possa ser juridicamente qualificada passa a ser fenômeno jurídico.

88.LIMA, Pires de e VARELA, João de Matos. Código civil anotado. p. 471. Afirmam os autores que o nexo causal diz respeito "(...) ao facto (sic) praticado pelo agente e o dano sofrido pela vítima, de modo a poder afirmar-se, à luz do direito, que o dano é resultante da violação (grifo no original)".

O que reserva tal discussão, pouco prestigiada pela doutrina pátria, é justamente se saber qual fato poderia ser tido como hábil a gerar o dano.

ORLANDO GOMES ("in" Obrigações. p. 332-335), descreve acerca das teorias que enriquecem o tema, as quais, algumas, serão adiante examinadas, vindo a concluir que somente o fato ou causa mais próxima do evento danoso seria ideal a constituir o dano. Adota, portanto, a teoria da causalidade próxima. Os códigos francês (art. 1.151) e italiano (art. 1.223) a adotam. Em que pese o renome do autor brasileiro, e os diplomas indicados, a opção é insustentável.

ORLANDO GOMES toma como base de seu argumento o art. 1.060 do Código Civil pátrio, na sua interpretação literal, para deduzir pela teoria da causa próxima, estendo-a a todo o sistema da responsabilidade civil.

Por meio desta concepção o prejuízo estaria relacionado à condição que o precedeu diretamente, última no conjunto das condições de que ele depende (TELLES, Inocência Galvão. Direito das obrigações. p. 402). Tal entendimento, segundo o autor português mencionado, não explicaria, em exemplo simples, a situação de responsabilidade de um comerciante, ao ter vendido um boi doente a um fazendeiro, que, ao colocá-lo entre outros animais, vem a contaminá-los. Pela concepção da causa próxima, o responsável pelo contágio e morte dos demais animais seria o próprio fazendeiro e não o vendedor! tendo em vista que o comprador não foi o responsável pela reunião da manada.

Mais ponderável seria a adoção da teoria da causa adequada, pela qual, em um universo de prováveis causas para a verificação do dano, deverá o magistrado, segundo as regras da experiência, investigar a qual efetivamente é adequada para produzi-los (TELLES.I.G. Obra citada. p. 404). Segundo VARELA, J.M.A. ("in" Direito das obrigações. p. 257), ao abordar o sistema brasileiro, diverge da conclusão atingida por ORLANDO GOMES, afirmando que a causalidade deverá ser a adequada e não qualquer outra proveniente de meras circunstâncias fortuitas.

Não obstante a riqueza dos debates e a existência de demais teorias, o que se desejava era explicar, rapidamente, acerca da e-

A riqueza e extensão dos elementos que compõe a responsabilidade civil tornam difícil a tarefa de conceituá-la, não sendo de todo imprudente, ao invés de elaborar um conceito, relacioná-la à sua finalidade primordial: **sanção pelo desrespeito a valores socialmente reconhecidos e amparados pelas normas próprias, protetivas de direitos relativos ou absolutos**. O destaque pelos seus elementos componentes também é interessante para fins de definição.

Apesar da existência de uma finalidade genérica mais saliente, outras também compartilham o espaço em idêntica importância, as quais serão abordadas no item seguinte, onde se verificará que a face **sancionadora** do ilícito está muito aquém de ser um escopo exclusivo da responsabilidade criminal.

...Continua...

xistência das mesmas, e a orientação doutrinária que se entende ser a mais razoável.

3.4 Linhas Mestras da Responsabilidade Civil: princípios informativos

Baseia-se a responsabilidade civil, que objetiva a reparação "sincera" dos danos, em dois pilares básicos, quais sejam, no **princípio da reparação integral** dos danos ("**restitutio in integrum**") e no **papel repressivo do fato ilícito**.

O princípio da reparação integral conta com outros dois princípios informativos: princípio da prevenção e o princípio do interesse social, que serão analisados mais adiante. O papel repressivo será abordado separadamente.

O princípio da integral reparação decorre da própria função mais óbvia da responsabilidade civil, que é a de colocar o lesado na situação em que se encontrava antes do fato danoso.

Por outro lado, o papel repressivo advém da prevenção geral e especial, levada à sociedade e ao autor do fato ilícito, respectivamente. Seu escopo está em que tal ato não mais venha a ser praticado, seja por qualquer membro da sociedade, seja pelo agente causador do dano. Tal aspecto, para além da discussão circunscrita à responsabilidade contratual ou extracontratual, interessa tanto à criminal como à cível.

Diz-se, em linhas passadas, acerca da verdadeira reparação, posto que alguns sistemas legislativos, dentre eles o brasileiro, baseiam a estrutura da responsabilidade civil no princípio da reparação integral do dano, desprezando-se o

aspecto preventivo, sob a justificativa de que estar-se-ia punindo o causador do dano com uma pena privada. Alega-se, ainda, que tal função punitiva dever ser legada somente à seara criminal⁸⁹.

A afirmação de que a punição pelo ilícito, contratual ou delitual, se constitui como pena privada é falaciosa também na medida em que, por tal raciocínio, a cláusula penal indenizatória ou moratória não escaparia da lógica punitiva privada, sendo, entretanto, autorizada em lei civil.

A tentativa de reparação integral toma como base a satisfação de seu pressuposto mais essencial, que é tornar **indemne** o lesado em danos patrimoniais, conforme a redação do art. 1.059 do Código Civil⁹⁰.

Todavia, percebe-se no sistema pátrio de responsabilidade civil que os danos patrimoniais têm a possibilidade de serem reconstituídos de forma integral, o que não ocorre com os danos não patrimoniais, pois falta ao julgador um critério adequado para levar a vítima de danos daquela ordem à situa-

89.A alegação de que se estaria a instituir verdadeira pena privada, regredindo-se no tempo, é absolutamente descabida, pois é sempre o Poder Público que faz a aplicação da sanção criminal, sem qualquer sentido com uma eventual sanção pelas próprias mãos.

90.Dispõe o artigo de lei: "Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor, abrangem, além do que efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar". Ponderação há de ser feita, em salvaguarda do Código Civil, que por uma circunstância histórica os danos extrapatrimoniais não eram abertamente indenizáveis, ao menos não como categoria própria, pois os arts. 1.547 usque 1.552 não tratavam de outra coisa se não de prejuízos extrapatrimoniais.

ção em que se encontrava anteriormente ao fato ilícito⁹¹. Tal matéria será oportunamente abordada.

Outros sistemas legislativos usam o critério da reparação gradual, afastando, assim, o princípio da reparação integral, em adoção a um critério equivalente ao grau de culpabilidade do agente causador do danos: a máxima reparação estaria na idêntica medida do maior grau de culpa do seu causador, vale dizer, o dolo. Sob este prisma, a graduação de culpa passa a ter importância destacada para o sistema jurídico.

Retornando-se ao regime jurídico pátrio, despreza-se em nosso sistema o aspecto subjetivo da responsabilidade civil (culpa), no que tange a sua graduação, pois, por outro lado, o ato voluntário e, especialmente, a existência da culpa são praticamente indispensáveis, conforme prevê o art. 159 do Código Civil ("**Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, (...)**"). O grau de culpa do agente pouco importa em face da pretensão integral reparação, a que deve atender o magistrado.

Na França a orientação legislativa é idêntica à nacional, mesmo porque esta é originária daquela. Porém, afirma CARBONNIER, a partir de sua experiência sociológica que o julgador francês não está isento de sofrer a dor da vítima, vindo, invariavelmente, a levar em conta, no momento da repa-

91.O critério para liquidação de danos extrapatrimoniais no Brasil é o subjetivo. Deve o magistrado se utilizar da equidade para aferir o "quantum" indenizatório ("in" REIS, Clayton. A reparação do dano moral. p. 85).

ração, o grau de culpa utilizado pelo agente, mesmo que de maneira velada, pois a regra da ausência de importância do grau de culpa do agente é "(...) un règle plus théorique que pratique"^{92 93}.

As finalidades da responsabilidade são aplicáveis de maneira comum, seja pela contratual, seja pela extracontratual, pois, na verdade, as criações legislativas de sistemas diferenciados (com ao menos a localização distinta dos temas) não passam de construções artificiais, possuindo na essência mesmo conteúdo ético e finalidades⁹⁴.

O princípio da prevenção, pouco lembrado para fins de responsabilidade civil pelos doutrinadores pátrios, não o é pelos estrangeiros. KIONKA⁹⁵ se refere ao aspecto educacional da indenização, a operar em plano prospectivo. Teoricamente o causador de um dano, uma vez "punido" civilmente, restará mais suscetível ao cumprimento das regras legais⁹⁶.

92.CARBONNIER, Jean. Droit civil : les obligations. p. 464.

93.Na tradução livre: uma regra mais teórica do que prática.

94.MARTON. G. Obra citada. p. 401.

95.KIONKA. E.J. Obra citada. p. 10.

96.O Tribunal de Justiça de São Paulo (Ap. Cív. 198.945-1/7 - 2ªC. - J. 21.12.93 - rel. Des. Cezar Peluso) já dá indícios de ter captado a finalidade também preventiva do indenização por danos extrapatrimoniais. Neste sentido, observa-se o caso, por meio da ementa do acórdão e trecho do voto do relator: **"Indenização - Dano Moral - Arbitramento mediante estimativa prudencial que leva em conta a necessidade de satisfazer a dor da vítima e dissuadir de novo atentado o autor da ofensa"**. Salienta-se do voto: "(...) a eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação em justa medida, de modo

MARTON discorre que a prevenção se justifica mais na responsabilidade contratual que na extracontratual, pois os mecanismos probatórios⁹⁷ e especialmente excludentes de responsabilidade (ilicitude e imputabilidade de culpa) se fazem mais fortes nas relações contratuais. Assim, ao devedor convém indicar o conteúdo punitivo ao qual será condenado, caso descumpra a obrigação previamente entabulada.

Relevante se faz o texto da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que em seu art. 6º, inc. VI, aponta ser direito básico do consumidor a prevenção de prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais, o que revela o compromisso da lei com a devida antecipação, pelo julgador, no que se refere ao momento anterior ao do descumprimento do contrato e não somente sua prematura investigação antes que o mesmo se realize, mediante, v.g., o ardil da publicidade enganosa.

A prevenção é idéia a ser amadurecida.

O **princípio do interesse social**. A visão de que a responsabilidade civil se destina à reparação individual, exclusivamente, não se ajusta a atual realidade econômica dos povos que perseguem a paz e justiça social, mediante a busca pela equiparação das classes econômicas. Quando da ocorrência de danos patrimoniais não só a vítima perde, mas toda a sociedade, pois os danos emergentes e/ou lucros cessantes suportados pela vítima se refletem no meio social. É o empregado

97. Tal entendimento não se pode transportar diretamente para o sistema brasileiro, nos termos do art. 333, inc. II, do Código Processual Civil, que como será adiante explorado, implica em presunção de culpa do devedor, pelo descumprimento contratual.

que, atingido por objeto, permanece sem trabalhar; o motorista profissional que perde seu veículo em acidente, nada mais podendo transportar; a empresa credora de uma obrigação, que por ter o devedor descumprido contrato relevante, deixa de pagar salários; etc. O interesse vai muito além dos prejuízos individualmente suportados.

A consequência do princípio tratado é a da socialização dos riscos pelo dano individual. Enquanto a responsabilidade civil guarda uma relação individual entre causador do dano e lesado, quando tratado o tema a partir da sua socialização, adentra-se em questão de justiça coletiva⁹⁸. De forma concorrente a socialização dos riscos importa em preocupação do Estado para com o bem estar da vítima, independentemente da culpa ou mesmo existência de ilícito justificável pelo agressor, tudo em observância à evolução social dos riscos suportados pelo homem nas atividades do cotidiano⁹⁹.

Em preocupação com a questão posta, desenvolvem-se trabalhos científicos no melhor estilo interdisciplinar entre a Economia e o Direito, visando se aferir o custo da

98. ALMEIDA COSTA, M.J. Obra citada. p. 362. Segundo o autor, faz parte o debate, assim como o do abandono da responsabilidade pela culpa, em um dos focos mais modernos da responsabilidade civil.

99. Exemplo claro da socialização dos riscos são as indenizações ou pensões pelos acidentes de trabalho e seguro pela circulação de veículos.

indenização, projetado para a sociedade¹⁰⁰.

Sob o rótulo de modernidade, VARELA¹⁰¹ aponta projetos legislativos e opiniões doutrinárias¹⁰² pelas quais, v.g., os acidentes de viação têm o risco sociabilizado e comunizado o dano, mesmo nos casos de mal funcionamento do veículo, ignorância quanto ao causador do dano ou mesmo impossibilidade econômica do causador no que diz respeito a reparação.

Tal concepção passa por uma reavaliação da teoria da responsabilidade civil, tendo necessariamente o deslocamento da culpa, enquanto centro individualista da sistemática atual, para uma estrutura preventiva. O senso de justiça acaba por ser transferido da imputação pela culpa para a prevenção do incidente¹⁰³.

O risco do cotidiano atinge não somente o indivíduo, em um ato isolado, mas pode, ainda, importar em risco para a coletividade. Tal idéia faz ampliar a concepção da responsabilidade social para atividades ditas perigosas mas que servem à sociedade, v.g., a exploração da energia nuclear; cen-

100.A propósito, veja RODOTÀ (RODOTÀ, Stefano. Il costo degli incidenti. Interpretazione giuridica e analisi economica. p. 489-495). Comenta o autor, a obra singular Guido Calabresi que sob a ótica da common law redigiu "A Legal and Economic Analysis".

101.VARELA, J.M.A. Das obrigações p. 631.

102.VARELA, J.M.A. idem. ibidem. Cita o autor, em nota de roda-pé, Carbonier, P. Raynaud (De la responsabilité civile à la sécurité sociale) e Schilcher (Theorie der sozialen schadensverteilung).

103.RODOTÀ. S. Obra citada. p. 492.

trais de gás; oleodutos; manuseio de explosivo; transporte aéreo; etc. O risco comum encontra fundamento na justiça distributiva (*ubi commoda, ibi incommoda*)¹⁰⁴.

O aspecto da sociabilização do risco cria a projeção da responsabilidade civil para o Direito Constitucional, no que toca a atividade do legislador das finanças públicas.

Tal ônus, sem aparente preocupação por parte do legislador pátrio, já o foi pelo francês, em reconhecer os riscos de certas atividades privadas e públicas, privilegiadas pela Constituição francesa, v.g., os danos decorrentes do terrorismo, catástrofes naturais e fundo de *garantie* (segurança) automobilística¹⁰⁵.

O Estado, neste passo, se afigura como sendo o primeiro interessado pelo prejuízo do cidadão, rompendo-se com a estrutura tradicional entre o Privado e o Público, vindo a abandonar a disponibilidade dos interesses individuais, em idêntica forma do já ocorrido em outras áreas jurídicas¹⁰⁶.

104.VARELA, J.M.A. Das Obrigações.... p. 630.

105.FRANGI, Marc. Constitution et droit privé: les droits individuels et les droits économiques. p. 215-216.

106.Verifica-se, por exemplo, a questão do dirigismo contratual, com a revisão do próprio conceito de contrato, após o surgimento das relações de massa. A lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) não deixa dúvidas quanto ao ponto, vez que seu art. 1º anuncia a indisponibilidade dos interesses contratuais envolvidos, diante de serem públicos os dispositivos ali expressos.

Tal circunstância não é incomum, vez que a matéria contratual, diante de seu papel de distribuição e circulação de riquezas, é uma das categorias jurídicas a mais sofrer influências ideológicas, assumindo papéis e contextos histórico-econômicos em cada momento prevalescente (ROPPO, Enzo. O contrato. p. 30). A discussão abrilhanta-se pela opinião de ORLANDO DE CARVALHO, ao

A disponibilidade de interesses privados, conforme lançaram idéia os Códigos Civis francês (1804) e italiano (1865), decorre do conteúdo de extensa autonomia legada às partes em suas relações jurídica, em especial a contratual.

Tinha-se, na essência de tais textos, uma estrutura contratu-

...Continua...

mentar sobre a publicização de todos as zonas do Direito, não obstante ser um Estado efetivamente intervencionista ou um Estado Árbitro do liberalismo mais pródigo (CARVALHO, Orlando. Teoria geral da relação jurídica. p. 28). Ressalva o autor, em outra passagem, que mesmo em face de tal intervenção, o Direito Privado somente existe em faixa de autodeterminação do indivíduo (idem, p. 30).

No âmago da discussão, encontra-se a figura da própria codificação dita moderna, dos séculos XVIII e XIX, como sistema de lei perfeito, acabado e lógico. A atual Constituição brasileira tem influência direta no Direito Privado, em renovação das finalidades próprias das Cartas Constitucionais anteriores, ditas liberais, que só faziam busca a eliminação do Estado junto às relações privadas. A interferência direta da Constituição na ordem privada e na própria questão da autonomia individual, não obstante sua salvaguarda positiva (art. 5º, caput), indica o sinal máximo da "publicização do direito privado" (MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor. p. 164).

Ressalta a própria autora mencionada, em passagem muito particular (p. 111), quanto à equiparação de qualquer contratante - agente econômico ou profissional liberal - a vir se beneficiar com o comando do art. 29 do Código de Defesa do Consumidor, vez que a aplicabilidade de tal artigo atingiria à todas as relações contratuais privadas, mesmo que não sejam de consumo, demonstrando a grande e inevitável visão de sistema atualmente usufruída pelo Direito.

Outro exemplo clássico é o da especialização material, processual e jurisdicional do Direito do Trabalho, com seu isolamento do Direito Civil, no qual encontrava assente. A especialização do ramo em questão não é exclusiva do Brasil. Afirma HEDEMANN ("in" HEDEMANN, J.W. Tratado de derecho civil : derecho de obligaciones. p. 23-24), ao abordar acerca do tênue limite entre o Direito Público e Privado, que na Alemanha o Direito Laboral é maior exemplo de formação de " (...) ramas jurídicas propias de carácter mixto", pois, assim como no Direito pátrio (art. 1.216 usque 1.236, do Código Civil), lá a matéria hoje especializada era fruto do Código Civil alemão (B.G.B.), no seu § 611.

Caso também particular é o do Direito de Família, hoje constitucionalizado (art. 226 e seguintes, da Carta), a suscitar a idéia apontada por ASCENSÃO ("in" ASCENSÃO, José de Oliveira O direito: introdução e teoria geral. p. 266), da suposta existência de um terceiro ramo jurídico, intermediário entre o público e privado.

alista¹⁰⁷ que hoje não pode ser mais aceita sem ressalvas, até mesmo pela forte constitucionalização e indisponibilidade de tais interesses pessoais¹⁰⁸. Cita-se, como exemplo, a constitucionalização dos bens jurídicos previstos no art. 5º, incs. V e X da Carta, que são objeto de amparo dos danos extrapatrimoniais, pois tratam estes, via de regra, de direitos absolutos.

Entende-se, até mesmo, que a constitucionalização de tais bens jurídicos, originalmente amparados pelo Direito Civil e atualmente ditos direito da personalidade, implicam em renúncia ao individualismo reinante à época das codificações modernas^{109 110}.

107.O contratualismo como paradigma científico de comportamento social e submissão às leis não se restringe ao plano constitucional, sendo isto sim, suscitada pela filosofia-política, com projeção para todos os regimes legais de controle. Sobre o tema SERRES, Michel. O contrato natural. p. 47.

108.LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contrato e mudança social. p. 41.

109.BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. p. 19.

110.O individualismo ganha força justamente com a edição do Código Civil francês, influenciado pelos ideais iluministas de conquista dos direitos do homem enquanto sujeito de direitos e obrigações.

Como bem salienta FACHIN ("in" FACHIN, Luiz Edson. O novo direito civil : naufrágio ou porto? Lições de direito civil alternativo, p. 72-75), referindo-se a lição de MICHEL SERRES ("in" Obra citada, p. 49. **Todo homem, ou os homens sozinhos**), que a igualdade formal entre os sujeitos de direito, "(...), serviu para emoldurar o bem acabado sistema jurídico privado", estando desfigurado o projeto jurídico do século passado, com base em seus conceitos puros, diante das atuais exigências sociais.

3.4.1 O Papel Repressivo: responsabilidades civil e criminal

A união dos princípios componentes da reparação integral, com enfoque mais detalhado à sociabilização dos riscos e danos, justifica uma verificação um tanto quanto apurada e pouco ortodoxa no tocante ao papel repressivo da responsabilidade civil.

A análise ora proposta já valeria, bastando se referir às questões macro-econômicas - tributária e financeira - da sociabilização dos prejuízos. O Estado pode assumir a frente do interesse social da reparação, mas deverá ter uma fonte de custeio que não se distancie da própria economia particular. A repressão ao ilícito civil, em uma visão mais profunda, torna-se importante para a redução tributária.

Não se absterá o trabalho somente ao custo fiscal-tributário do sistema sociabilizado dos prejuízos.

No Brasil, em que os valores da referentes à conquista da cidadania, enquanto direitos constitucionalmente amparados, são relativamente novos, típico de uma democracia jovem, pode-se notar um certo descaso do Poder Público quanto a reparação de eventuais prejuízos daquele calibre.

O descaso passa não só pelo mínimo sistema publicizado de reparação, como ainda pelos institutos especiais legislados.

A posição legislativa francesa sofre graves críticas da doutrina sobre o tema, pois cria amarras aos tribunais na

reconstituição de valores sociais modernos passíveis de reparação, como o dano moral, que não são compensados de maneira integral, pela ausência de critérios objetivos ou falta de liberdade do magistrado em punir o sujeito causador do dano.

A situação aplica-se integralmente ao caso brasileiro, podendo se apreciar na jurisprudência casos que vêm a compensar o prejuízo extrapatrimonial através de valores irrisórios. Tal circunstância é verificada pela doutrina, que segundo análise da construção jurisprudencial sobre o dano moral, da Corte Suprema, percebe-se a conotação simbólica da forma com que tal prejuízo era encarado¹¹¹.

Na opinião de SAVATIER, crítico da posição normativa francesa, visando a responsabilidade civil como instituto de justiça e equilíbrio, o Tribunal deve aplicar uma sanção ao ato responsável causador de um grave dano moral¹¹².

Segundo o mesmo autor¹¹³, seria a sanção civil a úni-

111.COUTO E SILVA, Clóvis do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. Revista dos Tribunais, n. 667, p. 15.

112.SAVATIER, René. Traité de la responsabilité civil. p. 93. Complementa o autor, ao afirmar que a aplicação da sanção civil - peine privée - decorre da análise do grau de culpa do agente causador do dano, e ainda de sua condição financeira (p. 94).

113.SAVATIER, R. idem. p. 93. Adverte o autor que a satisfaction compensatoire dos danos extrapatrimoniais, que não morais, seria até aceitável, na medida em que se estaria a compensar uma dor ou ferimento, valores, para a escala axiológica do autor, não tão importantes quanto os morais. Identifica o autor o dano moral com a ofensa à honra e o pudor da vítima, ou mesmo em face da morte de uma criança. Para este último caso a aplicação de uma peine privée é praticamente uma imposição ética, não cabendo mera compensação, como nos demais danos extrapatrimoniais mencionados, ante a vulgaridade dos bens lá atingidos.

ca forma de se obter a compensação de uma dano extrapatrimonial, por meio de valores que proporcionem um real conforto à vítima, já que a reconstituição natural do bem juridicamente protegido, ou sua repristinação^{114 115}, é praticamente impossível¹¹⁶.

São três as formas de indenização: a reconstituição natural do prejuízo; na sua impossibilidade, a reparação por equivalência, voltada a danos patrimoniais; e a compensação, destinada a danos extrapatrimoniais não indenizáveis "in natura".

No Brasil, a Constituição de 1988 prevê, no seu art. 5º, inc. X, o direito de resposta à ofensa praticada publicamente, em meios de comunicação e afins, formando-se um arremedo de compensação "in natura" do prejuízo moral sofrido. Bem verdade que a resposta exemplarmente colocada, e até mes-

114. Apesar da dita natureza científica do Direito, a contar, hipoteticamente, como uma linguagem própria, que o distinguiria das demais ciências, algumas palavras técnicas possuem conteúdo semântico múltiplo. É o caso da palavra repristinação, que para o Direito Constitucional significa a restauração de legislação anterior a uma Constituição vigorante, que, em face de comando expresso, passa a ter novamente eficácia, dentro do sistema constitucional mais recente, iniciado pela Carta atual (TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. p. 37).

115. CASILLO, J. Obra citada. p. 78. Indica o autor a fonte da expressão repristinação, no plano cível, como sendo de Pontes de Miranda ("in" Tratado de direito privado. t. LIV. § 5.574. p. 288), esclarecendo que a mesma implica em "(...) reconstrução integral ou consertativa do bem."

116. CASILLO, J. idem. p. 79. A inviabilidade da repristinação para os danos extrapatrimoniais está relacionada à subjetividade do sofrimento da vítima do dano que não tem como ser simplesmente reconstruída. Cita o autor o exemplo da ofensa física, que não obstante uma cirurgia reparadora ou estética, a dor e o sofrimento nunca poderão ser apagados.

mo a retratação pública do ofensor, não afastam a pretensão indenizatória do lesado, mas, por certo, uma vez exercido o direito de resposta, e a retratação vindo a público, o juízo de valor do magistrado ao por fim à demanda será diferenciado, caso ela não tivesse se dado.

Em opinião anterior à da Carta de 1988, WILSON MELO DA SILVA dava sinais de sua preferência irrestrita pela reparação "in natura" do prejuízo moral, em substituição a qualquer compensação, especialmente nos casos de ofensa à honra (difamação e injúria), por meio do desagravo direto do ofendido¹¹⁷. De forma muito particular, menciona o autor a reparação "in natura" do art. 1.548¹¹⁸ do Código Civil, pelo qual o ofensor, casando-se com a mulher agredida em sua honra, praticaria a reparação natural do ilícito¹¹⁹. Tal posicionamento não se coaduna com o sustentado no presente trabalho e parece, inclusive, não ter recepção pela Carta Magna, pois não seria o casamento, enquanto ato negocial, a suplantiar direitos absolutos amparados pela Constituição.

CARBONNIER, ao engrossar a fila dos que se colocam ao lado da punição do dano não patrimonial, se justifica de maneira muito simples, mas feliz, indagando: **"comment peut-on répare en argent une perte qui, par définition, n'est pas**

117.SILVA, W.M. Obra citada. p. 660.

118.Dispõe o artigo: "A mulher agravada em sua honra tem direito a exigir do ofensor, se este não quiser ou não puder reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à sua própria condição e estado:"

119.SILVA, W.M. Obra citada. p. 662.

d'argent?"¹²⁰ 121.

Outros sistemas jurídicos, dentre eles o português, já se inclinaram à possibilidade de "punição" do fato danoso a partir do acolhimento do grau de culpa como elemento essencial para a fixação da indenização. Teria o "papel repressivo do facto ilícito", uma posição subsidiária, sem se perder de vista a função principal do instituto¹²².

BREBBIA resume o quadro das justificativas que conduziram autores franceses clássicos a se inclinar diante da corrente punitiva do dano extrapatrimonial, dentre eles, como inclusive já referido, Ripert e Savatier: a) a pena privada seria a única maneira de se justificar logicamente a reparação em dinheiro de um bem jurídico que não detém natureza econômica; ninguém conhece a magnitude do dano a não ser a própria vítima, sendo a indenização sempre arbitrária; b) o lesado pode perceber soma em dinheiro, sem repugnância moral, sem destino de reparação, pois cumpriria função penal imposta pela lei; c) a teoria da pena privada explica o aspecto pessoal da ação que corresponde à parte lesada; d) também justifica opor que o lesionado pode acionar o autor de ilícito, mesmo quando um terceiro já tenha ressarcido o prejuízo (por

120.CARBONNIER, J. Obra citada. p. 355.

121.Na tradução livre: como se pode reparar em dinheiro uma perda que, por definição, não de dinheiro.

122.VARELA, J.M.A. Rasgos inovadores do código civil português em matéria de responsabilidade civil. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. p. 91

exemplo, companhia seguradora)¹²³.

O Código Civil brasileiro, por sua vez, refletiu tentativa dos mais conservadores, no sentido de se barrar a reparabilidade do dano extrapatrimonial atípico¹²⁴, condicionando o magistrado a lançar mão de condenações de baixo valor econômico, desestimulando-se, destarte, a propositura de demandas fundadas na ofensa de bens daquela natureza. Tal discussão foi, felizmente, superada pela atual Constituição da República, em seu art. 5º, inc. X,¹²⁵ e, do ponto de vista contratual especializado, pelo art. 6º, inc. VI, da Lei 8.079/90¹²⁶.

A posição adotada por SAVATIER, anteriormente verificada, deve ser considerada em um sistema legal como o brasileiro, no qual há previsão da reparabilidade dos danos extrapatrimoniais, entretanto sem qualquer critério mais objetivo de mensuração do **quantum** indenizatório. O dano extrapatrimo-

123.BREBBIA, Roberto H. El daño moral. p. 197-198. Cabe ressaltar que o autor não é adepto à possibilidade de ter a compensação econômica do dano extrapatrimonial como pena privada.

124.Já se apontou no trabalho a existência, no Código Civil pátrio, de artigos que resguardavam danos extrapatrimoniais típicos: arts. 1.547 usque 1.552.

125.Dispõe o comando constitucional: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação;". Ressalta-se que o inciso V, do mesmo artigo constitucional, também aborda a reparabilidade de danos "morais", entretanto, decorrentes da ofensa à imagem, sendo aplicado especialmente para ofensas pelos meios de comunicação.

126.Determinam o artigo e inciso mencionados: "art. 6º São direitos básicos do consumidor: inc. VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;"

nial merece ser punido pelo julgador cível.

A doutrina mais autorizada comunga de tal entendimento, destacando-se CASILLO¹²⁷:

"O importante, entretanto, 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 ilícito."

Reporta-se o autor mencionando acerca do que aqui se denominou de princípio da prevenção, entendendo-se, porém, que a punição não deve merecer caráter secundário ou subsidiário, mesmo por que, no momento da quantificação do dano moral puro, não há como se identificar ou distinguir a compensação da punição¹²⁸.

Adentra-se no universo da discussão entre a responsabilidade civil e criminal, mediante posição crítica de seus conceitos diferenciadores.

Classicamente a responsabilidade civil, conforme já abordado, se dirige à reparação, *in casu*, compensação de danos, específica ou por equivalente econômico, ao passo que a responsabilidade criminal se manifesta mediante aplicação de **pena** ao autor do fato. A aplicação da pena teria efeito de

127.CASILLO, J. Obra citada. p. 83.

128.Neste sentido POPP, Carlyle ("in" Execução de obrigação de fazer : a tutela substitutiva da vontade nas obrigações negociais de fazer juridicamente infungíveis. p. 161), que afirma: " Não obstante, os danos de ordem extrapatrimonial são de impossível reparação, pois inviável é que a vítima retorne à situação em que se encontrava antes do evento danoso. Assim sendo, a indenização possui escopo meramente compensatório, misto de pena ao causador e de satisfação pecuniária à vítima, visando minorar a dor sofrida" (grifo nosso).

mostrar às demais pessoas como a sociedade reage ao crime (prevenção geral) e motivar o imputado a não mais praticar novas infrações (prevenção especial)¹²⁹.

Pelo já exposto no presente item, a prevenção, seja ela geral ou especial, não é finalidade exclusiva da responsabilidade criminal¹³⁰ e, muito menos, interesse único do indivíduo agredido em seu patrimônio¹³¹, material ou não. Aliás, conforme os conceitos clássicos de responsabilidade (civil e criminal), é propriamente tênue a divisão entre os ramos¹³².

Bem verdade que o que se tem abordado é a questão da

129.MOTA PINTO, C.A. Obra citada. p. 117.

130.Destaca-se, do Código Civil, a título de exemplo de sanção preventiva, o art. 762, inc. III: "A dívida considera-se vencida: Se as prestações não forem pontualmente pagas, toda vez que deste modo se achar estipulado o pagamento." O código deseja **prevenir** o credor de sofrer novo inadimplemento do devedor que já se revelou indigno de confiança ("in" ASCENSÃO, J.O. Obra citada. p. 58)

131.BITTAR, C.A. Obra citada. p. 21. Saliencia o autor que o primeiro interesses na compensação dos danos morais é da sociedade.

132.A localização jurídica do Direito Penal é hoje questionada por opinião relevante, enquadrando-o no próprio Direito Privado. Neste sentido, manifesta-se ASCENSÃO ("in" Obra citada. p. 279): "É normalmente considerado direito público, mas não encontramos justificção para isso. Os deveres penais são deveres dos indivíduos; o fato de as penas serem aplicadas judicialmente não implica que o Direito Penal regule a atividade do Estado. Esta, quando muito, respeitará ao processo e não ao Direito Penal em si" (grifo nosso). Sustenta o autor sua colocação na leitura mais moderna que faz da diferenciação entre os ramos público e privado, que abandona o critério do interesse público ou privado, conforme o destino da satisfação que deseja realizar, para a adotar o critério da posição dos sujeitos envolvidos: pública é a relação em que está envolvida entidade dotada de ius imperium e privada a que comporta sujeitos em paridade de posições ("in" ASCENSÃO, J.O. idem. p. 266).

sanção pelo descumprimento de dever jurídico, podendo se afirmar em várias formas: compulsórias, reconstitutivas, compensatórias, punitivas e preventivas¹³³.

Quanto a pluralidade de formas de sanção, duas considerações merecem maior detalhamento. A primeira, quanto a não exclusão de uma sanção pela outra, ou seja, podem conjuntamente ser aplicadas ao violador da regra¹³⁴ e que, segundo o autor da classificação, as sanções punitivas devem ser aplicadas "(...) às violações mais graves da ordem jurídica. (...) "¹³⁵.

Ora, o que há, do ponto de vista privado, de mais ilícito que a violação de algum dos direitos da personalidade? Em questão, está a se referir sobre a infração de danos extrapatrimoniais, ou na terminologia constitucional, morais, nos termos do art. 5º, inc. X, da Carta.

Sustenta-se a posição sancionadora da violação dos danos enfocados, também sob a égide da base moral que a esti-

133.ASCENSÃO, J.O. Obra citada. p. 52-58. As sanções compulsórias se referem à atuação legal sobre o infrator da regra, mesmo que tardiamente, para que passe a adotar a conduta devida. É o caso, v.g., da prisão por alimentos, que cessa com o pagamento dos valores em atraso. Acerca das reconstitutivas, diz respeito ao já abordado quanto a preferência pela restauração in natura dos prejuízos à reparação econômica. As compensatórias se referem à reintegração da situação anterior ao ilícito, por meio de equivalente, podendo ser endereçada tanto a danos patrimoniais quanto a extrapatrimoniais. Sanções punitivas representam tanto um sofrimento quanto uma reprovação ao causador. Sanções preventivas se destinam justamente a prevenir violações futuras.

134.ASCENSÃO, J.O. *idem*, p. 50.

135.ASCENSÃO, J.O. *idem*. *ibidem*.

mula¹³⁶.

Reconhecidamente a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem se afiguram como direitos individuais amparados pela Constituição, assegurando o texto a correspondente indenização pela desobediência ao respeito.

Não obstante sua localização constitucional, os direitos da personalidade, ou fundamentais (segundo a terminologia publicista) produzem efeitos para o campo privado, pois a Constituição tem verdadeira "força geradora" de direitos de tal ordem¹³⁷. Uma vez violado um direito absoluto da personalidade, nada mais justo do que se aplicar ao ofensor a devida punição.

A aproximação das responsabilidades civil e criminal não é mera retórica. Na Itália, tal busca é sentida no plano processual, face ao texto do Código de Processo Penal que autoriza a lide indenizatória no processo criminal. Sob o argumento da celeridade, da não divergência entre os **acertamentos** cível e criminal; enfim, em homenagem à economia processual, prevêem os art. 91 **usque** 123, daquele código, a possibilidade de se pretender a reparação cível já em sede criminal¹³⁸.

Tal situação igualmente se verifica na França, por força do art. 3º do Código de Processo Penal, que autoriza

136.BITTAR, C.A. Obra citada. p. 21.

137.MOTA PINTO, C.A. Obra citada. p. 72.

138.ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. La responsabilità civile da reato: lineamenti e prospettive di un sottosistema giurisprudenziale. p. 95-105.

pretensão indenizatória em ação acessória do Ministério Público¹³⁹.

A doutrina mais conservadora toma como pressuposto absoluto para diferenciar as responsabilidades em tela, o aspecto de estar, supostamente, a prevenção relacionada à responsabilidade criminal. TOURNEAU¹⁴⁰ advoga as diferenças entre os delitos civil e criminal, com base no princípio da legalidade e tipicidade para o criminal e da imprescindibilidade da ocorrência de danos para a cível. Ocorre que o presente trabalho não se destina a equiparar o inigualável, qual seja, as responsabilidades criminal e civil, mas sim justificar uma modificação da cultura judiciária não punitiva dos danos extrapatrimoniais.

A jurisprudência, mesmo que timidamente, tem acolhido o entendimento punitivo do prejuízo moral¹⁴¹.

O posicionamento contrário, ao não aceitar a punição do dano moral, implica em aberrações jurisprudenciais, ainda

139.TOURNEAU, Philippe le. La responsabilité civile. p. 35.

140.TOURNEAU, P. idem. p. 32.

141.Conforme acórdão: "Hoje em dia, a boa doutrina inclina-se no sentido de conferir à indenização do dano moral caráter dúplice, tanto punitivo do agente, quanto compensatório, em relação à vítima (...). Assim, a vítima de lesão a direitos de natureza não patrimonial (CR, art. 5º, incs. V e X) deve receber uma soma que lhe compense a dor e a humilhação sofridas, e arbitrada segundo as circunstâncias. Não deve ser fonte de enriquecimento, nem ser inexpressiva" (grifo nosso) (TJSP - 7ª C. - Ap. - Rel. Campos Mello - j. 30.10.91 - RJTJESP 137/186-187).

mais se for puro o prejuízo extrapatrimonial sofrido¹⁴².

Aliás, no ponto de vista jurisprudencial, e em referência ao sistema americano, afirma BITTAR que o aspecto punitivo da sentença condenatória à violação aos direitos da personalidade vem, justamente, na esteira de se inibir novas práticas lesivas¹⁴³.

A base eqüitativa para que o prejuízo extrapatrimonial não seja compensado com montante vil, está na inovação dos Tribunais quanto ao grau de culpa do agressor. Na ausência de critério objetivo de liquidação do dano, cabe ao juiz investigar a intensidade da culpa, socorrendo-se da teoria já evoluída do Direito Penal acerca do tema para, então, arbitrar o

142.Verifica-se do seguinte caso: "É de ser reformada sentença que conclui pela indenizabilidade do dano moral pleiteada pelos pais de vítima falecida em consequência de acidente de trânsito quando as circunstâncias revelam que o autor varão é homem de posses, economicamente bem sucedido, não lhe podendo trazer, decerto, a indenização referida, na forma de pagamento em dinheiro, qualquer satisfação ou compensação pela grave ofensa que sofreu - "atentado à personalidade afetiva" - com a prematura morte de seu filho" (TAPR - 2ª C. - Ap. - Rel. Juiz Franco de Carvalho - j. 20.3.84 - RT 598/216). No caso em questão, reconhece o Tribunal o ilícito e o dano, mas **não** impõe qualquer compensação. Como a reparação "in natura" era impossível, restou não indenizado (compensado) o prejuízo. A estreiteza de visão quanto as finalidades da responsabilidade civil e sua clássica natureza somente reparadora podem conduzir a tal equivoco de juízo.

143.BITTAR, C.A. Obra citada. p. 88-89. traz o autor a diferenciação entre os ordinary damages e os nominal exemplary ou vindictive damages, sendo o primeiro mais brando e o segundo, preventivo, de maior elevação monetária, na tentativa do resguardo à personalidade humana. Seria o segundo aplicável à matéria contratual geral e a especial dos direitos do consumidor.

quantum¹⁴⁴.

A união dos dois elementos propostos: rompimento com a cultura não punitiva dos danos extrapatrimoniais e apreciação do grau de culpa do ofensor, por certo, criará ambiente favorável para indenizações mais justas, ao nível do prejuízo suportado.

Percebe-se, desta forma, a importância da concomitante aplicação das duas linhas mestras traçadas, como básicas para que o instituto da responsabilidade civil seja tido como justo e eficiente sobre todos os valores individuais e sociais passíveis de prejuízo.

Mesmo que empolgante o assunto, necessário manter-se no tema proposto. Porém, imprescindível que se afirme dever o julgador procurar sancionar o agente causador do dano extrapatrimonial, objetivando, para além de mera compensação, uma maior proximidade da reparação integral da vítima.

144. Neste sentido, observa-se o seguinte caso: "Dano moral. Reparação. Execução de sentença. No arbitramento do valor do dano moral é preciso ter em conta o grau em que o prejuízo causado terá influído no ânimo, no sentimento daquele que pleiteia a reparação. A intensidade da culpa, a violência, as circunstâncias em que ocorreu o evento danoso poderão informar o critério a ser adotado em tal arbitramento, árduo e delicado, porque entranhado de subjetividade" (grifo nosso). (TJRJ - 8ª C. - Ap. - Rel. Des. Paulo Pinto - j. 6.8.85 - RT 602/180).

3.5 Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual

Ao se tratar da responsabilidade contratual, necessário o enfoque da generalidade da teoria da responsabilidade civil, fazendo investigação sobre a aplicabilidade comum de dispositivos legais aparentemente próprios a cada ramo. É este o propósito da análise ora iniciada.

Necessária uma breve e prévia explicação acerca da terminologia das responsabilidades ora enfocadas - contratual e extracontratual -.

A responsabilidade contratual, também dita negocial ou obrigacional, consiste justamente na não violação de um dever contratual, previamente estabelecido em contrato que não deve ser quebrado pelo sujeito contratual¹⁴⁵.

Por outro lado, a responsabilidade extracontratual, aquiliana ou delitual, resulta da violação de um dever geral de abstenção, imposto a toda e qualquer pessoa, voltado ao respeito dos direitos ditos absolutos de terceiros¹⁴⁶.

Interessante como o sistema americano captou a postura tradicional de divisão entre as duas responsabilidades, que se reflete na lição de KIONKA, para quem, em qualquer das duas situações, sempre se está diante de uma violação obrigacional, sendo a extracontratual genérica e a contratual espe-

145.COSTA, M.J.A. Noções de direito civil. p. 99.

146.COSTA, M.J.A. *idem*. *ibidem*.

cífica¹⁴⁷.

A lição americana se revela também pelas palavras de COLEMAN, em apreciação que reputa ser filosófica, na qual identifica os ramos da responsabilidade e do contrato também sob o enfoque obrigacional¹⁴⁸.

Entretanto, na lição de Carnelutti, sustentada por DE CUPIS, tal diferenciação das responsabilidades entre obrigação genérica de abstenção (*neminem laedere*) e especial seria ilusória, pois o dever genérico não é realmente mais que a síntese de todos os deveres específicos impostos perante qualquer sujeito, sendo vaga a afirmação, na medida em que não se identifica o interesse que se busca tutelar¹⁴⁹. E mais, um dever específico pré-existe tanto no surgimento de um dano contratual quanto extracontratual, não estando o sujeito adstrito somente em face do vínculo pelo cumprimento da prestação, mas sim por outros deveres específicos impostos pelo ordenamento jurídico¹⁵⁰.

147.KIONKA, E.J. Obra citada. p. 331: "As we have seen, the duty upon the breach of which a tort action may be founded can arise from either of two sources: (1) a general obligation which each of us has to carry on our activities with proper regard for the interests of others; and (2) specific obligations which arise out of some relationship between two or more persons".

148.COLEMAN, Jules L. Contracts and torts. Law and Philosophy. p. 72. Vale a transcrição comparativa entre os institutos: "In contract, each individual has grounds for expecting that others will comply with constraints they have imposed upon themselves; in torts each individual has grounds for expecting that others will comply with constraints reasonable persons would impose upon one other".

149.DE CUPIS, A. Obra citada. p. 137.

150.DE CUPIS, A. idem. ibidem.

Ressalta o mesmo autor ainda, que a diferenciação entre as responsabilidades enfocadas está no seu aspecto subjetivo e não no objetivo (vínculo jurídico contratual ou legal) como pretende a opinião tradicional, havendo um semblante de generalidade somente quanto aos indivíduos que indistintamente se submetem a um dever de conduta, em correspondência a um direito absoluto que se impõe pela responsabilidade extracontratual¹⁵¹. A generalidade subjetiva estaria excluída da relação contratual, diante da relatividade subjetiva dos contratantes quanto ao vínculo jurídico obrigacional¹⁵².

A visão esclarecedora trazida por DE CUPIS, e a partir de tais anotações, se conclui que mesmo no plano contratual outros podem ser os danos sofridos pelo credor (imaginando-se uma estrutura obrigacional simples¹⁵³), que não só o descumprimento da prestação em si, com necessária frustração de seus interesse satisfativos (escopo máximo do contrato, do ponto de vista das cobiças individuais envolvidas).

É justamente em face da aceitação da existência de outros interesses violados, quando do descumprimento do con-

151.DE CUPIS, A. idem. p. 137-138.

152.SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de direito civil : fontes das obrigações - contratos. v. 3. p. 104-105. Esclarece o autor, quanto a mencionada relatividade dos efeitos do contrato, no que tange a investigação das pessoas que podem ser atraídas por aqueles, em síntese, somente credor e devedor.

153.Por estrutura obrigacional simples, ao invés da complexa, se entende aquela que os polos obrigacionais são ocupados por sujeitos de direito com única função - credor ou devedor - como, por exemplo, no contrato unilateral.

trato, que a própria inobservância precisa da obrigação cria ambiente favorável ao desenvolvimento do tema monográfico proposto, cuja apreciação terá análise própria.

Quanto a terminologia, discute a doutrina sobre qual seria a mais correta, debate do qual não se pode escapar, até mesmo para fins metodológicos. Vozes de peso defendem que a expressão mais adequada seria responsabilidade obrigacional, diante de que os contratos constituem somente uma das formas de obrigação. Dentre as demais, estariam o negócio jurídico unilateral, a gestão de negócios, e outros^{154 155}.

Por outro lado, juristas de respeito defendem a posição de que a terminologia responsabilidade contratual, mesmo não estando absolutamente correta, é extremamente usual pela doutrina e Tribunais. Posiciono-me ao lado desta última corrente, por observar na força jurisprudencial a consagração da expressão "contratual", em face da "obrigacional"¹⁵⁶.

A essência da responsabilidade contratual está na
espera do credor pela realização da prestação, à exceção da

154.Dentre os defensores desta tese, encontramos Vaz Serra, Galvão Telles e Mário Júlio de Almeida Costa.

155.Do ponto de vista da teoria do fato jurídico, MARCOS BERNARDES DE MELLO ("in" Obra citada. p. 197-198), afirma que mais adequada seria a expressão "ato ilícito relativo", a fim de se obter o mesmo efeito da expressão responsabilidade obrigacional, pois englobaria não somente as relações contratuais, estritamente observadas, mas toda e qualquer relação jurídica de direito relativo, surgidas de negócio jurídico ou ato jurídico stricto sensu. Neste sentido, ainda, CARLYLE POPP ("in" Obra citada. p. 162), Ao contrário, a responsabilidade absoluta se refere a todo e qualquer ato ilícito decorrente de relações jurídicas absolutas.

156.São alguns dos defensores desta tese: Antunes Varela, Manuel Andrade, Pires de Lima, Pereira Neves e Mota Pinto.

obrigação de não fazer, a qual não se realiza, ou é realizada defeituosamente, acarretando, o devedor, dano antijurídico em ofensa a direito relevante do credor.

Surge a responsabilidade contratual do descumprimento do dever jurídico a que estava adstrito o devedor, oposto pelo qual se realizaria o cumprimento, tendo, por consequência, inexecução ou execução inexata da prestação¹⁵⁷.

No que tange às diferenças em si de cada modalidade, percebe-se que as legislações tratam-nas de forma separada, cada qual em partes estanques do sistema civil.

Tem-se, v.g., no Código Civil brasileiro, nos arts. 1.056 a 1.061 os dispositivos pertinentes à responsabilidade contratual. Por outro lado, a responsabilidade extracontratual está concentrada no art. 159¹⁵⁸. Os artigos 1.518 a 1.553 também abordam o tema, mas já sob o prisma da legitimidade - sujeitos da responsabilidade civil - e de sua liquidação. Quanto a esta última, é notório que os arts. 1.533 a 1.553 não fazem diferenciação entre ser a responsabilidade contratual ou delitual.

A orientação bipartida é igualmente utilizada no sis-

157.DE CUPIS, A. Obra citada. p. 134. Faz referência o autor ao art. 1.218 do Código Civil italiano, esclarecedor em seus termos e que assim reza: " Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta à tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo à stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile".

158.COSTA, José Rubens. Da responsabilidade civil contratual e delitual. Cadernos de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito: estudos sobre a responsabilidade civil II. p. 47-86.

tema civil italiano. Localiza-se a responsabilidade "contrattuale" no art. 1.218, e a "extracontrattuale" no art. 2.043¹⁵⁹.

Há quem diga que no sistema português o sistema de responsabilidade civil apresenta-se tripartido, estando disposto da seguinte forma: art. 483º e ss. regulam a responsabilidade extraobrigacional; art. 582º e ss. regulam a obrigação e art. 798º e ss. o cumprimento e não cumprimento das obrigações (contratos)¹⁶⁰.

Dentre as diferenças práticas relevantes, que nos levam a tais repartições legislativas, aplicáveis ao sistema pátrio, encontram-se os prazos prescricionais distintos, a possibilidade de pré-fixação do "quantum" indenizatório na responsabilidade contratual (cláusula penal indenizatória e indenização "a forfait"), e a inversão do ônus probatório na responsabilidade contratual (presunção de culpa "iuris tantum" do devedor)^{161 162 163}.

O que há de maior importância em toda a diversidade

159.FORCHIELLI, P. Obra citada. p. 8.

160.PEREIRA, M.S.D. Neves. Introdução ao direito e às obrigações. p. 300-301.

161.TRUJILLO, Rafael Durán. Nociones de responsabilidade civil: contractual y delictuosa. p. 13.

162.PEREIRA, M.S.D.N. Obra citada. p. 301.

163.Especificamente quanto à presunção de culpa do devedor (na responsabilidade contratual¹⁰, encontra amparo, no sistema processual civil, tal opinião, no art. 333, inc. II, ao mencionar o réu (devedor), v.g., a ocorrência de caso fortuito ou força maior (art. 1.058 do Código Civil pátrio), que são hipóteses de impossibilidade jurídica do cumprimento do contrato.

das modalidades de responsabilidade em apreço, é a existência ou não de regras gerais, ou um sistema uniforme básico, aplicável tanto a um como ao outro tipo de responsabilidade.

Divide-se a doutrina, em especial a belgo-francesa, em três correntes: a clássica ou dualista; unitária e eclética.

A corrente clássica, encampada por Sainctelette, Laurent, Savatier, De Page, citados por RUBENS COSTA¹⁶⁴, se apega à divisão histórica das fontes obrigacionais, no seu plano lato, entre delitual e contratual¹⁶⁵, e na própria divisão do Código Civil francês, para afirmar que a expressão responsabilidade se dirigia à culpa ex delicto¹⁶⁶, ao passo que garantia à contratual.

Em oposição à corrente dualista, bastante razoável a opinião de Carnelutti, citado por AMÉZAGA, ao socorrer-se da fonte precípua do Direito - a lei - como geradora de toda e qualquer obrigação, seja contratual, seja extracontratual. Em tese, tomando-se a visão da fonte, ter-se-ia que o contrato está sempre calcado em lei, pois, como negócio jurídico que é, se destina à criação, por vontade das partes, de efeitos jurídicos recepcionados pela lei. Se o efeito pretendido pelos contratantes não tem receptividade legal, de duas uma: ou

164.COSTA, J.R. Obra citada. p. 54.

165.Vide supra p. 12-13.

166.Mais apropriada seria a expressão culpa delitual, vez que a expressão ex delicto implica em conteúdo próprio e não genérico, como pretende colocar o autor, significando dano que extrapola a órbita cível, afigurando-se, também, como ilícito penal ("in" CASILLO, J. Obra citada. p. 71).

é ilícito, ou não faz parte dos fatos jurídicos (**lato sensu**). No plano extracontratual tal raciocínio não é discrepante, variando somente quanto ao momento do surgimento da obrigação, ou seja, somente após o ilícito¹⁶⁷.

A teoria unitária, sustentada por Lefebvre (1886) e Grandmoulin (1892), dispõe que as diferenças positivas trazidas pelo sistema francês seriam meramente aparentes e desprovidas de significado próprio¹⁶⁸.

De forma intermediária, a corrente eclética observa a existência de um sistema unitário em seus elementos fundamentais: existência de culpa, dano e nexos causal entre o dano e o ato culposos. Reconhece, por outro lado, especificidades técnico-legais de cada qual, mas sem força para se poder apontar a existência de dois ramos de responsabilidade completamente distintos¹⁶⁹. Parece ser essa, justamente, a opinião de STARCK, ROLAND e BOYER, ao afirmarem que "**Nous considérons, donc, avec la quasi-unanimité de la doctrine et de la jurisprudence, que l'on ne peut réduire ces deux responsabi-**

167. AMÉZAGA, J.J. Obra citada. p. 9-10.

168. COSTA, J.R. Obra citada. p. 54

169. O apego pelas particularidades técnico-legais, para justificar a dualidade, fica claro na lição de CARBONNIER ("in" CARBONNIER, J. Obra citada. p. 474), adepto da corrente clássica. Justifica o autor seu posicionamento, em regras de fundo e de prova, do Código Civil francês, por exemplo, na solidariedade para o caso da delitual, o que não ocorre na contratual; nos prazos prescricionais peculiares; na presunção de culpa do devedor - contratual - e ônus probatório pleno do atingido em delitual.

lités à une catégorie unique"^{170 171}.

Tal verificação é fundamental para a conclusão do tema, diante de que encontram-se primordialmente os danos não patrimoniais centralizados nos casos de responsabilidade extracontratual, posto serem estes, em verdade, mais freqüentes que os casos de responsabilidade contratual.

Parece assistir razão aos ecléticos.

A doutrina mais autorizada, não só na França, indica haver uma disciplina genérica comum entre as categorias de responsabilidade, não obstante a sistematização positiva peculiar a cada uma.

Planiol, citado por WEILL e TERRÉ, afirma que é inexistente a diferença essencial de regimes, sendo que corrobora os autores tal posição a partir da jurisprudência francesa¹⁷².

Os irmãos MAZEUD, assim como Planiol, sustentam que a matéria versada na responsabilidade delitual é aplicável à contratual. Não haveria diferença nas duas ordens de responsabilidades¹⁷³.

Da mesma forma, FORCHIELLI ratifica tal unidade de

¹⁷⁰.STARCK, Boris; ROLAND, Henri; BORIS, Laurent. Obligations : contrat. p. 736.

¹⁷¹.Na tradução livre: Consideramos, portanto, com quase a unanimidade da doutrina e da jurisprudência, que não se pode reduzir estas duas responsabilidades a uma categoria única.

¹⁷².WEILL, Alex; TERRÉ, François. Droit civil: obligations p. 775.

¹⁷³.MAZEUD. Henri; MAZEUD, Léon. Traité theorique et pratique de la responsabilité civil: delictuelle et contractuelle. p. 352.

regimes, assim versando sobre o tema: "La disciplina positiva delle due figure è - come vedremo - in gran parte comune: (...) "^{174 175.}

Acerca do direito lusitano, pode-se dizer que: "Não existe no direito português uma verdadeira distinção essencial de regimes entre as duas formas clássicas de responsabilidade"^{176.}

Retomando-se a questão na origem dos debates, a doutrina francesa, conclui inexistir fronteira entre os dois ramos de responsabilidade, trazendo como exemplo duas diretivas da então CEE (Comunidade Econômica Européia), datadas de 1985, referentes, a primeira, à responsabilidade pela circulação de veículos e danos à pessoa, e, a segunda, pelo defeito de produtos industrializados^{177.}

Não obstante o nível de convencimento doutrinário, ainda em França, a divisão entre os ramos enfocados se dá conforme a natureza do dano (corporal ou material)¹⁷⁸, criando-se algum transtorno, não especificamente quanto ao regramento comum, quanto à reparabilidade de danos extrapatrimoniais contratuais, diante das peculiaridades próprias deste sistema, no tocante a prévia fixação de **quantum** indenizatório

174.FORCHIELLI. P. Obra citada. p. 8.

175.Na tradução livre: a disciplina positiva das duas figuras é, como veremos, em grande parte comum.

176.COSTA, M.J.A. Obra citada. p. 356.

177.STARCK, B.; et al. Obra citada. p. 742.

178.STARCK, B.; et al. idem. ibidem.

pelo descumprimento contratual. Tais reflexões serão amadurecidas em momento próprio¹⁷⁹.

Conclui-se, então, que mesmo com a diversidade positiva, os aspectos gerais dos regimes de responsabilidade são comuns, assim como comuns são os elementos fundamentais componentes de cada um.

Em se adotando a corrente eclética, para fins do presente trabalho, forçoso também se concluir que os dispositivos codificados de cada qual, genericamente, possam ser utilizados de maneira indiferente, formando-se um sistema de responsabilidade civil. Assim, por exemplo, seria aplicável a um caso de responsabilidade contratual, o art. 159 do Código Civil, ainda que condenado pelos clássicos.

A conclusão é relevante, na medida em que a análise do dano a que se propõe o trabalho (extrapatrimonial) melhor se encaixar nos termos do art. 159 do Código Civil, dispositivo relacionado exclusivamente à responsabilidade delitual, se encarados os sistemas de responsabilidade a partir do prisma clássico.

Sob o pressuposto de aceitabilidade da teoria eclética, ou ao menos de um sistema geral unificado de responsabilidade, e no tocante ao sistema pátrio, está o jurista autorizado a navegar pelo corpo do Código Civil entre os disposi-

179. STARCK, B.; et al. idem. p. 737. Dentre as particularidades citadas pelos autores, entre responsabilidade contratual e extracontratual, está a do montante da reparação, afirmando que "(...) celle-ci doit être intégrale en matière délictuelle; elle est limitée au préjudice prévu ou prévisible lors du contrat, en matière contractuelle (C. civ., art. 1150)".

tivos relacionados à responsabilidade contratual e delitual. E mais, a extrapolar o próprio texto do diploma civil para relações contratuais especializadas, v.g, a de consumo, socorrendo-se de seus comandos legais mais modernos (Lei 8.078/90).

3.6 O Dano

A extensão da matéria ora abordada - o dano - renderia monografia própria, pelo que se cuidará em limitá-la, sob pena de fuga do tema.

Sua investigação, por outro lado, se faz mais do que necessária, pois muito ponderavelmente já se disse que a apreciação da noção de dano é essencial para que se possa ter uma idéia da responsabilidade civil em determinado país¹⁸⁰.

Serão enfocadas somente algumas vertentes fundamentais e de importância ao tema monográfico proposto, aplicáveis no todo ou em parte à responsabilidade civil contratual.

180.COUTO E SILVA, C. V. do. Obra citada. p. 7.

3.6.1 O Dano Como Elemento Necessário

Para a constituição de direito subjetivo à reparação pelo ofendido, em sua esfera jurídica, indispensável a existência de dano.

Seja contratual, seja delitual, o dano é pressuposto absolutamente inafastável para a reparação. A inexecução de um contrato e o comportamento ilícito não são suficientes a justificar a reparação¹⁸¹. É, pois, elemento comum em todos os casos de responsabilidade delitual e contratual¹⁸².

No Brasil, acompanha TEREZA ANCONA, com as opiniões já referidas: "O dano, como consequência do ilícito civil ou do inadimplemento contratual, é elemento imprescindível na configuração da responsabilidade civil, sem o qual esta não existe" (grifo no original)¹⁸³.

No mesmo sentido BITTAR afirma que o dano pode ser tomado como próprio pressuposto da responsabilidade civil¹⁸⁴, sendo este o primeiro elemento de análise do seu surgimento¹⁸⁵.

181. BOUBÉE, Marie-Eve Roujoude. Essai sur la notion de réparation. p. 69

182. TOURNEAU. P. Obra citada. p. 216.

183. MAGALHÃES, Tereza Ancona Lopez de. O dano estético : responsabilidade civil. p. 5.

184. BITTAR, C. A. Obra citada. p. 12.

185. BITTAR, C.A. idem. p. 13.

A impreteribilidade do dano já não afeta à responsabilidade criminal, pois, como assevera FORCHIELLI, o mero "evento di pericolo" implica na sua materialização¹⁸⁶, pois a responsabilidade criminal é mais afeta à prevenção que a cível¹⁸⁷.

A indispensabilidade do dano não atinge a outro elemento relevante da responsabilidade civil, qual seja, a culpa, em consideração à responsabilidade dita objetiva.

Muito excepcionalmente a própria ilicitude é dispensada para fins de caracterização da responsabilidade civil, que, v.g., por força do art. 160, inc. I e II, do Código Civil, mesmo sendo lícito o exercício regular de um direito e o estado de necessidade, implicam em reparação ao lesionado, nos termos dos arts. 1.519 e 1.520, ambos do mesmo diploma legal.

No que se refere a verificação da ilicitude, a doutrina brasileira, em que pese a busca pela melhora científica no campo em apreço, não galgou explorar a separação entre a

186.São os casos, no Brasil, dos tipos contravençionais, v.g., o do art. 19, da Lei das Contravenções Penais: "trazer consigo arma fora de casa ou de dependência desta, sem licença da autoridade".

187.FORCHIELLI, P. Obra citada. p. 11.

injustiça do dano^{188 189 190} e a antijuridicidade do ato que
o causa^{191 192}, nos termos da escola italiana. Aliás, tal

188.A expressão "danno ingiusto" está no corpo do art. 2.043, do Código Civil italiano. Explana a doutrina que se refere a interesse juridicamente tutelado e não qualquer interesses merecedor de tutela jurídica, castrando o juiz de qualquer poder elástico de valoração quanto aos interesses merecedores de tutela jurídica ("in" DE CUPIS, A. Obra citada. p. 143).
O que se percebe é justamente a restrição de análise dos fatos pelo juiz, para fins de não estrapolação das hipóteses de reparação por danos extrapatrimoniais previstas no texto da lei. Tal análise se justifica, na medida do conceito de dano injusto proporcionado pelo mesmo autor "Así, el daño injusto sería todo daño causado por un hecho no autorizado en una norma específica, originado fuera del ejercicio de una facultad atribuida concreta y específicamente por el ordenamineto en razón de una particular exigencia social" ("in" DE CUPIS, A. idem. p. 144.).

189.Em oposição à opinião de DE CUPIS, ANDREA TORRENTE e PIERO SCHLESINGER ("in" Manuale de diritto privato, p. 683), ao fazerem a comparação entre a tipicidade lógica do ilícito penal com o art. 2.043 do Código Civil italiano, concluem, quanto ao dano injusto do enunciado da lei, que "(...) vale, cioè, il principio della atipicità dell'illecito civile, per cui qualunque pregiudizio, in quanto ricorrono certe condizioni può essere giudicato ingiusto e, pertanto, risarcibile (con altra espressione si dice che l'art. 2043 cod. civ. costituisce una "clausola generale", l'enunciazione di una direttiva di massima suscettibile di applicazione alle più diverse fattispecie concrete tramite una analisi specifica da condurre caso per caso)" (grifos no original).

190.O artigo 2.043 do Código Civil italiano dispõe: "Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri una danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno".

191.A antijuridicidade se relaciona ao ato humano anti-jurídico. Não basta a existência de dano injusto para haver uma reação jurídica, devendo ser derivado de ato humano contrário à lei ou à vontade das partes ("in" DE CUPIS, A. Obra citada. p. 129).

192.Não somente os atos humanos diretos são caracterizadores da antijuridicidade, mas também os indiretos, dentre esses os decorrentes das "coisas" sob responsabilidade do homem, v.g, danos causados por animais, ruínas de edifício e circulação de veículos. Por outro lado, tais danos são sempre reconduzidos à categoria dos danos causados pelo homem, havendo a separação positiva voltada à facilitação do jurista ("in" DE CUPIS, A. idem. p. 131).

constatação não pode ser levada como crítica absoluta, pois há uma tendência, do ponto de vista clássico italiano, em comparar e tornar coincidentes as duas situações que são efetivamente distintas¹⁹³.

Conforme o entendimento italiano mais moderno, todo o ato causador de dano acaba, por fim, sendo "**antigiuridico**" e, via de regra, injusto. Todavia, pode ocorrer que algum ato, mesmo sendo antijurídico, não venha a implicar em dano injusto, v.g., a legítima defesa.

Sob a ótica italiana, haveria ausência de injustiça quanto ao dano praticado nos termos da excludente do art. 160, no primeiro período do inc. I, do Código Civil pátrio, o que no Brasil entende-se inocorrer ilicitude:

"(...) essi escludono la tutela risarcitoria, pur essendosi verificato un dano giuridicamente rilevante. L'assenza di tutela risarcitoria si spiega col fatto che interesse del soggetto all'integrità della propria sfera giuridica viene subordinato ad un interesse del medesimo soggetto o della collettività o di un terzo al verificarsi del fatto lesivo"
194 195.

Em que pese a originalidade do debate, pode-se fazer somente brevíssimo comentário sobre a ilicitude, a qual já inclusive recebeu lugar de maior destaque, não havendo nesta monografia amplitude temática para maior questionamento.

193.TUCCI, Giuseppe. Il danno ingiusto. p. 3.

194.TUCCI, G. idem. p. 10.

195.Na tradução livre: este exclui a tutela ressarcitória, por se ter verificado um dano juridicamente relevante. A essência da tutela ressarcitória se explica com o fato do interesse do sujeito à integridade da própria esfera jurídica vem subordinado a um interesse do mesmo sujeito ou da coletividade ou de um terceiro ao se verificar o fato lesivo.

Saliente-se, por outro lado, que o mecanismo de presunção (introduzido pelo Código Civil francês, em seu art. 1.135), aplicável à quebra contratual e que favorece ao credor na relação processual (no que diz respeito ao ônus probatório¹⁹⁶), não implica na inexistência do dano.

Cabe ao credor alegar os prejuízos decorrentes da inexecução, e provar o descumprimento¹⁹⁷, o que se revela, via de regra, fácil no plano contratual, pois, não obstante o consensualismo prevalecer no sistema pátrio (por força do art. 129 do Código Civil), os contratos são normalmente instrumentalizados, sendo acessível a indicação dos detalhes contratuais, comparando-os com o fato do descumprimento.

De qualquer sorte, a imprescindibilidade da existência de dano para a configuração da responsabilidade civil não decorre de meras ilações doutrinárias, mas da própria lei¹⁹⁸.

196. AGUIAR DIAS, J. Obra citada. p. 149. Manifesta-se o autor quanto a presunção referida: "Quando a obrigação não é cumprida, a prova incumbe ao devedor, se se trata de obrigação de fazer, e ao credor, se se trata de obrigação de não fazer. Mas, trazida a prova, cabe ao devedor provar a ausência de culpa, vale dizer, provar que se portou como bom pai de família".

197. BOUBÉE, M.R. Obra citada. p. 70.

198. Por exemplo, o art. 1.056, do Código Civil, é claro ao indicar que responde o devedor por perdas e danos e não pelo mero fato do descumprimento. Mais eloquente o art. 1.059, do mesmo diploma de lei, delimita a reparação entre danos emergentes e lucros cessantes. Outros tantos artigos poderiam ser citados.

3.6.2. Pressupostos para a Configuração do Dano

O contexto da existência de prejuízo, implica que o mesmo seja direto, atual e certo¹⁹⁹.

Quanto a ser o dano atual e direto tem-se o aspecto da causalidade entre o fato ilícito e o próprio prejuízo, conforme já mencionado, ou seja, o prejuízo deve decorrer de fato hábil e adequado a tê-lo gerado.

No que tange a ser o dano atual, observa-se que, a princípio, todos os efeitos do ilícito devem implicar em materialização imediata dos prejuízos na esfera jurídica do lesado. Na verdade, esta é regra bastante genérica, até mesmo por força dos lucros cessantes²⁰⁰, que são legalmente repará-

199.TOURNEAU. P. Obra citada. p. 217.

200.As modalidades de danos emergentes e lucros cessantes têm nota histórica no Direito Romano. O dano emergente (damnum emergens) diz respeito à desvalorização do patrimônio, ao passo que o lucro cessante (lucrum cessans) na sua não valorização ("in" TELLES, I.G. Obra citada. p. 373).

Do ponto de vista temporal, pode-se dizer que o primeiro se refere àquele que surge direta e imediatamente como o ilícito, ao passo que o segundo se projeta para o futuro, em virtude do ilícito ("in" CASILLO, J. Obra citada. p. 71).

Tal apreciação temporal leva em conta o momento de concretização do ilícito, sendo possível considerar, entretanto, o momento do julgamento da pretensão indenizatória. Por este enfoque, independentemente de ser a modalidade de prejuízo a do lucro cessante, se já verificado ao tempo do acerto da lide, será sempre prejuízo presente e nunca futuro, enquadrando-se no mesmo plano do dano emergente. Através deste raciocínio, chega-se à conclusão de que o lucro cessante pode ser presente ou futuro, se não materializado até a data da sentença condenatória ("in" DE CUPIS, A. El daño. p. 320).

Para DE CUPIS, aliás, o próprio dano emergente pode ser futuro, pois "(...) puede suceder que el interés, objeto de daño, integre

veis, e que autorizam a investigação dos danos para além do momento que o causou.

A prolongação dos prejuízos no tempo, em virtude do aspecto temporal dos lucros cessantes, instiga a discussão quanto a reparabilidade do dano futuro, particularmente no que se refere aos limites do art. 1.060²⁰¹ do Código Civil, no tocante a responsabilidade contratual.

Fala-se, neste passo, acerca da reparabilidade de danos futuros e eventuais, em paralelo ao dano presente, pois haveria suposto contra-senso na atualidade do dano e a possibilidade da reparação do prejuízo futuro.

Dúvida, entretanto, não há de prevalecer, bastando como exigência inafastável que se tenha a certeza de que o dano se produzirá e que ele possa ser especificado ao tempo da decisão judicial condenatória²⁰². O dano futuro é, assim,

...Continua...

una expectativa jurídica de atribución a una persona en le momento em que se causa el daño, sin que tal daño tenga lugar ni en instante en que se produjo ni en el del juicio, (...)" . Cita como exemplo a epidemia entre um rebanho, causado culposamente, que esteja até o momento da sentença, em encubação ou que não tenha até então se desenvolvido em todos os animais, devendo o dano emergente ser considerado futuro, no todo ou em parte ("in" idem, idem).

201. Prevê o artigo de lei: "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".

202. TOURNEAU. P. Obra citada. p. 217.

relevante juridicamente, passível de reparação²⁰³, entretanto sua eventualidade, ou mera possibilidade, deve ser rejeitada^{204 205 206}. Deve ser certo, não obstante futuro²⁰⁷.

A certeza do dano futuro se baseia tanto no interes-

203.Verifica-se o julgado adiante transcrito, a reparar o dano em questão: **Responsabilidade civil. Execução de sentença. Liquidação por arbitramento.** "Direito às próteses que se fizerem necessárias enquanto viver a exequente, incluindo aparelhos mais sofisticados que ofereçam mais conforto. Possibilidade decorrente da natureza da dívida, não ferindo a coisa julgada. Indenização de dano estético fixada na duplicação do preço dos aparelhos ortopédicos. Possibilidade de determinar-se o pagamento da quantia prevista no laudo, mesmo antes de comprovada a despesa. (...)" (1ª Tribunal de Alçada de São - Ap. Cív. 562.888 - Rel. Juiz Rodrigues de Carvalho - J. 23/02/94).

204.DE CUPIS, A. Obra citada. p. 323. Exemplifica o autor, a título de dano eventual, o desmoronamento de um edifício, ainda não ocorrido. A perda do edifício em si não poderia ser reparada, entretanto, o perigo de dano poderia ensejar ação indenizatória, na medida da depreciação pelo risco do desabamento. Seria, entretanto, dano presente, mas não futuro.

205.A eventualidade, para BREBBIA, está relacionada à estranheza dos danos quanto ao ato ilícito em análise. A eventualidade pode estar relacionada tanto ao dano atual, como ao futuro, poderá o autor. Entretanto, a existência do dano deve ser indubitável e não depender de outros acontecimentos que podem ou não vingar no futuro ("in" BREBBIA, R. H. Obra citada. p. 65).

206.A eventualidade do dano efetivamente não é aceita, principalmente no plano jurisprudencial. Salienta-se o seguinte acórdão: **Responsabilidade civil. Indenização. Plantio de cereais. Lucros cessantes. Perdas e danos. Falta de capina. CCB, art. 159.** "Não se pode aceitar como lucros cessantes a miragem, a esperança, a fantasia do lucro tido como certo, como por exemplo, " vou plantar tanto, colher tanto, ao preço de tanto " como se a lavou- ra, o plantio fosse um relógio regulado a dar resultado infalivelmente esperado, sem a interferência de fatores imprevistos. Não se indenizam esperanças desfeitas" (Tribunal de Justiça do Mato Grosso - Ap. Cív. 15.156. - Rel. Des. Licino Carpinelli Stefani. J. 08/03/93).

207.O art. 564º, 2, do Código Civil português, dispõe: "Na fixação da indemnização pode o tribunal atender aos danos futuros, desde de que sejam previsíveis; se não forem determináveis, a fixação da indemnização correspondente será remetida para a decisão ulterior".

se alheio que afeta, quanto no direito de reparação que nasce para o lesado.

A separação em ser futuro ou presente o dano, decorre da opção do tempo determinante para sua fixação. Basicamente três são os momentos para a determinação temporal do dano: no momento do fato em si; no momento do ajuizamento da ação ou no momento da sentença de liquidação²⁰⁸. O distanciamento entre o momento do fato e a sentença enseja interessante discussão prática²⁰⁹, pois os danos podem se avolumar neste meio tempo.

Em consonância com a proposta desta monografia, que tem como escopo a reparação mais justa de danos para o lesado, entende-se que o momento determinante ideal para a verificação dos danos é o que possa comportar o maior número de elementos de cognição, que se dará com a sentença que os estima²¹⁰.

Ao prático do Direito caberá o cuidado necessário, um vez constatados danos que possam se projetar ou se verificar futuramente, em elaborar pedido genérico de indenização, com

208.A idéia da sentença de liquidação posta por DE CUPIS, considera o momento de verificação da coisa julgada material para o sistema italiano. No Brasil a limitação seria a da sentença, no processo de conhecimento portanto (sentença condenatória), vez que a liquidação importa em fase apartada, conforme arts. 603 usque 611 do Código de Processo Civil, mas que somente toma em consideração os efeitos da sentença condenatória ilíquida.

209.DE CUPIS, A. Obra citada. p. 324.

210.DE CUPIS, A. idem. ibidem.

fulcro no art. 286, inc. II, do Código de Processo Civil²¹¹.

211. Assim dispõe o artigo da lei processual civil, ao permitir a elaboração de pedido genérico: "quando não for possível determinar, de modo definitivo, as consequências do ato ou do fato ilícito".

3.6.3 Busca Conceitual de Dano

Dentre os elementos componentes para a caracterização da responsabilidade civil encontra-se o dano, inclusive salientando-se como um dos mais controversos para fins conceituais.

É destacada a complexidade em se elaborar uma fórmula conceitual que abranja a todos os valores ou interesses subjetivos passíveis de violação e conseqüente prejuízo, e que, acima de tudo, tal definição resista à própria evolução social, vale dizer, seja perene.

O aspecto não cristalizador, ou evolucionista, da sociedade é o elemento complicador mais acentuado, diante de que os bens da vida se modificam constantemente. Como exemplo, pode-se tomar o bem ecológico, o qual há menos de 50 anos não possuía a importância atualmente apreciada²¹², hábil a ser tido com bem juridicamente tutelado. Entende-se como bem, no seu plano adjetivo da tutela jurídica, o conjunto de

212. Somente a título exemplificativo, cita-se o seguinte acórdão que bem reflete a idéia posta: **Responsabilidade civil. Meio ambiente. Dano ecológico. Reparação. Rompimento de duto. Poluição ambiental. Lei 6.938/81, art. 14, § 1º. Cobrança das despesas feitas pela companhia de saneamento. Procedência. "É o poluidor obrigado, independentemente de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. Tendo a Companhia de Saneamento, encarregada de zelar pelo meio ambiente e guarda de um interesse difuso da comunidade, tomado as medidas necessárias para o combate à poluição ocasionada pelo rompimento de um duto, deve ser ressarcida, como terceira, das despesas correspondentes"** (STJ - Rec. Esp. 20.401, Rel. Min. Hélio Moismann, J. 10/12/93, D.O. 21/03/94).

coisas necessárias à sua sobrevivência e progresso²¹³, que se submetem a uma posse juridicamente qualificada.

A dificuldade conceitual se relaciona, também, pelo fato de que ao se abordar o dano, se faz relação imediata a uma situação antijurídica, no amplo sentido de contrariedade a direito, objetivo ou subjetivo. O que é antijurídico ou jurídico, lícito ou ilícito, implica em juízo de valor social²¹⁴, marcado pelo sinal dos tempos, sendo o segundo elemento complicador para a elaboração conceitual do dano.

Dentre os inúmeros conceitos de dano, evidenciam-se as belas palavras de ANTUNES VARELA: **"É a lesão causada no interesse juridicamente tutelado que reveste a mais das vezes uma destruição, subtração ou deterioração de certa coisa material ou corpórea"**. Tal conceito está envolto em um certo ar patrimonialista, todavia, é inegável o apreço do autor pela reparabilidade do dano não patrimonial²¹⁵.

A relação entre bens individuais²¹⁶ suscetíveis de importância jurídica, e um conceito mais ou menos patrimonialista, é total.

Historicamente o forte liame entre patrimônio e dano pode ser justificado pela influência romana, da definição do jurisconsulto Paulo: **"damnum et damnatio ab ademptione et**

213.PINTO, C.A.M. Obra citada. p. 130-131.

214.DE CUPIS, A. Obra citada. p. 85.

215.VARELA, J.M.A. Das Obrigações p. 568.

216.Toma-se aqui a visão individualista do art. 159, do Código Civil pátrio.

quasi deminutione patrimonni dicta sunt"²¹⁷.

Em corte histórico, assevera HEDEMANN que no B.G.B. a valoração dos bens, por força do § 253, é muito estreita, voltada à patrimonialidade²¹⁸. Tal circunstância já implicava em distanciamento do sistema germânico dos demais latinos europeus, tidos pelo autor alemão em tela como adotantes de uma visão mais ampla de dano²¹⁹.

Comparativamente, a atividade jurisdicional do magistrado alemão, no plano da responsabilidade civil, é tímida, se apreciado em face do § 242 (princípio da boa-fé), que lhe outorga vasto campo de interpretação e aplicação²²⁰.

Em verdade, como pondera WESTERMANN, ocorre que o B.G.B. contém uma reduzida fatia dos inúmeros dispositivos legais que abordam a responsabilidade civil, em especial atenção ao § 249, que somente delimita os contornos e extensão da obrigação de reparação, sem conceituar o dano em si²²¹.

Ressalta o autor, o que aponta maior distanciamento dos sis-

217.CASILLO, J. Obra citada. p. 44.

218.HEDMANN, J.W. Obra citada, p. 118.

219.HEDMANN, J.W. idem. p. 119. Afirma o autor: "La negativa a conceder una indemnización en dinero en casos de ataques al honor o de sufrimientos morales, por ejemplo, la aflicción y pena que produce para una joven el fracaso de sus perspectivas de próximo matrimonio o la frustración de satisfacciones intelectuales, está fundada por los redactores del B.G.B. en la tesis de que el súbdito alemán no admite el pago en dinero de semejantes valores morales. Los Derechos extranjeros, en especial de los países latinos, han adoptado un punto de vista más amplio y conceden indemnización de daños en metálico en todo caso de daño moral de la propia reputación" (grifo no original).

220.COUTO E SILVA, C.V. do. Obra citada. p. 8.

221.WESTERMANN, H.P. Obra citada. p. 135.

temas latinos, conforme já asseverava HEDEMANN, está no § 253, que somente autoriza a "restituição ao natural" dos danos extrapatrimoniais, sem permitir, destarte, a compensação dos mesmos²²².

A posição alemã bem se justifica na crítica de ORLANDO DE CARVALHO ao B.G.B, que, na verdade, revela não se encontrar, no centro da sistemática alemã, o ser, mas o ter, assim como nos demais sistemas civis contemporâneos, desde o Code^{223 224}.

As considerações acerca do sistema alemão são valio-

222.WESTERMANN, H.P. idem. p. 136,137. Bem verdade que o § 847 do B.G.B. admite, em situações específicas de violação à integralidade corporal, à saúde e à liberdade, um "dinero del dolor" e ainda somado ao § 1.300, que compreende direitos da personalidade. Da mesma forma, "in" HEDEMANN, J.W. Obra citada. p. 120.

223.CARVALHO, O. Obra citada. p. 43. Vale destacar que a eleição do homem como centro do Código Civil alemão discreparia de sua própria natureza "neutral", revelando-se "(...) um estilo manualístico e desprovido de paixão, como se o Direito não fosse de homens e para homens".

224.A propósito FACHIN, quando aborda o distanciamento das relações de fato diante da jurídica, ressaltando a opinião de LARENZ (LARENZ, Karl. Derecho civil - parte geral. Madrid : Revista de derecho privado, 1978) sobre a existência fundamental de uma teoria geral das relações privadas, ao gosto do sistema civil alemão e que vem em homenagem ao liberalismo ("in" Estudos Jurídicos. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil, v. 2, p. 99-107).

sas, pois parece ter influenciado^{225 226}, de alguma forma, o nacional, na medida do rigorismo quanto a postura mais conservadora vislumbrada nos Tribunais, da inaceitabilidade em se entender reparável o prejuízo não patrimonial, ou, quando aceitos, o seriam somente em decorrência da repercussão no patrimônio moral de um prejuízo imediatamente material. Um estaria atrelado ao outro, portanto. Bem verdade que tal entendimento está para antes da Constituição de 1988, mas que não pode ser tido como remoto ou antigo.

Note-se, mais destacadamente, ainda quanto a influência do sistema alemão sobre o nosso, que a idéia hipotética da reparabilidade de danos extrapatrimoniais encontraria, aparentemente, comparação entre os §§ 847 e 1.300 com os artigos 1.537 e inc. I²²⁷; 1.538 e parágrafos; 1.545; 1.547 **usque** 1.551, todos do Código Civil. Ao menos a preocupação casuística do legislador, tanto alemão quanto brasileiro, preocupado com uma atividade jurisdicional mais aberta já foi notada

225. Para além deste pequeno prisma de verificação da influência germânica em nosso sistema cível, está o próprio sistema alemão de divisão do Código Civil, em Livros identicamente dispostos, o que só vem a revelar o prestígio não só de forma mas principalmente de conteúdo.

226. A influência em si do B.G.B. junto ao Código Civil é justificada diante de sua grande abstratividade, assimilada com facilidade por culturas estranhas. Em verdade, a influência direta está em 62 dos 1.807 artigos do código pátrio, entretanto, no sistema como um todo o entusiasmo foi grande ("in" WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. p. 556-557).

227. Destaca-se o inciso I do artigo em apreço, diante da lição de CASILLO, ao colocar em evidência o luto da família referido no texto legal, e seu conteúdo voltado aos sentimentos de dor, sofrimento e pesar, suportados pelos parentes do de cujus, em virtude da morte (dano à vida em relação) ("in" CASILLO, J. Obra citada. p. 163-164).

pela doutrina²²⁸.

Na Itália, não obstante a maior atualização do Código Civil (1942) em face do B.G.B., a reparabilidade de danos extrapatrimoniais também é limitada, na medida da cultura patrimonialista imposta pelos artigos 2.043²²⁹ e 2.059²³⁰, do ponto de vista da responsabilidade delitual, e 1.321²³¹ da contratual.

Para FORCHIELLI justificável a postura do Código Civil italiano, na medida de que a responsabilidade civil respeita o esquema lógico-sistemático da relação obrigacional de conteúdo essencialmente pecuniário, sendo para o autor até mesmo ilógico se pensar em reparação pecuniária de algo sem conteúdo econômico próprio²³².

Não obstante o esquema positivo restrito da reparabilidade do dano extrapatrimonial, na Itália, conforme noticia BITTAR, a jurisprudência e a própria doutrina, têm extrapolado a tipicidade dos casos previstos no diploma civil²³³.

Sob o prisma positivo-comparado, forçoso aludir que o

228.COUTO E SILVA, C.V. do. Obra citada. p. 9.

229.Vide supra nota 191.

230."in danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge".

231."in contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale".

232.FORCHIELLI, P. Obra citada. p. 12.

233.BITTAR, C.A. Obra citada. p. 88.

sistema pátrio encontra-se na vanguarda da reparabilidade dos danos extrapatrimoniais, vez que por força da Constituição da República (art. 5º, inc. X), superou a análise casuística das hipóteses de indenização, conforme sistemas europeus referidos^{234 235}.

Apesar de estreita, a visão patrimonialista do dano não é nenhum absurdo, decorrendo da própria estrutura lógica do campo cível, pois é sistema de normas e regras que regem o direito dos homens e seus interesses dentro da comunidade. O lado patrimonialista do Direito Civil se relaciona à normas e institutos através dos quais se realizam e ordenam as atividades econômicas do homem²³⁶.

Dentro das ramificações do Direito Civil, a concepção patrimonialista encontra forte apelo na responsabilidade civil, pois, segundo visão individualista, encontra sua razão a tutela, no plano patrimonial, o sujeito no âmbito de tráfico jurídico²³⁷.

234.AMARANTE, A.I. Obra citada. p. 251. A autora firma entendimento quanto a repulsa aos sistemas que mantêm situações casuísticas de reparabilidade de danos extrapatrimoniais, vez que normalmente acabam por não prever a reparabilidade de danos a direitos absolutos da personalidade (conquistas recentes do Direito Civil-Constitucional).

235.Cabe indicar aqui o texto do art. 1.083 do Código Civil argentino, que possibilita a reparação de dano "moral", distante de hipóteses rígidas: "toda reparación del daño, seia material o moral, causado por un delito, debe resolverse en una indemnización pecuniaria que fizará el juez, salvo el caso en que hubiere lugar a la restitución del objeto que hubiese hecho la materia del delito".

236. DIEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. p. 41.

237.TUCCI, G. Obra citada. p. 15.

De certa forma, verossímil que a perenidade de um conceito de dano estaria relacionada à própria extensão inversa dos elementos que tenta abraçar. Assim, quanto mais sintético o enunciado mais genérico seria, englobando valores ora conhecidos e futuros, materiais ou não. Convincente seria afirmar ser dano, simplesmente, a ofensa a interesse alheio, cuja posição é defendida pelo saudoso CLÓVIS DO COUTO E SILVA, aludindo à noção de interesse violado^{238 239}. Com tal conceito, inclina-se a configuração mais moderna de dano, cuja extensão não mais quer dizer prejuízo, na medida em que a ofensa implica na alteração de uma situação favorável²⁴⁰. É este o seu exato conteúdo para fins não limitativos entre danos patrimoniais e não patrimoniais²⁴¹.

O destaque ao interesse alheio, conforme formulado, é relevante, pois está no centro da tutela jurídica que a lei pretende amparar com a reparação, identificando-se o objeto do dano com o objeto da tutela jurídica²⁴².

238.O dano, em verdade, não está vinculado à ótica exclusivamente privada, podendo a ilicitude constituir-se em violação de uma disposição legal destinada a proteger interesses alheios públicos ("in" LIMA, Pires; VARELA, Antunes. Obra citada. p. 472).

239.COUTO E SILVA, Clóvis V. O conceito de dano no direito brasileiro. Revista dos Tribunais, n. 667, p. 7-16.

240.DE CUPIS, A. Obra citada. p. 81.

241.Em sentido semelhante ao esboçado, TEREZA ANCONA atribui à expressão dano a "(...) modificação do estado de bem-estar da pessoa, seguida da diminuição ou perda de bens, patrimoniais ou não (...)" ("in" MAGALHÃES, T.A.L. Obra citada. p. 6).

242.MAGALHÃES, T.A.L. idem. p. 107.

Há de se observar que o dano passível de reparação é tão-somente aquele sofrido por bens juridicamente protegidos. Vale dizer, é o dano juridicamente ressarcível²⁴³. A contribuição da doutrina alemã, criou a concepção de dano como sendo **"toda ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica"** (grifo nosso)²⁴⁴.

A proteção de algum bem ou interesse pela ordem jurídica, advém da qualificação do fato como jurídico, apto a implicar em reação ou repressão ao ato danoso²⁴⁵.

Dentre os ordenamentos jurídicos raramente se pode encontrar em artigo de lei alguma disposição conceitual, mesmo porque dita a boa técnica legislativa que este encargo deve ser reservado para os juristas, doutrinadores e cortes.

Não obstante esta orientação geral, com grande lucidez, segundo CLÓVIS DO COUTO E SILVA, o legislador austríaco conceituou o dano no art. 1.293 do Código Civil daquele país, nos seguintes termos: **"o dano é todo prejuízo que alguém sofre em seu patrimônio, nos seus direitos ou na sua pessoa"**²⁴⁶.

Cabe esclarecer que, até mesmo por circunstâncias históricas, os conceitos acerca do dano giram sob o prisma do individualismo.

Apesar da complexidade do assunto, percebe-se que

243.WESTERMANN, H.P. Obra citada. p. 135.

244.COSTA, M.J.A. Direito das p. 389.

245.DE CUPIS, A. Obra citada. p. 82-83.

246.COUTO E SILVA, C. V. idem. ibidem.

esta decorre mais da evolução dos valores social do que do aprimoramento das concepções jurídicas. Dano, nos termos propostos, sempre será tecnicamente o mesmo, variando, outrossim, o conteúdo dos valores juridicamente relevantes que compõem o seu conceito.

3.6.4 Dano Patrimonial

Via de regra o dano mais evidente é aquele que causa diminuição patrimonial para a vítima: é o proprietário do automóvel que tem seu veículo furtado no estacionamento; o atropelado que vê seu patrimônio dilapidado com o tratamento de saúde e com a impossibilidade de trabalhar; o contratante de transporte que não recebe a mercadoria pelo naufrágio do navio; a empresa que recebe o pagamento pelos serviços em atraso e tantos outros casos.

Interessa ao dano patrimonial a suscetibilidade de avaliação econômica ou material do prejuízo, pela violação de sua essência ou privação de uso, com vedação de sua exploração econômica.

A possibilidade de avaliação direta do bem jurídico envolvido, por moeda, é sinal inafastável de sua patrimonialidade e conseqüente localização nesta espécie de dano.

Em especial, nesta sub-divisão de dano, tem-se justamente a perda ou diminuição do patrimônio: o lesado tem menos patrimônio após o fato ilícito do que tinha antes do evento danoso.

Referentemente aos danos patrimoniais em si existem, em verdade, duas situações de lesão: a real e a patrimonial. A primeira cuida da perda "**in natura**" que o lesado veio a sofrer em seus interesses: é a destruição, subtração, ou

deterioração de certa coisa, material ou incorpórea²⁴⁷. A segunda, por outro lado, é o reflexo do dano real, sobre o patrimônio do lesado²⁴⁸. O dano patrimonial também é denominado **dano de cálculo**²⁴⁹. Assim, pelo acidente de veículo (**dano real**, com a destruição), teve a vítima que rebocar o automóvel até a oficina para reparos, pagar despesas médicas, permanecer alguns dias no hospital, sem trabalhar e acumulando despesas decorrentes do internamento, etc. (**dano patrimonial**).

Diz-se, ainda, que o dano patrimonial ou de cálculo comporta uma avaliação abstrata e uma avaliação concreta. Aquela se refere a um juízo objetivo do prejuízo suportado (valor da coisa perdida) e, esta, uma reflexão subjetiva daquela sobre o patrimônio do lesado²⁵⁰.

Tais danos se projetam sobre interesses de natureza material ou econômica, passíveis de verificação do **quantum** da perda, o qual deverá corresponder, dentro do sistema pátrio, à exata proporção do **quantum** indenizatório. Extraí-se o **quantum** da diferença entre a situação hipoteticamente usufruída pelo lesado, não fosse o prejuízo, e o dano patrimonial su-

247.VARELA, J.M.A. Das obrigações p. 592.

248.VARELA, J.M.A. *idem. ibidem.*

249.COSTA, M.J.A. Direito das p. 390.

250.COSTA, M.J.A. *idem. ibidem.*

portado²⁵¹.

Patrimonialmente, os danos podem ser de duas ordens: danos emergentes - perda patrimonial - e lucros cessantes - lucro frustrado -. "El daño material consiste en el menoscabo patrimonial sufrido por la víctima, y comprende tanto el desembolso efectivo como la ganancia frustrada o que se haya dejado de obtener"^{252 253}.

O **dannum emergens** se notabiliza por ser o prejuízo causado ao lesado, em seu patrimônio, no momento em que se verifica o ato lesivo.

O **lucrum cessans** diz respeito ao lucro que o lesado deixou de obter, em virtude da lesão. Tal conceituação, classicamente adotada, é passível de crítica bastante razoável, conforme doutrina autorizada.

Classificação secundária quanto ao dano patrimonial, e também extrapatrimonial, aponta para a possibilidade em ser direto ou indireto, ou ainda puros e reflexos.

O dano direto, como o próprio nome revela, diz respeito ao efeito imediato em virtude do ato ilícito, entendendo-se por dano indireto as conseqüências mediatas ou remotas

251.O critério de liquidação indicado encontra amparo no Código Civil lusitano, que, sem embargos, parece ser plenamente aplicável no sistema pátrio. Assim determina o art. 566º, 2: "Sem prejuízo do preceituado noutras disposições, a indenização em dinheiro tem como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data se não existissem danos".

252.YAGUEZ, R.A. Obra citada. p. 89

253.Na tradução livre: o dano material consiste em prejuízo material sofrido pela vítima, e compreende tanto o desembolso efetivo como o lucro frustrado deixado de se obter.

daquele²⁵⁴.

Ao dano indireto atribui-se, em França, na lição de BREBBIA, a denominação de dano ricochete ("**dommage par ricochet**"), ventilando a discussão de sua reparabilidade, na medida em que toca a análise do nexa causal entre ilícito e prejuízo causado²⁵⁵.

Conforme indica COUTO E SILVA, surge a reparabilidade do dano ricochete, em França, após decisão judicial de 1970, adotando critério mais favorável à vítima de dano com natureza mediata. Cita o autor, o exemplo da vítima que fica impossibilitada de receber alimentos da pessoa que primeiramente foi atingida pelo prejuízo - alimentante -^{256 257}.

Tal classificação se faz importante, na medida em que a estrutura do prejuízo em investigação (do descumprimento do contrato e possível ocorrência de dano extrapatrimonial) justamente encontra provável localização neste ponto. Pela

254.A doutrina traz o exemplo da vitrine da loja B (dano direto), quebrada pelo sujeito A, que vem a ser saqueado por C (dano indireto) ("in" VARELA, J.M.A. Das obrigações p. 392). Outro exemplo: A agride a B, sendo imediatamente hospitalizado (dano direto) que em consequência do internamento e da impossibilidade em trabalhar, sofre prejuízos profissionais (dano indireto) ("in" COSTA, M.J.A. Direito das p. 393).

255.BREBBIA, R. H. Obra citada. p. 66. Ilustra o autor a figura com o exemplo dos danos sofridos pelos pais de filho morto por ato ilícito. Neste caso, a dor pela perda do ente querido seria dano ricochete da morte.

256.COUTO E SILVA, C.V. do. Obra citada. p. 10.

257.Quanto a origem histórica do dano reflexo, pode-se bem localizá-la em Roma, ainda no seu período clássico, como consequência não intencional daquele que cometia delito de injúria. A injúria atingia ao homem no que ele é, enquanto seu reflexo no que ele tem ("in" SILVA, W.M. Obra citada. p. 22-23. Refere-se o autor às opiniões de Sintenis e Alcino de Paula Salazar).

violação do contratos ter-se-ia um dano direto (patrimonial) e um indireto (extrapatrimonial) ou vice-versa, mesmo que de pouca freqüência.

Assim de um dano sobre a personalidade podem surgir danos patrimoniais, tanto no plano contratual como extracontratual.

Fez-se somente indicação rápida dos elementos do dano patrimonial e classificações de maior relevo, pois, de forma mais detida, será analisado o dano extrapatrimonial, em face de ser este o cerne do trabalho.

3.6.5 Dano Extrapatrimonial

Necessário se investigar o que seja o dano extrapatrimonial, sua natureza, os bens jurídicos que visa tutelar, a terminologia mais adequada, e a viabilidade indenizatória.

Antes mesmo de se iniciar os questionamentos a que se propõe este item da monografia, algo deve estar solidificado no espírito do examinador: fala-se em dano extrapatrimonial, ao se abordar os danos centrados na pessoa e não no seu patrimônio. Idéia de certa obviedade, mas que, entretanto, um entendimento contrário conduziria à reparabilidade mínima do dano à pessoa, ou mesmo à sua irreparabilidade²⁵⁸.

A propósito, salienta-se a limitação a partir da visão do homem mais material do que humano, facilmente constatada diante da expressão **pretium doloris**, que nada mais é do que a materialização da dor moral²⁵⁹.

3.6.5.1 Natureza dos Bens Envolvidos e sua

Aparente Limitação Constitucional

Segundo a melhor doutrina, enquanto o dano patrimonial diz respeito a aspectos materiais ou econômicos, encontra-

258. ITURRASPE, Jorge Mosset. El daño fundado en la dimension del hombre en su concreta realidad. Revista dos Tribunais. v. 723, p. 25.

259. ITURRASPE, J.M. idem. ibidem.

se o prejuízo extrapatrimonial em uma ordem "espiritual, ideal ou moral"²⁶⁰.

Em ponto de vista mais genérico BREBBIA menciona que a distinção entre dano patrimonial e extrapatrimonial pode levar em conta somente **"la naturaleza del derecho subjetivo violado"**, ou ainda **"del bien jurídico menoscabado"**^{261 262}.

Desta forma, o ilícito atinge aspectos íntimos e personalíssimos da vítima. Caso se imagine o patrimônio como o conjunto de bens que guarnecem a vida do homem, e sem se comprometer, ainda, com uma concepção patrimonialista de responsabilidade civil, pode-se afirmar que o dano extrapatrimonial afeta o **patrimônio moral** da vítima.

No que toca ao bem jurídico atingido pela lesão extrapatrimonial, é este de natureza subjetiva absoluta, ou **"(...) inherente a la personalidad"**^{263 264}, e tido como tal até mesmo pelo amparo fornecido pela Constituição, em seu art. 5º, incs. V e X.

SAVATIER afirmam ser esta categoria de dano **"toute souffrance humaine ne résultant pas d'une perte**

260.COSTA, M.J.A. Obra citada. p. 389.

261.BREBBIA, R. H. Obra citada. p. 67.

262.Na tradução livre: a natureza do direito subjetivo violado ou do bem jurídico atingido.

263.BREBBIA, R.H. idem. ibidem.

264.Na tradução livre: inerente a personalidade.

pecuniaire"²⁶⁵.

A enriquecer a definição de Savatier, pode ser tomado o dano extrapatrimonial a partir de sua concepção negativa, qual seja, a daqueles que não podem ser considerados como patrimoniais²⁶⁶.

Entretanto, parece que boa parte da doutrina indica critério diverso para a identificação do dano tratado, se patrimonial ou extrapatrimonial, ou ainda se ambos cumulativamente²⁶⁷.

Como segundo critério tem-se a verificação dos efeitos ou reflexos sentidos na esfera jurídica do agredido, analisando os danos pelas suas conseqüências, e não em face da natureza do direito violado²⁶⁸.

Tenta-se, por meio deste segundo critério, segundo sustenta a doutrina²⁶⁹, a isenção do julgador quanto a análise de quais seriam os bens passíveis de agressão moral, residindo aqui o grande problema da primeira concepção.

Em verdade, não obstante o momento em que se pretenda

265.SAVATIER, R. Obra citada. p. 92. Em tradução livre seria "todo o sofrimento humano não resultante de uma perda pecuniária".

266.BREBBIA, R.H. Obra citada. p. 85.

267.É pacífico o entendimento da cumulação de danos, conforme autoriza a súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça: "são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato".

268.BITTAR, C.A. Obra citada. p. 29. O critério da análise da natureza do bem jurídico atingido é a eleita, v.g., por Clóvis Bevilacqua, segundo ensina BREBBIA ("in" BREBBIA, R.H. Obra citada. p. 90-91).

269.BREBBIA, R. H. Obra citada. p. 91.

verificar a ocorrência ou não de prejuízo extrapatrimonial, seja pela natureza do bem jurídico atingido, seja pelo seu reflexo no patrimônio moral da vítima, realizará o julgador, em última análise, um juízo de valor quanto ao aludido bem dito violado, para entendê-lo como passível de tutela jurídica ou não. Assim, o magistrado deverá necessariamente investigar a natureza do bem, questionando, do ponto de vista mais concreto, sua reparabilidade ou não.

Em sendo o dano prejuízo que afeta a personalidade humana, necessário que se diga, ao menos de forma genérica, quais seriam tais direitos subjetivos absolutos.

A Constituição brasileira elegeu alguns direitos da personalidade como sendo passíveis da proteção pela via indenizatória (art. 5º, inc. X): intimidade; vida privada; honra e imagem da pessoa.

O estado da questão importa na dúvida: seriam somente estes quatro os direitos amparados pelo sistema jurídico pátrio (a constituir os ditos direitos da personalidade), passíveis de reparação, ou, desdobrando-se o questionamento, do analisado **"caput"** do referido artigo constitucional, também seriam o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, no plano dos direitos absolutos. A resposta há de ser negativa, pois meramente exemplificativa a lista constitucional.

Ocorre que a Constituição de 1988 supriu emergencialmente a falha verificada no Código Civil pátrio que, não obstante se propor a regulamentar as relações jurídicas entre os sujeitos de direitos, como função precípua do Direito Civil,

se esquece de mencionar os direitos absolutos dos mesmos sujeitos que pretende reger.

A falha não é exclusiva do sistema civil brasileiro, sendo já que influenciado pelos Códigos Civis francês (1805) e italiano (1865), os quais, ao se enfrontarem em individualismo e patrimonialismo tamanho, e diante da autonomia privada atribuída ao homem (ora sujeito de direitos e obrigações), nada mais tutelaram a título de direitos da personalidade. Tal tarefa acabou sendo legada aos ramos Criminal, Administrativo e Constitucional^{270 271 272}.

Dos sistemas civis do século XIX, destaque deve ser feito ao Código português que, em 1867, pelo seu art. 359º, expressava o resguardo aos "direitos originários" do homem, quais sejam: o direito de existência, a liberdade, o direito de associação, o direito de apropriação e direito de defesa²⁷³.

Justiça também há de ser feita ao Código Civil pátrio que, ao menos de forma casual (arts. 1.547 e 1.548), esboçou

270.AMARANTE, A. I. Obra citada. p. 37.

271.O Código Civil italiano (1943) foi o primeiro a consagrar direitos inerentes à personalidade, em seu art. 5 (direito ao próprio corpo e vedação quanto a a sua disposição); arts. 6, 7 e 8 (direito ao nome e sua tutela) e art. 10 (respeito à imagem de outrem).

272.O Código Civil português inovou, no resgate do verdadeiro papel do Direito Civil, ao amparar, de forma não casuística, no seu art. 70º a "Tutela geral da personalidade", assim dispondo, no seu nº 1: "A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral".

273.CARVALHO, O. Obra citada. p. 36.

amparo a bens de relevo subjetivo, tratando sobre calúnia e injúria, o primeiro artigo, acerca da honra da mulher solteira, o segundo.

A relação de direitos da personalidade, trazida pela Constituição da República, no seu art. 5º, inc. X, somente pode ser tomada por **exemplificativa**²⁷⁴, vez que tais direitos absolutos, mesmo dentro do corpo do próprio art. 5º, de forma genérica, implicam em micro-sistema próprio de direitos personalíssimos que é informado, para além do texto constitucional, por princípios gerais de direito e, quiçá, pelo Direito Natural²⁷⁵.

Tais direitos absolutos são variáveis com relação ao tempo, concepções sociais de seus bens passíveis de tutela jurídica e ideologia dominante, podendo ser apontados, sem compromisso com época distinta, alguns direitos absolutos que formam o quadro mínimo de direitos personalíssimos: "**vida da**

274. Visando demonstrar a adoção de tal idéia pelo Judiciário, indica-se o seguinte julgado, que acolhe o direito à liberdade como bem fundamental do indivíduo, não obstante a falta de qualquer indicação específica de amparo do valor indicado no inc. X, do art. 5º, da Carta: "**Responsabilidade civil. Calúnia. Dano Moral. Indenização.** Entendido o dano moral como a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, resta ele caracterizado, mesmo que a ausência e reflexos patrimoniais, quando o autor, vítima de afirmação caluniosa dentre de estabelecimento comercial, é submetido a vexame público e levado coercitivamente a gerência do mesmo estabelecimento. Em tal hipótese, há agressão a honra, a dignidade e ao direito de livre locomoção, agressão essa que, assacada contra direitos constitucionalmente assegurados, configura o dano moral" (grifo nosso). (TJSC - Ap. Cív. 47.645 - Rel. Des. Carlos Prudêncio - DJ 29/02/96).

275. É o caso do direito à vida e à liberdade (art. 5º, caput, da Constituição), que prescindiriam de qualquer anotação constitucional, para, dentro da concepção de um Estado de Direito Democrático (art. 1º, caput, da Constituição), serem tidos como essenciais.

pessoa, a sua saúde física, a sua integridade física, a sua honra, a sua liberdade física e psicológica, o seu nome, a sua imagem, a reserva sobre a intimidade de sua vida privada". Pondera-se, no mais, ser este mínimo imprescindível na esfera jurídica de cada pessoa²⁷⁶.

Segundo TEREZA ANCONA, ao lembrar a lição de Limongi França, os direitos da personalidade "(...) são prerrogativas do sujeito em relação às diversas dimensões de sua própria pessoa". As dimensões da pessoal seriam, então, divididas em três planos: dimensão física, pela qual o homem exerce seu direito sobre sua integridade física; dimensão intelectual, através da qual o sujeito tem direitos subjetivos sobre suas próprias criações intelectuais e dimensão moral, situando-se aqui os direitos relativos à integridade moral, tais como a honra, o nome, a dignidade, etc.²⁷⁷.

Como característica, são os direitos da personalidade, além de absolutos (aos moldes dos direitos reais (*erga omnes*)), irrenunciáveis²⁷⁸ ou indisponíveis, concedidos em favor das pessoas sem que a lei lhes outorgue faculdade para fins de fazer ou deixar de fazer algo, mediante arbítrio próprio, em nada dependendo de sua realização ou vontade próprias²⁷⁹.

A natureza da irrenunciabilidade dos direitos da per-

276.MOTA PINTO, C. A. Obra citada. p. 87.

277.MAGALHÃES, T.A.L. Obra citada. p. 25.

278.MAGALHÃES, T.A.L. idem. p. 86.

279.BREBBIA, R. H. Obra citada. p. 70.

sonalidade será valiosa quando do enfoque das cláusulas contratuais limitativas de responsabilidade.

Afirma-se, portanto, que os direitos da personalidade reparáveis não estão circunscritos àqueles mencionados pela Constituição, no seu inc. X, do art. 5º.

3.6.5.2 A Terminologia Mais Adequada

A terminologia "dano moral", mesmo que consagrada pela doutrina e jurisprudência²⁸⁰ pátria, não tem, em verdade, a mesma abrangência que a expressão "dano extrapatrimonial"²⁸¹.

Certamente, a expressão "dano moral" foi introduzida no Brasil a partir de uma leitura e compreensão equivocadas da bibliografia francesa. A palavra "moral", apesar de possuir a mesma grafia que no português, possui conteúdo semântico diverso no francês²⁸², traduzindo-se para espiritual ou intelectual, enquanto em português diz respeito aos bons costumes e à ética²⁸³, ao conjunto de nossas faculdade morais.

280.A adoção jurisprudencial é clara, ao se verificar, v.g., a súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça: "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato" (grifo nosso).

281.Observa-se que a doutrina mais especializada adota a terminologia "dano moral" de forma sinônima a "dano não patrimonial" ou "dano extrapatrimonial". Vide Aguiar Dias, Wilson Melo da Silva e Clayton Reis.

282.Dicionário Francês-Português, Francisco Alves, p. 791.

283.Dicionário Brasileiro de Língua Portuguesa, Enciclopédia Britânica do Brasil, p. 1169.

Bem verdade que tais expressões fazem parte do mundo vulgar da linguagem (linguagem natural)²⁸⁴, do qual o Direito se serve para construir sua linguagem técnica enquanto ciência. Conforme leciona Carrió, o cientista do Direito não cunha palavras novas para expressar significados próprios, como ocorre em outros ramos científicos²⁸⁵. Seria esta a justificativa para as ambigüidades e imprecisões conceituais no ramo jurídico²⁸⁶.

No plano jurídico, encontra-se peculiaridade na expressão "moral", ao se referir à esfera de livre agir humano, estando o Direito situado em um âmbito moral e ético. O Direito está contido na moral^{287 288}.

Em sendo o Direito uma ciência, tais requintes semânticos compõem parcela significativa deste campo científico, na medida em que delimita uma linguagem técnica e específica.

A expressão "não patrimonial" e "extrapatrimonial", sinônimos que são, englobam não somente os bens de ordem moral, enquadrando-se em seu conteúdo os bens da incolumidade física e psíquica, a produção intelectual e artística e tantos outros. Desta forma, entende-se mais adequada esta terminologia em face da limitada expressão "dano moral". Observe-

284.GRAU, E.R. Obra citada. p. 59.

285.GRAU, E.R. idem. p. 58.

286.GRAU, E.R. idem. p. 59.

287.CHORÃO, M.B. Obra citada. p. 155.

288.HART, Herbert L. A. O conceito de direito. p. 201.

se, para tanto, o mencionado acerca das dimensões da personalidade humana referidas por TEREZA ANCONA, que extrapolam o nível da dimensão meramente moral, para a dimensão física e intelectual do sujeito²⁸⁹.

No que toca às pessoas jurídicas, os bens não patrimoniais concretizam-se, v.g, na figura da clientela, no crédito junto ao mercado, na reputação de uma marca e nome comercial, inexistindo patrimônio "moral" propriamente dito deste sujeito de direito fictício. Na melhor das hipóteses, do ponto de vista restritivo que a expressão "moral" importa, somente os sócios, diretores, ou mesmo acionistas, seriam passíveis do sofrimento moral. Tal tema será particularmente explorado mais adiante.

Outra expressão que parece ganhar volume junto a doutrina mais autorizada, referente aos valores particulares da pessoa física, é do dano a pessoa²⁹⁰, identificando o âmbito de danos que englobam os físicos, estéticos, morais, e tantos outros, mas que de qualquer sorte acabam por refletir o prejuízo a "(...) **"la suma de funciones naturales del sujeto, de la persona humana", que tienen relevancia en los más diversos ámbitos o "articulaciones ambientales" en que la vida se desarrolla**"²⁹¹. Cita-se, como exemplos (em uma lista nunca

289.Vide supra nota 277.

290.Dentre os que a adotam encontram-se: João Casillo e Jorge Mosset Iturraspe, dos citados nesta monografia.

291.Em tradução livre: a essência de funções naturais do sujeito, da pessoa humana, que tem relevância nos mais diversos âmbitos ou "articulações ambientais" em que a vida se desenvolve.

exaustiva), o interesse biológico, social, cultural, estético, à vida, e, mais, o prejuízo à juventude, ao prazer, à relação sexual, ao sofrimento, etc.²⁹².

O mais relevante na terminologia ora enfocada, é que parece ela captar o homem real²⁹³, em suas virtudes e limitações sociais fáticas, sem preocupação com o materialismo que tradicionalmente cerca a responsabilidade civil.

Para os danos não materiais específicos à pessoa física, assiste razão aos que empregam a denominação dano à pessoa, de forma a abranger o maior número de valores jurídicos tutelados, sem se prender a textos legais, tomando os existentes por exemplificativos, visando alargar o rol daqueles interesses compensáveis.

Faz-se já saliente a preocupação terminológica e sua relação com reparabilidade de prejuízos imateriais. Entretanto, não é preocupação somente do autor deste trabalho, mas sim do II Congresso Internacional de Direitos de Dano, realizado em Buenos Aires, em 1992, na sua IV conclusão que assim determinou: **"Correponde ampliar el contenido del daño patrimonial y moral a fin de salvaguardar eficazmente la intangibilidad de la persona (unánime)"**²⁹⁴ ²⁹⁵. Postura que aliás deve ser assumida, por todo aquele comprometido com a eleva-

292.ITURRASPE, J.M. Obra citada. p. 26.

293.ITURRASPE, J.M. idem. ibidem.

294.ITURRASPE, J.M. idem. p. 39.

295.Na tradução livre: corresponde ampliar o conteúdo do dano patrimonial e moral a fim de salvaguardar eficazmente a intangibilidade da pessoa (unânime).

ção dos direitos da cidadania, mediante a renovação dos sistemas legislativos, a fim de se ter efetivamente o homem e seus bens absolutos em sobreposição aos relativos.

Delimitados alguns aspectos básicos da responsabilidade civil, pressupostos para a futura conclusão, passa-se a enfrentar a situação do descumprimento contratual, mais especificamente suas modalidades e possibilidades de reparação, quando da ocorrência de danos extrapatrimoniais.

3.6.6 Prova do Dano Extrapatrimonial

Verificados alguns aspectos básicos acerca do dano, valiosa, em sede processual, a análise quanto a distribuição do ônus probatório na lide que envolve danos extrapatrimoniais. O interesse pragmático de tal colocação é relevante, pois se justifica enquanto ponto para a efetividade do direito material envolvido.

Quanto a prova em si, cabe lembrar que é o "instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoccorrência dos fatos controvertidos no processo"²⁹⁶.

Cabe ao autor a narrativa dos fatos relevantes que embasam sua pretensão, qualificando-o juridicamente e deduzindo suas consequências judiciais. A atribuição do réu não é distinta, todavia externando sua versão dos fatos. Os fatos descritos por ambas as partes constituem as questões de fato, que devem ser resolvidas pelo julgador à luz das provas produzidas pelas partes²⁹⁷.

A prova em si, conforme razoável ponderação de OVÍDIO BATISTA, ao suscitar a lição de Jeremy Bentham, implica na mera "(...) verossimilhança da existência de uma determinada realidade, (...) ", que visa revelar um fato narrado por uma

296. ARAUJO CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. p. 310.

297. ARAUJO C.; et. al. *idem*. *ibidem*.

das partes "(...) supostamente verdadeiro"²⁹⁸, de sorte que a prova, e por fim o processo, não estão comprometidos com a verdade real.

Conforme afirma MOACYR AMARAL SANTOS, a quem alega a existência ou inexistência de fatos recai o ônus de provar²⁹⁹.

A carga processual em se realizar a prova, vale dizer o ônus, não implica em faculdade ou obrigação. Trata-se de verdadeira carga legal, no sentido de que a não observação pela parte implicará em prejuízo para si. Pode-se dizer que sofrerá desvantagens processuais, pois tal ônus não tem natureza obrigacional³⁰⁰.

Neste passo, cabe indagar se ao lesionado em danos extrapatrimoniais recairia o ônus ou carga da prova quanto aos prejuízos sofridos, ou seja, se deve o lesionado demonstrar, assim como procederia se fossem patrimoniais os danos, a extensão precisa dos prejuízos suportados.

No âmbito patrimonial, em virtude da própria natureza do dano em questão (apreciável ou conversível em moeda), poderia o agredido apontar ao magistrado, com precisão (ainda que não atuais os danos), o seu real alcance? Na medida de tal viabilidade processual, recai para si o ônus probatório

298.BATISTA DA SILVA, Ovídio A. Curso de processo civil. v. 1. p. 276.

299.BATISTA DA SILVA, O. *idem*. p. 282. Toma como base processual o autor o disposto no art. 333, inc. I do Código de Processo Civil.

300.BATISTA DA SILVA, O. *idem*. *ibidem*.

(art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil).

Outrossim, a realidade do lesionado extrapatrimonial é diversa, pois os prejuízos alegados não são passíveis de quantificação ou mensuração, não podendo, por consequência, prová-los.

Destaca-se, ainda, que a prova em questão não é somente da quantificação do dano, mas ainda de sua própria existência, que se faz por meio da demonstração do nexo causal entre o ilícito e o prejuízo em si³⁰¹, e ainda da demonstração do preciso objeto do dano e do interesse violado³⁰².

Para BREBBIA, o expediente probatório de um dano que afeta a alguns dos direitos da personalidade, *in casu* extrapatrimoniais, seria simples, bastando um confronto entre o ato ilícito e a norma jurídica que concede ao prejudicado a tutela do direito absoluto³⁰³. Nada mais além disso pode ser exigido do lesionado para fins de comprovação da existência do dano, em face de se dar, em especial o dano moral propriamente dito, no íntimo do sujeito, sendo impossível trazer ao exterior o sofrimento pelo que passa³⁰⁴.

Ao agredido em sua integridade moral é até mesmo possível demonstrar ao julgador o objeto do dano e interesse violado, todavia sua quantificação restará frustrada.

Recorre-se, assim, em retorno à análise do direito

301.DE CUPIS, A. Obra citada. p. 540.

302.DE CUPIS, A. *idem*, p. 541.

303.BREBBIA, R. H. Obra citada. p. 95.

304.BREBBIA, R.H. *idem*. *ibidem*.

material, aos expedientes do art. 136 e incisos do Código Civil, visando encontrar qual mecanismo de prova resta àquele que alega prejuízos extrapatrimoniais, para se concluir que sua opção reside no inc. V, do artigo civil referido, qual seja, a **presunção**.

Aliás, não somente aos danos extrapatrimoniais autoriza DE CUPIS a aplicabilidade da presunção de prejuízo, mas, também, por exemplo, aos danos futuros, ou mesmo à ofensa da integridade física do lesionado, não estando este habilitado a provar seu prejuízo patrimonial (danos emergentes) por meio de documentos ou testemunhas³⁰⁵.

Restringindo o assunto ao dano extrapatrimonial e sua prova por meio da presunção, há de se apontar que não se trata esta de prova em si, mas de mecanismo lógico da dedução de um fato conhecido, pelo juízo, para conduzi-lo a outro ignorado.

A projeção de tal meio probatório para o campo da responsabilidade civil por dano extrapatrimonial é precisa, "por lo que el perjudicado puede suministrar la demostración de hechos conocidos de los que el juez, suguiendo las normas de la experiencia, puede sacar como consecuencia el importe de quantum ignorado del daño"^{306 307}.

305.DE CUPIS, A. Obra citada. p. 545.

306.DE CUPIS, A. idem. p. 543.

307.Na tradução livre: pelo que pode o prejudicado submeter a demonstração de atos conhecidos dos quais o juiz, segundo as regras da experiência, pode deduzir uma consequência do montante do "quantum" ignorado do dano.

Uma vez sendo impossível ao prejudicado externar o dano moral puro, e mesmo outros tantos danos extrapatrimoniais, e em sendo mais inviável ainda quantificar tal dano, parece ser razoável a aceitação da presunção como mecanismo hábil a superar a questão da carga probatória originalmente estabelecida em desfavor do autor.

No sistema da **common law** a presunção considerada para fins probatórios do prejuízo à reputação individual³⁰⁸. Entretanto, ressalta-se que a própria Constituição americana, por força da Primeira Emenda, veda a aceitação da prova presumida, a não ser que a vítima prove que o réu agia em má-fé, na medida em que tinha ciência de que a difamação era falsa. Fora de tal hipótese a prova da atualidade do dano (**actual harm**) é imprescindível³⁰⁹.

Resta saber se a presunção, preliminarmente aceita, seria adotada em sua modalidade absoluta (**iures et de iure**), ou na meramente relativa (**iures tantum**).

Para parcela autoriza da doutrina, o comportamento diverso ao estabelecido pela norma legal produz efeito contrário ao pretendido pela regra, estando ínsita aqui a prova do dano. Tal prova não seria passível de contrariedade, sendo, destarte, absoluta a presunção³¹⁰.

308.KIONKA, E. J. Obra citada. p. 397.

309.KIONKA, E.J. *idem*. *ibidem*.

310.AMARANTE, A. I. Obra citada. p. 266. Toma como base a autora o ensinamento de Carvalho Santos, para quem a prova da dor seria *in re ipsa*, resultando do fato ilícito.

Adverte AMARANTE³¹¹ que a aceitabilidade da presunção, em sua modalidade absoluta, teria como exceção a injúria, embora não justifique a afirmação. Menciona, no mais, que para Wilson Mello a presunção seria relativa, quando refere-se ao dano a terceiros com, por exemplo, no caso de morte de filho, em que se aplicaria a relatividade da presunção ao prejuízo extrapatrimonial da família.

Particularmente, não enxergo razão científica, ou ao menos justificativa razoável para tais ressalvas. A prova da dor dos familiares e sua projeção quantificada é tão difícil aos parentes de uma vítima de homicídio, quanto seria caso tivesse sofrido somente lesões corporais, sem a ocorrência de prejuízos patrimoniais outros. A dor e sofrimento dos parentes pela morte de outrem implica, ao meu ver, em violação às relações privadas.

Ocorre que o excepcionalismo da presunção, mesmo a relativa, reina no Código Civil, isto ainda quando a lei autoriza seu uso, v.g., nas presunções referentes ao pagamento (arts. 942 **usque** 946 do Código Civil). O quadro é ainda mais particular quanto as presunções absolutas, em homenagem, certamente, ao princípio da segurança jurídica, e de que as exceções, no caso do art. 333, inc. I, do Código Processual Civil, devem ser encaradas restritivamente.

Tais obstáculos, porém, não devem ser óbice à afirmação clara e objetiva de que a presunção a favorecer o atingido em seus direitos personalíssimos é **absoluta**, cabendo ao

311.AMARANTE, A.I. idem. p. 267.

juiz tratá-la como relativa, de maneira excepcional, se assim impuser a realidade do caso.

A jurisprudência tem se inclinado no sentido de reconhecer a aplicabilidade do mecanismo da presunção para os prejuízos extrapatrimoniais, e, até mesmo tê-la na forma **iures et de iure**³¹². Este é, efetivamente, o melhor entendimento, apesar de raramente as Cortes se manifestarem acerca da

312.AMARANTE, A. I. idem. ibidem. Retrata a autora caso original do Tribunal de Justiça de São Paulo, no qual se lê do voto do relator: " (...)O ressarcimento do dano moral independe de reflexos patrimoniais. Basta a ofensa à honra para gerar o direito à indenização. Ele está insito, presumido iuris et de iure, na ofensa à honra. (...)" (cita a fonte: Revista dos Tribunais, v. 413, p. 143-146, mar. 1970).

313. Passa-se a transcrever as ementas e partes relevantes de dois casos, sendo o primeiro do Superior Tribunal de Justiça (Rec. Esp. 8.768 - SP - Rel. Min. Barros Monteiro - J. em 18/02/1992), e o segundo do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul (Ap. Civ. 194.057.345 - 1ª C. - Rel. Juiz Heitor Assis Remonti - J. em 03/05/94):

"Dano Moral - Protesto indevido de cheque - Condenação anterior do réu pelos danos materiais e danos morais com reflexos patrimoniais - Nova ação reparatória, versando sobre o dano moral puro - Possibilidade - Ofensa à honra, às relações psíquicas e à tranqüilidade do autor - Desnecessidade de demonstração específica - Procedência - CCB, art. 159" (grifo nosso). Do voto do relator destaca-se: "(...) Ora, a sensação dolorosa de que padeceu o autor, resultante do protesto indevido, não carece de u'a demonstração específica, porquanto ela é inerente ao próprio evento retratado na lide. Não se pode negar que, para uma pessoa da posição social do demandante, a tirada do protesto, tal como realizada, lhe ocasionou a perturbação nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos sentimentos, os afetos, de que fala ROBERTO DE RUGGIERO, lembrado pelo Min. Octávio Galotti em voto proferido no RE nº 109.233-5. (...)".

Declaratória - Nulidade de protesto de título cumulada com indenização por dano moral - Procedência - Protesto lavrado com base em documento oriundo de contrato de cartão de crédito - Inadmissibilidade - Título não cambial - prejuízo moral, ademais, que se presume e se evidencia - Impossibilidade, porém, de cancelamento de anotação no SPC, cujos pressupostos são de outra ordem, pois o autor é devedor pelo uso do cartão" (grifo nosso). Rapidamente comenta o relator acerca da presunção do dano, in casu, denominado moral, referindo-se a outro julgado do mesmo Tribunal, catalogado na JTARGS 71/191.

314. De forma contrária, o que, com o até então sustentado, se revela entendimento equivocados: **"Indenização. Responsabilidade civil. Dano moral. Prova de sua repercussão. Falta. Verba não devida. Recurso provido para esse fim. No plano moral não basta o fator em si do acontecimento, mas, sim, a prova de sua repercussão, prejudicialmente moral"** (TJSP - 7ª CC - Ap. Cív. - Rel. Benini Cabral - j. 11.11.92 - "in" JTJ-LEX 143/89).

4. DO DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO

4.1 Reparação dos Danos Extrapatrimoniais por Descumprimento do Contrato

Como apreciado anteriormente, os danos comportam uma divisão entre patrimoniais e não patrimoniais. Tal classificação não é aplicável exclusivamente à responsabilidade civil extracontratual, apesar de ser mais freqüente e fácil sua constatação neste último ramo³¹⁵.

O enquadramento do dano decorrente de contrato, mesmo que extrapatrimonial, não implica em ausência de reparabilidade, pois, conforme assevera WILSON MELLO DA SILVA, devem ser os danos desta ordem sempre reparados, "(...) provenham ou não do delitos meramente penais ou do ilícito penal ou civil, da simples culpa aquiliana ou, também, da culpa contratual(...)"³¹⁶.

Válida também a observação de TRUJILLO, ao afirmar que o descumprimento contratual causa, por si só, inquietude na parte burlada, ainda mais para aqueles casos em que há um valor de afeição sobre o interesse atingido. Pode causar, por exemplo, a falência do contratante de renome, em virtude do

315.MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. Doutrina e prática das obrigações. p. 46.

316.SILVA, W.M. Obra citada. p. 636. Cita o autor, ao embasar sua opinião, as de LAFAILLE, MAZEAUD et MAZEAUD, COLMO, KOHLER e JOSSERAND.

inadimplemento de um contrato, causando-lhe dano íntimo certo³¹⁷.

De certa forma, a possibilidade de reparação de dano extrapatrimonial pelo não cumprimento do contrato, está ofuscada pela óbvia reparabilidade do dano patrimonial nesta idêntica situação. O fenômeno se dá, em face do conteúdo patrimonialista absoluto dos contratos³¹⁸, com ressalva ao de casamento³¹⁹, em virtude dos efeitos jurídicos institucionais que gera. Ou seja, ao se realizar um contrato visando uma obrigação de cunho patrimonial, e efeitos de mesma ordem, uma vez descumprido, poder-se-ia pleitear-se uma reparação também de natureza exclusivamente patrimonial³²⁰.

317. TRUJILLO, Rafael Durán. Nociones de responsabilidad de civil. p. 91.

318. A propósito, destaca-se o art. 1174 do Código Civil italiano: "la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse anche non patrimoniale, del creditore".

319. Parece ser razoável encarar o casamento como "contrato" privado, pois não decorre de outra situação jurídica que a própria autonomia de vontade dos nubentes, tendo verdadeira natureza de negócio jurídico ("in" OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de e MUNIZ, Francisco José Ferreira. Direito de família: direito matrimonial. p. 121-125).

320. "Empreitada. Contrato administrativo. Sanção à ré. Qualificação de inidônea. Dano moral pretendido. Prejuízo não provado, em função da qualificação. Improcedência ("in" Jurisprudência Brasileira, n. 117, p. 151).

No caso apresentado (de 1984), a empreiteira deixou de cumprir o contrato de execução de obras em estrada de rodagem, diante do descumprimento contratual da Administração, que deixara de realizar os pagamentos pela maneira contratada. A empreiteira chegou, por fim, a abandonar as obras. Por outro lado, a contratante taxou-a de "inidônea", impossibilitando sua participação em demais processos licitatórios, sentindo-se a empresa então ofendida extrapatrimonialmente. Diante da orientação patrimonialista adotada pelo Tribunal julgador, a pretensão compensatória da empresa foi rejeitada.

Tal, porém, não é a realidade manifesta pelo próprio artigo civil italiano anteriormente transcrito (art. 1.174), na medida da viabilidade de se poder enfocar um contrato bilateral em que uma das parcelas obrigacionais, dentro da relação complexa, seja destituída de conteúdo patrimonial, v.g., do freqüentador de uma peça de teatro, que realiza prestação pecuniária ao comprar o ingresso, em contra-partida ao lazer a que se propõe usufruir. O lazer, *in casu*, somente pode ser observado do ponto de vista extrapatrimonial. Uma vez frustrada a prestação ter-se-á uma violação contratual de parcela não econômica.

A relevância da patrimonialidade nas relações contratuais, segundo os irmãos MAZEAUD, não é correta, diante do que a patrimonialidade dos contratos não é, certamente, uma condição ("rectus" elemento) de validade daqueles³²¹, apesar de não atribuir o ordenamento jurídico efeito próprio à prestação de contrato que implique em obrigação destituída de conteúdo econômico^{322 323}.

AGOSTINHO ALVIM, ao citar Valverde y Valverde, lembra

321.MAZEAUD H.; MAZEAUD, L. Obra citada. p. 350.

322.DE CUPIS, A. Obra citada. p. 173. Ressalva o autor que a patrimonialidade da obrigação não é regra constante, a fim de justificar sua imprescindível relação com os prejuízos que pode acarretar.

323.Ambas as conclusões dos irmãos Mazeaud e De Cupis, concentram-se no art. 1.322 do Código Civil italiano, pelo qual podem as partes celebrar contratos atípicos, desde de que contenham interesses merecedores da tutela jurídica. Via de regra, tais interesses comportam aspectos econômicos, pois obrigações fúteis ou meros caprichos humanos não possuem amparo legal.

que a maioria da doutrina estrangeira nega a reparabilidade do dano extrapatrimonial, quando o contrato não é cumprido³²⁴.

A propósito do sistema italiano, afigura-se pouco suscetível à modalidade de dano ora enfocada, em especial no que toca ao descumprimento do contrato, pois, conforme o art. 2.059³²⁵, do Código Civil, somente em casos previstos em lei o dano extrapatrimonial é reparável. Segundo DE CUPIS³²⁶, apenas quando a obrigação violada se constitui em um delito pode-se imaginar tal reparação, nos termos do art. 185, 2º, do Código Penal italiano.

Baseia-se a posição negativista na tese defendida por Domat e Pothier, os quais recusavam a reparabilidade dos danos extrapatrimoniais originados de contrato. Porém, segundo os irmãos MAZEAUD, os doutrinadores anteriormente nominados lançaram suas opiniões a partir de uma leitura insuficiente realizada nos textos romanos. Os Romanos, em verdade, não distinguiram entre as formas de responsabilidade contratual e extracontratual, pois, conforme verificado na parte histórica, a *obligatio* surgia do contrato ou delito, na opinião minimalista da Gaio^{327 328}. Os irmãos MAZEAUD, áduos defenso-

324.ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. p. 212-213.

325.Vide infra nota 332.

326.DE CUPIS, A. Obra citada. p. 178.

327.Vide supra parte histórica, p. 13.

328.A propósito BITTAR, C. A. Obra citada. p. 150.

res da reparabilidade dos danos em questão, fundamentam suas opiniões, com ênfase, nos arts. 1.142 e 1.149 do Código Civil francês, os quais possibilitam a restituição de "tout" as lesões sofridas³²⁹.

Outra posição, igualmente negativista, baseava-se na irreparabilidade dos danos enfocados, eis que impossível a verificação exata dos prejuízos extrapatrimoniais sofridos a partir do descumprimento contratual. Inviável àquela constatação, seria, também, a quantificação da reparação. Mencionada tese, defendida por Hudelot e Metman, referida por WILSON MELO DA SILVA³³⁰, não mais encontra guarida em nosso sistema jurídico, diante da inovação constitucional que fez reparável o dano moral.

Um enfoque favorável da reparação dos danos extrapatrimoniais justifica sua posição na unidade de um sistema geral de responsabilidade civil, sem que haja diferenças substanciais entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual, como já versado anteriormente.

No mais, tendo-se em vista o conceito de dano não patrimonial como ofensa a interesse subjetivo absoluto, necessária sua reparação, independentemente de sua origem, seja contratual, seja extracontratual. A fonte do dano é irrele-

329.MAZEAUD, H e MAZEAUD, L. Obra citada. p. 352.

330.SILVA, W.M. Obra citada. p. 638.

vante; existindo este, porém, deve ser reparado³³¹.

RAVAZZONI afirma que na Itália a doutrina se inclina a aceitar a reparabilidade, desde de que haja um acúmulo entre o descumprimento do contrato e um delito (dano "**ex delicto**"). Todavia, mesmo em um "**fattispecie concrete**", tudo dependeria da conduta do agente responsável pelo não cumprimento do contrato. Aprecia-se a conduta do devedor de maneira abstrata, a partir da diligência média do bom pai de família, conforme o art. 2.059³³² do Código Civil daquele país³³³.

A existência de cláusula penal indenizatória na relação contratual implicaria em impossibilidade da reparação de danos extrapatrimoniais, segundo opina WILSON MELLO DA SILVA³³⁴, vez que já fixado a **forfait** o montante da reparação. Todavia, poderá muito bem o prejudicado abrir mão da cláusula penal, na medida de seu constrangimento, e, em procedimento ordinário, constituir título - sentença condenatória - contendo a parcela do dano não patrimonial, além do patrimonial, conforme permissivo do art. 918³³⁵, do Código Civil pátrio,

331.MENDONÇA, M.I.C. Obra citada. p. 46. Relevante a transcrição das palavra do autor: "Já deixamos dito que os danos morais podem se originar como quaisquer outros das obrigações ex contractu, tanto como das ex delicto" (grifos no original).

332.art. 2059: "Danni non patrimoniali - il danno non patrimoniali deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge".

333.RAVAZZONI, Alberto. La riparazione del danno non patrimoniale. p. 221.

334.SILVA, W.M. Obra citada. p. 640.

335.art. 918: "Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor" (grifo nosso).

que cria verdadeira obrigação alternativa em favor do prejudicado.

4.1.1 Posição Jurisprudencial e Doutrinária Hodierna³³⁶:
análise de alguns sistemas estrangeiros e nacional

4.1.1.1 Em França

No que toca à posição jurisprudencial francesa, a princípio os julgados daquele país, pertinentes à matéria e datados do final do século passado, não acolhiam as pretensões que visavam a cumulação de danos materiais e não patrimoniais, quando do descumprimento do contrato.

Atualmente, de forma pacífica acolhem-se as pretensões cumuladas, quando o devedor realiza o delito contratual de maneira dolosa. Menciona-se, a título exemplificativo, o caso da reparação dos danos extrapatrimoniais sofridos por uma família pelo retardamento do funeral, decorrente do descumprimento contratual do chefe de cerimônia das celebrações fúnebres, que atrasou no transporte do defunto³³⁷.

É caso típico em que há realização da prestação, entretanto, sem observância, pelo obrigado, do dever lateral de realização da prestação no tempo razoável, a não causar mais constrangimentos aos familiares do defunto do que os já decorrentes da morte de ente querido.

O princípio da autonomia da vontade ainda se impõe

336.O sistema italiano não será enfocado, na medida do critério casuista imposto pelo art. 2.059 do Código Civil, conforme verificado no corpo principal do trabalho, que limita em muito os casos de responsabilidade neste campo.

337.WEILL, Alex; TERRÉ, François. Obra citada. p. 394-395.

decisivamente no sistema francês, de sorte que a cláusula penal compensatória ou indenizatória ainda é o meio hábil à pré-fixação de prejuízos, de qualquer natureza³³⁸.

A cláusula penal indenizatória está prevista no art. 1.152, do Código Civil francês, havendo possibilidade de interferência do juiz na redução da pena, e, em casos de ampla fundamentação, sob o risco de reforma certa pela **Cour de Cassation**, sendo excepcional sua revisão, e regra a sua aplicabilidade^{339 340}.

Não somente para o caso de exagero na prévia fixação de danos a participação do juiz é decisiva no sistema francês, mas, ainda, na circunstância de ineficácia de sua exigibilidade, pela deterioração do valor de troca da moeda, em decorrência dos efeitos da inflação, por exemplo³⁴¹.

A questão da prévia fixação se prende, em verdade, à

338.SIMON, Patrick. La main invisible et le droit. p. 137-138.

339.SIMON, P. *idem*. p. 138.

340.Ainda, neste sentido, STARCK, B.; et. al. Obra citada. p. 604. Ressaltam os autores justamente o apego à autonomia contratual das partes, pela qual deve ser previamente fixada a indenização em caso de descumprimento. A vontade que faz nascer o contrato é a mesma que deve definir o montante da reparação, não sendo indenizável o prejuízo que se encontra no campo do contrato (cláusula penal). Destacam que para além do combinado, ocorrerá ofensa à boa-fé contratual.

Referem os autores, por derradeiro, que tal idéia está tão impregnada no sistema francês, que parcela autorizada da doutrina sugere que na hipótese de descumprimento do contrato (prestigiado com cláusula penal indenizatória), em verdade, o que se tem não seria uma reparação, mas mera execução de equivalente. Citam como referência Le Toruneau ("in" La responsabilité civile. 3. ed., nº 243).

341.STARCK, B.; et al. Obra citada. p. 602.

necessária previsibilidade dos danos no momento da concretização do fato, ou seja, em se evidenciarem atuais e certos³⁴². Mostra-se muito forte este aspecto do sistema francês, nos termos do art. 1.150, do **Code**, que leva interpretação mais rígida pela Cortes que o nosso similar, art. 1.060 do Código Civil, na medida em que o dano extrapatrimonial contratual é menos evidente e provável que o delitual.

Ressalve-se, outrossim, que apesar do sistema francês adotar o princípio da reparação integral, conforme já referido anteriormente, esta só se aplica na responsabilidade contratual, no sentido de extrapolar o limite do art. 1.150, do **Code**, na hipótese de conduta dolosa do infrator do contrato. Não seria justo premiar aquele que descumpre intencionalmente o contrato com a limitação imposta por aquele artigo de lei³⁴³.

A alternativa contratual de prévia fixação de danos tem se mostrado, em França, um mecanismo adequado à reparação de danos extrapatrimoniais, em virtude do descumprimento do contrato, em função da pouca interferência do magistrado na sua redução arbitrária, e pela fuga da polêmica questão da finalidade repressora e punitiva da responsabilidade civil.

No Brasil tal solução não poderia simplesmente ser adotada, pois, em que pese a previsibilidade legal da contra-

342.STARCK, B.; et al. idem. p. 602-603.

343.STARCK, B.; et. al. idem. p. 605. Citam os autores a opinião de Josserand, para quem a atitude dolosa do contratante, em descumprimento, implica em evasão do contrato.

tação de cláusula penal indenizatória, o art. 920³⁴⁴ do Código Civil impõe limitação incompatível com a pretensão compensatória de danos extrapatrimoniais.

Mesmo criando a cláusula penal presunção *iuris et iure*, no sentido de serem aqueles os danos previamente fixados, não se afasta do julgador a possibilidade de revê-los, pois goza de poder isonômico, não sendo justo que o contratante ao realizar a prestação a que estava adstrito, de maneira parcial, seja obrigação pela integralidade da pena fixada anteriormente³⁴⁵.

Ocorre que o Código Civil não prevê cláusula penal indenizatória para compensação de danos extrapatrimoniais, tornando-se injusta a redução de seu montante, se tomado como critério exclusivo pelo juiz, conforme determina a lei, a redução a partir de parcial cumprimento da obrigação. A justiça do Código Civil é a do indivíduo enquanto atingido no seu patrimônio, sendo o bem de cunho econômico a referência de seu sistema.

Tome-se a situação do inadimplemento absoluto de um contrato, a partir do qual só os danos emergentes implicariam no valor total da obrigação. Ora, demais prejuízos, mesmo patrimoniais - lucros cessantes -, poderiam restar desabrigados em face da limitação legal de pré-fixação de danos.

Ressalta-se, ainda, que a cláusula penal implica em

344.art. 920: "O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal".

345.POPP, C. Obra citada. p. 165-166.

eventual restrição a direito patrimonial do ofendido, não sendo viável a limitação da compensação por direitos indisponíveis do sujeito. A aceitação do sistema francês acarretaria, por meio estrábico, uma brecha para a possibilidade de cláusula de exclusão contratual sobre bens personalíssimos, o que não se admite.

A solução em nosso país deve ser outra, portanto.

4.1.1.2 Nos Sistemas Relevantes da **Common Law**³⁴⁶

É conhecido no sistema anglo-saxão o caso original que discutiu a matéria, denominado **Hadley v. Baxendale**, pelo qual um transportador de madeira, o segundo sujeito da relação processual, não a entrega em tempo ao seu destino - marmeneiro - que teve sua atividade suspensa por mais tempo que o ordinário, não fosse a negligência do transportador³⁴⁷.

Por muito tempo entendeu-se que dois princípios relacionados a danos teriam sido ressaltados pela Corte: um geral - **general damages**, e um especial - **special damages** -. O primeiro referente ao dano direto, natural da inexecução do contrato e o segundo decorrente de um prejuízo particular, não resultante do curso ordinário da inexecução.

O sistema inglês prescinde da investigação do grau de

346. Passa-se a enfocar, principalmente, o sistema britânico, com referência rápida ao sistema norte-americano contratual de responsabilidade, sem que para isso se queira fazer juízo negativo de valor quanto ao sistema canadense de orientação costumeira.

347. BUFNOIR, Claude. Les contrats de droit anglais. p. 411.

culpa para fins de reparação, de sorte que somente se faz a análise de ter agido o sujeito conforme os atos de um **reasonable man**³⁴⁸, podendo ou não ter condições de prever os prejuízos que o descumprimento acarretariam. A questão está então centrada na previsibilidade do dano.

Em explanação acerca da previsibilidade dos efeitos do descumprimento do contrato, explica COLEMAN que se manifesta tal previsibilidade pela observância, por parte dos contratantes, de todas as contingências prejudiciais em potencial, sendo que deverão seguir os passos para se resguardar contra elas. Cada contratante deve dar o máximo de si para o fiel cumprimento do acordo e satisfação integral do outro contratante, não podendo haver despesas excepcionais, para além da previstas³⁴⁹.

A situação do fracionamento dos danos em dois princípios foi quebrada, a partir do caso **Victoria Laundry (wind-sor) v. Newman Industries, Ltd.**, de 1949, pelo se solidificou a questão única de se impor a investigação da previsibilidade das partes quanto aos prejuízos, no momento da celebração do

348.BUFNOIR, C. idem. p. 412. A expressão se traduz, para o nosso sistema, pela diligência do homem médio ou no bom pai de família, que para o sistema Inglês, entretanto, não se confunde com o homem comum, mas com aquele habituado às práticas comerciais, "(...) un homme du type avec lequel le demandeur a entendu contracter: c'est un commerçant, le plus souvent spécialisé dans un certain commerce, (...)".

349.COLEMAN, J.L. Obra citada. p. 72. Apesar de americano o autor, sua explanação parece se enquadrar perfeitamente dentro do referido sobre o sistema inglês, fazendo crer que o critério da previsibilidade também é adotado nos Estados Unidos da América, entretanto, como bem ressalva, projetado para pessoa com prudência ordinária, o que se distancia um pouco do conceito de reasonable man inglês.

contrato (**in the contemplation of the parties**)³⁵⁰. A divisão entre danos diretos e indiretos (**remoteness of damage**), para casos dessa natureza, acaba por ser afastada.

Importante ser questionado se o critério da mera previsibilidade bastaria para casos em que o descumprimento resultasse prejuízos não patrimoniais.

Segundo o julgado **Polemis**³⁵¹, datado de 1921, os prejuízos patrimoniais e não patrimoniais devem ser reparados em decorrência da quebra de um contrato. Casos interpretativos do **land mark** referido, notadamente pelo arresto **Overseas Tankship ltd. v. Morts Dock & Enginneering Co. Ltd.** (1961), entenderam que não bastava a previsibilidade do prejuízo, fosse ele qual fosse, mas, ainda, que o dano não poderia ser meramente eventual, mitigando a regra aplicada ao caso **Polem****is**, em que se tinha feito aplicação do princípio da repara-

350.BUFNOIR, C. Obra citada. p. 412. Transcreve o autor o caso **The Heron II. Koufos v. Czarnikov ltd.**, de 1967, em que um armador naval e um comerciante de firmaram contrato de transporte de açúcar, a partir de Constanza, tendo como destino Bassorah. Havia comercialização garantida do produto no seu destino, ou seja, o comerciante procederá a revenda do açúcar. Ocorre que o produto aportou em Bassorah com nove dias de atraso, e em tal período ocorreu a baixa do seu preço, acarretando prejuízos ao comerciante. Na media da ignorância do transportador quanto a finalidade do transporte - revenda imediata do açúcar no mercado de Bassorah - a Casa do Lordes teve por improcedente a pretensão indenizatória.

351.Retrata o caso os prejuízos sofridos por fretadores de um navio, no qual, o tombar de um prancha, em um de seus porões, implicou em explosão da nau, perda da carga colocada em frete e prejuízos físicos aos negociantes que se encontravam no porão. O armador foi condenado a pagar todos os prejuízos pelo acidente. Segundo ao autor, trata-se de caso de quebra de contrato, mas que é focado no direito inglês, como responsabilidade delitual ("in" BUFNOIR, C. Obra citada. p. 413-414).

ção integral do dano³⁵².

O que se tem na Inglaterra é que a questão se encontra em pleno estado de evolução. Para os danos extrapatrimoniais, mesmo decorrentes de descumprimento de contrato, as regras aplicáveis são as da responsabilidade delitual, com notória aplicabilidade da teoria da culpa (**tort of negligence**), para esses danos específicos. Está, desta forma, distante da responsabilidade pelo **breach of contract**, em que a mera previsibilidade do dano é solicitada, e, muito menos, de uma objetivação da culpa (**torts of strict liability**)³⁵³.

No sistema americano, em particular à responsabilidade contratual, os **punitive damages** são aplicados deliberadamente pelas Cortes, segundo visão crítica de PATRICK SIMON, a figurar-se uma **maladie judiciaire** e verdadeira "(...) **obsession d'allouer de fortes indemnités qui aveuglent l'impartialité des magistrats et des jurés**"^{354 355}.

Após, diz o autor que o lado mais positivo do sistema americano de responsabilidade, dentre os vários aspectos a destacar, é a possibilidade corriqueira da aplicação de punição civil, havendo a intenção de prejudicar, ou constituir uma fraude ou circunstância contratual problemática relevante. Cita como exemplos:

352.BUFNOIR, C. *idem*. p. 414.

353.BUFNOIR, C. *idem*. *ibidem*.

354.SIMON, P. Obra citada. p. 136.

355.Na tradução livre: obsessão de atribuir grandes indenizações que afetam a imparcialidade dos magistrados e dos jurados.

"(...) ainsi lorsqu'une banque refuse d'honorer, le chèque tiré par un de ses clients alors que le compte est provisionné, ou lorsqu'un agent immobilier tenu au secret professionnel le viole délibérément pour faire échouer l'opération projetée par son commenttant et la faire réaliser par un concurrent"³⁵⁶ ³⁵⁷.

O fundamento da punição está relacionado ao desestímulo ao novo ilícito, transferindo, o sistema americano, o exercício do direito de ação e seus benefícios à própria vítima, e retirando-a, conseqüentemente, das mãos do **parquet**, pelo que a pena seria tida como privada³⁵⁸. Parece estar mais preocupado o sistema enfocado com a prevenção e punição, do que com a legitimidade processual e beneficiário da indenização.

4.1.1.3 No Brasil

Em nosso país, anteriormente à Carta Constitucional de 1988, discutia-se, ainda, acerca da reparabilidade dos danos não patrimoniais. O bem jurídico não patrimonial não foi acolhido de forma expressa pelo sistema civil, mas sim através de intensa e longa atividade dos Tribunais, defluindo no sistema constitucional de responsabilidade civil.

356.SIMON, P. idem. ibidem.

357.Na tradução livre: assim quando um banco recusa honrar o cheque emitido por um de seus clientes tendo provisões a conta, ou quando um agente imobiliário guardando um segredo profissional o viola deliberadamente malogrando a operação projetada em virtude de seus comentários, fazendo-a realizar por um concorrente.

358.SIMON, P. Obra citada. p. 137.

Como restavam dúvidas acerca da reparabilidade dos danos que não tinham natureza patrimonial, muito mais vacilantes se mostravam os Tribunais em conceder a reparação (mesmo que não cumulada ou indireta), dos danos extrapatrimoniais, pelo não cumprimento de contrato.

Com a vigência da nova Carta Constitucional, a matéria se pacificou, sendo hoje inaceitável a posição de irreparabilidade dos danos extrapatrimoniais sofridos.

Ocorre que os Tribunais, e mesmo os postulantes, não se apercebem que o descumprimento do contrato, em qualquer das modalidades que serão adiante exploradas, pode implicar em danos de outra ordem que não patrimoniais.

Quando verificado **in concreto** o dano extrapatrimonial decorrente da inobservância dos termos do contrato, via de regra é encarado sob a ótica delitual, e não contratual³⁵⁹.

359.O caso a seguir bem retrata o comentário: **Responsabilidade Civil. Erro Bancário Culposo. Nome de Correntista. Registro Indevido na Central de Restrições de Órgão de Proteção de Crédito. Dano Moral Configurado. Indenização Devida.** Aplicação do art. 5º, X, da CF/88 e art. 159 do CCB. Responde, a título de ato ilícito absoluto, pelo dano moral conseqüente, o estabelecimento bancário que, por erro culposo, provoca registro indevido do nome de cliente em central de restrições de órgão de proteção de crédito (TJSP - Ap. Cív. 198.945 - Rel.: Des. Cezar Peluso - J. 21/12/93).

Evidencia-se do acórdão duas situações mais evidentes: o caso foi julgado a partir de critérios da responsabilidade delitual, tomando por base o art. 159 do Código Civil, que antes de ser regra genérica do sistema de responsabilidade civil, fundamenta a responsabilidade aquiliana; o desprezo pela legislação especial (Lei 8.078/90), que favorece ao correntista (particularmente no que toca a prova da culpa, dispensada no plano da legislação referida, nos termos do **caput** do seu art. 14). O mau enquadramento do dano, em ser contratual ou não a responsabilidade, pode justamente acarretar prejuízos dessa ordem à parte.

A localização do caso em apreço, e o dano correspondente, se situam no âmbito contratual, pois a origem do prejuízo perpetrado

Classicamente a responsabilidade em tela se situa no campo dos contratos de transporte ferroviário (Decreto legislativo nº 2.281/12) e aéreo (Lei 7.565/86), de pessoas e coisas.

Outro fator determinante para a verificação da posição jurisprudencial atual se refere ao Código de Defesa do Consumidor, pois enfoca relações contratuais, com previsibilidade de compensação de prejuízos extrapatrimoniais (art. 6º, inc. 6º³⁶⁰), na medida do descumprimento do contrato.

As citadas legislações, referentes ao transporte de coisas ou pessoas, passam a ser influenciadas pela lei especial protetiva do consumidor pois aquelas relações são, em geral, de consumo, nos termos dos seus arts. 2º e 3º, § 2º.

A inovação inaugurada pelo sistema legal do Código de Defesa do Consumidor impõe em necessária renovação do quadro jurisprudencial, já mostrando sinais claros de sua eficácia, por exemplo, nas relações que implicam no fornecimento de crédito (por exemplo, nos contratos bancários). Algumas lições, em prejuízo ao consumidor, ainda são **acertadas** pelo di-

...Continua...

pelo banco decorre de uma relação daquela natureza. E ainda, o banco, enquanto contratado do correntista, deve zelar pela integridade (patrimonial e extrapatrimonial) de seu cliente, no melhor estilo de obrigação lateral, afigurando-se caso de violação positiva do contrato (vide infra item 4.3.3).

360.Art. 6º - São direitos básicos do consumidor: inc. VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (grifo nosso).

reito geral³⁶¹.

Deduz-se, em decorrência da exposição ora realizada, que há a possibilidade da reparação dos danos extrapatrimoniais quando do não cumprimento do contrato, sejam estes cumulados ou não com danos patrimoniais.

Porém, o que não versa a doutrina, é justamente em quais modalidades ou formas de não cumprimento contratual seria possível realizar tal pleito.

Trata-se da matéria de forma genérica, referindo-se, sempre, ao inadimplemento, de maneira a supostamente estarem englobadas todas as formas de descumprimento, sem inferências mais cuidadosas no mundo obrigacional do descumprimento dos contratos. Atender-se-á a esta apreciação mais delicada no capítulo adiante.

361. **"Dano Moral. Abalo de Crédito. Cheque Devolvido por Insuficiência de Fundos.** Contrato de abertura de crédito entre o banco e o autor. Renovação automática não efetuada por insuficiência de saldo médio. Falta de aviso ao correntista. Infração contratual dolosa. Reparação moral fixada em vinte vezes o valor do cheque. CF/88, art. 5º, X." ("in" Jurisprudência Brasileira, n. 157, p. 226).

No caso em questão, entendeu o Tribunal haver um descumprimento contratual da instituição financeira, que não avisou ao correntista que seu crédito havia sido encerrado. A devolução do cheque certamente gerou um dano não patrimonial àquele, passível de indenização compensatória.

4.2 Os Interesses Contratuais Envolvidos

Antes de se adentrar ao tema das formas pelas quais o contrato pode ser descumprido, e da possibilidade do surgimento ou não de danos extrapatrimoniais por aquele fato ilícito, interessante se mostra a análise dos interesses jurídicos que cercam o mundo contratual. Circunscrito a tais interesses contratuais, impõe-se a investigação, mesmo que superficial, sobre o princípio da boa-fé.

Previamente ainda à investigação das modalidades de descumprimento, necessário se faz revelar o que seja o cumprimento, para tornar mais amena a apreciação de suas formas negativas.

No momento constitutivo do contrato surgem interesses jurídicos relevantes, pois é ele um meio próprio de circulação de riquezas, sendo que as prestações envolvidas sempre devem ter conteúdo econômico, ao ponto de que sua não verificação implica em invalidade do negócio³⁶².

Riquezas são genericamente trocadas, sendo apreciada a relação obrigacional a partir do interesse do credor em ter seu direito de crédito satisfeito.

Destaca-se que a obrigação, a esse propósito, é tomada invariavelmente sob a ótica simplista (não complexa portanto) na medida em que, hipoteticamente, sugere uma relação

362.A propósito PAULO NALIN ("in" Unificação das Obrigações Privadas. Revista Jurídica da Faculdade de Direito de Curitiba, n. 8, p. 144-159).

obrigacional com posições singelas dos sujeitos envolvidos, vale dizer, tendo sempre um credor e um devedor em cada polo obrigacional³⁶³.

A realidade se mostra diversa, na medida em que são menos freqüentes os contratos unilaterais em face dos bilaterais, nos quais, em um único pólo contratual, concentram-se credor e devedor. A figura simplista, apesar de menos constante, serve para o questionamento teórico. Adota-se, assim, a relação obrigacional simples como parâmetro da exposição, em virtude de sua facilidade metodológica.

Superada a questão do método empregado, verifica-se que o ordenamento jurídico se inclina à satisfação dos interesses do credor, sendo constituído o quadro variante de formas de descumprimento contratual a partir do seu interesse³⁶⁴. O devedor não é o centro do sistema jurídico, apesar de seu dever, em cumprir a prestação, estar mais afeto

363. Pertinente ao tema, para melhor esclarecimento, as palavras de MENEZES CORDEIRO, assim dispondo sobre obrigações simples e complexas: "(...) Um único vínculo obrigacional, comodamente definido pelos sujeitos e pela especificidade da conduta devida é uma obrigação simples. Pode contudo suceder que, mercê de vicissitude ocorrida a nível de fontes - normalmente contratos, mas com possibilidade de intervenção de qualquer outro facto constitutivo de obrigações - surjam vários vínculos obrigacionais interligados numa unidade funcional: a obrigação é complexa" ("in" Violação positiva do contrato. Estudos de direito civil. p. 123).

364. GOMES, O. Obrigações. p. 107. Afirma o autor que o vínculo contratual se forma para a satisfação do interesse do credor.

a uma faculdade³⁶⁵ do que a um dever propriamente dito, visando sua liberação³⁶⁶. Em confronto com o dever jurídico do devedor, tem-se o direito subjetivo do credor em poder fazer valer seu interesse creditício perante aquele, por meio da garantia legal existente em todo e qualquer contrato³⁶⁷. Aliás, já se disse com inteligência que "(...). **A obrigação existe no interesse do credor, logo tem ele direito ao adimplemento**"^{368 369}, encontrando o credor, com o adimplemento, a legítima satisfação do seu interesse³⁷⁰.

Em última análise, o contrato nada mais é do que a

365.É aplicável a idéia da existência de uma faculdade em favor do devedor em cumprir a obrigação, no quadro dúplice sugerido por VICENTE RÃO ("in" O direito e a vida dos direitos v. 1. p. 331, nota 180), ao dispor que as faculdades de direito ou jurídicas podem ser de duas ordens: "(...) No de pontecialidade abstrata de ter, de adquirir direitos, o que constitui pressuposto para a aquisição ou exercício, como, por exemplo, a capacidade de agir, de doar, de testar, etc., e, ainda, no sentido de consequência resultante de um direito, consequência que lhe forma o conteúdo próprio constitui o modo de sua manifestação. As faculdades desta última espécie são integrantes dos direitos e não possuem uma existência a se". A possibilidade do devedor em consignar o objeto do contrato recusado pelo credor, se afigura como exemplo adequado à esta segunda figura referida pelo autor, pois tem a seu favor direito (objetivo) a lhe garantir o exercício de uma faculdade jurídica (consignar ou não o objeto recusado).

366.Não é outro o fundamento do instituto da purgação da mora ou do próprio pagamento por consignação.

367.No plano positivado, destaca-se o art. 24, da Lei 8.078/90, que se utiliza concretamente da expressão "garantia legal", a confirmar a existência lógica de outra que não seja legal, mas sim contratual.

368.POPP, C. Obra citada. p. 97.

369.No mesmo sentido, ao citar João Calvão da Silva, ARAKEN DE ASSIS ("in" Resolução do contrato por inadimplemento. p. 82.) "(...) identifica, no interesse do credor a cuja satisfação visa a solutio, o "alfa e o ômega da obrigação".

370.TELLES, I. G. Obra citada. p. 207.

concretização de comportamentos projetados e convertidos em realidades³⁷¹. Cumprimento e descumprimento são duas grandes realidades optativas que podem desembocar no veículo dinâmico em que a obrigação consiste³⁷².

O comportamento do contratante, tão ponderadamente referido pelo autor espanhol, pode ser, concretamente, de duas ordens: uma prestação de fato, ou de coisa³⁷³.

O cumprimento da obrigação, estritamente, nada mais é do que "(...) **a realização voluntária da prestação debitória** (...) "³⁷⁴, a implicar na observância de dois efeitos necessários: satisfação do interesse do credor e liberação do devedor³⁷⁵.

Os elementos podem vir dissociados, na medida em que seja viável a realização da prestação por terceira pessoa, implicando na ausência de liberação do devedor, não obstante

371.DÍEZ-PICAZO, L. Obra citada. p. 620.

372.DÍEZ-PICAZO, L. *idem*. *ibidem*.

373.Parece mais adequada a terminologia do Código Civil português, comparativamente às nossas modalidades obrigacionais de fazer e de dar, respectivamente, pois sua generalidade abrange condutas contratuais só especificamente verificas em nosso sistema, tais como a restituição e a devolução (coisa) e ainda elimina a de não fazer, englobando-a na obrigação de fato.

374.VARELA, J.M.A. Das obrigações v. 2. p. 7.

375.DÍEZ-PICAZO, L. Obra citada. p. 621. Afirma que o ato de pagamento implica em cumprimento, satisfação e liberação.

a satisfação do credor^{376 377}. Uma vez cumprida a obrigação por terceiro sujeito, não se encerra para o devedor, por força do instituto da sub-rogação, ou do direito de regresso, em função de ser ou não interessado o terceiro envolvido. Diz-se, em tal circunstância, que há adimplemento relativo³⁷⁸.

A satisfação do interesse do credor decorre do cumprimento pontual da prestação, tomando-se a pontualidade não só pelo tempo, mas ainda pelo local e modo do cumprimento, nos precisos limites do contratado^{379 380 381}. A pontualidade no cumprimento da prestação indica a observância, pelo deve-

376.GOMES, O. Obra citada. p. 107.

377.Tal situação decorre da abertura proporcionada pelo art. 930, do Código Civil pátrio, ao autorizar a realização da prestação por qualquer interessado, pois, em sendo de conteúdo econômico a obrigação, pouco importa ao credor o sujeito que a cumpre. Ressalva necessária deve ser feita a obrigação personalíssima, em razão da subjetividade relacionada ao devedor do contrato.

378.GOMES, O. Obra citada. p. 107.

379.O princípio da pontualidade, reflete "(...) a regra básica de que o cumprimento tem de ajustar-se inteiramente à prestação devida, de que cabe ao solvens efectuá-la ponto por ponto, mas em todos os sentidos e não apenas no aspecto temporal" ("in" COSTA, M.J.A. Noções p. 265).

380.Neste sentido exato, em que se verifica o cumprimento, pode ele, se realizada pontualmente, ser confundido conceitualmente com o adimplemento, que é forma pela qual o cumprimento se realiza. A propósito, o conceito de adimplemento de TORRENTE e SCHLESINGER: "L'adempimento o pagamento consiste nella esatta realizzazione della prestazione devouta" (grifo no original) ("in". Obra citada. p. 436).

381.Ainda sobre o princípio da pontualidade, GALVÃO TELLES ("in" Obra citada. p. 210).

dor, ao princípio da boa-fé³⁸² 383.

A pontualidade será melhor enfocada quando da análise do cumprimento imperfeito da obrigação, pois é tal modalidade de descumprimento obrigacional que se mostra mais evidente.

A situação do cumprimento voluntário se dá, v.g., quando o comprador paga o preço da coisa; quando o vendedor transmite o imóvel alienado; quando há o pagamento pontual dos aluguéis pelo locatário; quando o empreiteiro faz a obra e o advogado observa seu dever ético de silenciar ante as revelações do cliente³⁸⁴.

Ressalta-se não se estar a trabalhar com a categoria da boa-fé³⁸⁵ relacionada ao momento formativo da relação contratual, mas sim dedicada a sua execução³⁸⁶. O trabalho toma

382.COSTA, M.J.A. Direito das p. 698.

383.Por certo muitos são os princípios jurídicos que informam a matéria contratual, v.g., a autonomia da vontade, a equivalência das prestações, a supremacia da ordem pública, a obrigatoriedade dos contratos, o dirigismo contratual, o do não enriquecimento ilícito, etc. Cada autor pode eleger o quadro de princípios mais adequado ao direcionamento de sua obra, pois está distante dos grilhões do texto legal. No presente trabalho, somente a boa-fé será abordada, pois é fundamental para o aspecto do cumprimento ou execução das prestações contratuais, conforme algumas legislações expressamente consagram.

384.VARELA, J.M.A. Direito das v. 2. p. 49.

385.A leitura que se faz acerca do princípio da boa-fé é despretensiosa e estritamente relacionada à utilidade para o trabalho, pois sua inquirição científica séria conduziria a verdadeiro tratado jurídico, como a obra Da Boa Fé no Direito Civil, de Antônio Menezes Cordeiro, a que se fará breve referência.

386.A limitação é válida, na medida em que os sistemas jurídicos que rendem homenagem ao princípio da boa fé (em sua forma concreta), o fazem para momentos distintos do contrato. O Código Civil português, por exemplo, e em lance de modernidade, valoriza o princípio da boa fé contratual nas três fases cruciais

a feição, neste momento, ao texto e interpretação do Código Civil francês, no seu art. 1.134, al. 3ª, que prevê expressamente a boa-fé relacionada a execução do contrato, o que, não obstante, permaneceu letra morta no sistema francês e belga, ao longo do séc. XIX, pois entendia-se dispositivo relacionado "à interpretação das convenções"³⁸⁷, o que se caracterizava intolerável no sistema de origem do liberalismo tradicional e da máxima **pacta sunt servanda**³⁸⁸.

...Continua...

de sua existência: na sua formação (art. 227º, nº 1), quanto a sua integração (art. 239º) e com relação a sua execução (art. 762º, nº 2).

A doutrina portuguesa concorrentiza seus argumentos quanto a responsabilidade pré-contratual (neste momento abordada quanto ao princípio da boa fé), conforme o primeiro dos artigos citados. É a renovação da teoria da culpa in contrahendo, pois, em consequência da amplitude sugerida pelo art. 227º, abrange todos os danos decorrentes da violação de deveres secundários de informação, de esclarecimentos e de lealdade, em que se desdobra o largo prisma contratual da boa fé ("in" VARELA, J.M.A. Das obrigações v. 1. p. 273).

387.NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais. p. 126. Salienta o autor nesta sua obra que o entendimento não interpretativo do artigo de lei referido, do Código Civil francês, decorreu da leitura feita por Alfred Rieg, na sua obra *Force obligatoire des conventions*, fasc. 11, p. 2 e 18., vindo a consolidar a ausência interpretativa por demais doutrinadores autorizados, que em suas obra dedicavam algumas linhas ao tema.

388.Neste passo, o princípio da boa-fé era lido como reforço à intenção dos contratantes, em virtude, inclusive, de estar localizada quanto a execução do contrato, vale dizer, "(...) al principio di buona fede era affidato un ruolo di mero supporto della volontà privata", não se revelando ato de comportamento concreto e objetivo (GRISI, Giuseppe. L'obbligo precontrattuale di informazione. p. 12).

Revela o autor, ainda, que a regra da boa-fé tinha conotação meramente marginal para o Direito das Obrigações, sendo aplicada explicitamente, por outro lado, quanto a acessão, ao casamento putativo, à prescrição aquisitiva e à posse. Justifica o autor a referência, ao fato de que no artigo 1.135 do Code, seguinte ao da regra da boa-fé, não ter atribuído a esta o status de fonte de integração interpretativa dos contratos, paralelamente a equidade, bons costumes e a própria lei ("in" idem. p. 11-12).

A redação original do **Code** quanto à boa-fé não veda a insurgência da moderna doutrina francesa sobre seus termos, sendo absoluta e marcante a afirmação de STARCK, de que o princípio, mesmo tendo expressa limitação redacional à execução do contrato, não se reserva atualmente a tal fim, suscitando os deveres de lealdade e cooperação das partes³⁸⁹.

Quanto aos limites positivos da cláusula de boa-fé constantes no **Code**, reconhece STARCK que somente após longo tempo de estagnação jurisprudencial, passou-se a adotar a tendência do equilíbrio entre partes. A boa-fé extrapola o sentido literal do texto agora interpretado, de mera informação entre contratantes (transparência) para a fidelidade ao espírito gerador do contrato. A lealdade proposta pelo autor estaria na medida das informações prestadas entre os contratantes, a revelarem seus efetivos interesses³⁹⁰.

Além do dever de lealdade, encontra-se também o da cooperação que se destina a facilitar a execução do contrato conforme os bons costumes e boa-fé³⁹¹.

De maneira a modernizar o pensamento oitocentista, ainda na fase não interpretada do **Code**, o B.G.B., no seu § 242, dispõe que "o devedor está obrigado a executar a prestação como exige a boa-fé", vindo o preceito a ser conhecido

389.STARCK, B; et al. Obra citada. p. 500-503.

390.STARCK, B.; et. al. idem. p. 502.

391.STARCK, B.; et. al. idem. ibidem.

como "parágrafo régio"³⁹², tamanha projeção e importância que gerou, não só na Alemanha como para além de suas próprias fronteiras.

Da mesma forma, relevante o art. 762º, nº 2, do Código Civil português³⁹³, e ainda os arts. 1.137³⁹⁴ e 1.375³⁹⁵, do Código Civil italiano.

Com escopo de delimitação do conteúdo representativo da boa-fé, no momento executivo do contrato, valiosas e imprescindíveis as palavras de BIANCA:

"Pur se referita al momento esecutivo la buona fede rileva come fonte primaria d'integrazione del rapporto, prevalente anche sulle determinazioni contrattuali. In tal senso depone il suo valore di ordine pubblico. La buona fede rappresenta infatti uno dei principi portanto del nostro ordinamento sociale, e il fondamento etico che le viene riconosciuto trova rispondenza nell'idea di una morale sociale attiva o solidale, che si pone al di là dei tradizionali confini del buon costume"^{396 397}.

392.NORONHA, F. Obra citada. p. 126.

393.art. 762º, nº 2: "No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé".

394.Assim dispõe o artigo: "Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza".

395.Dispõe o artigo: "Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede".

396.BIANCA, C. Massimo. Diritto civile : il contratto. p. 473.

397.Na tradução livre: Por se referir ao momento executivo a boa-fé releva-se como fonte primária de integração do acordo, prevalente mesmo sobre as determinações contratuais. Em tal senso se deposita o seu valor de ordem pública. A boa-fé representa verdadeiramente um dos princípios portanto do nosso ordenamento social, e o fundamento ético que reconhece encontra amparo na idéia de uma norma social ativa ou solidária, que se põe ao lado dos tradicionais confins do bom costume.

Além do conteúdo ético, relacionado à moral e aos bons costumes, salienta BIANCA que a boa-fé é regra objetiva, não estando somente voltada a corrigir o negócio feito em desconformidade com o sistema jurídico (idéia a que denomina **tesi riduttiva**) mas que também é papel do princípio enfocado, nos termos de sua finalidade integrativa. Entretanto, ainda na esteira do autor italiano, a boa-fé não impõe um comportamento preestabelecido, mas sim uma conduta diversa, que pode ser positiva ou negativa, em face das circunstâncias concretas da execução do acordo³⁹⁸.

No prisma positivo pátrio, verifica-se a ausência de dispositivo semelhante no Código Civil, percebendo-se, outrossim, o apelo e preocupação do legislador com a influência do sistema de princípios no texto legal. É o que se verifica do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, que revelou inúmeros princípios insurgentes, e consagrou outros mais antigos.

O princípio da boa-fé se mostra idéia básica para vários princípios "derivados" na Lei 8.078/90. É o que se pode concluir, juntamente com CLÁUDIA LIMA MARQUES, quando atesta os princípios da transparência e do equilíbrio das prestações³⁹⁹.

Aparentemente poderia se imaginar que o código ora comentado teria se preocupado somente com a aplicabilidade da boa-fé no momento formativo do contrato, a exemplo do art.

398.BIANCA, C.M. *idem*. p. 474.

399.MARQUES, C.L. *Obra citada*. p. 256-257.

51, inc. IV, ao se referir a cláusulas abusivas. Notório o enfoque da lei mencionada quanto a formação do contrato em seu momento ainda redacional (art. 54, da lei).

Por outro lado, o princípio da transparência, tão bem abordado por CLÁUDIA LIMA MARQUES em sua obra pioneira, assentado no **caput** do art. 4º, da Lei 8.078/90, ao se preocupar com a sinceridade (transparência) das relações de consumo deixa clara sua projeção para todos os momentos da relação contratual. Tome-se, como exemplo, a proteção do consumidor contra a propaganda enganosa (enfoque pré-contratual) e práticas comerciais, incluídas ou não nas relações comerciais em sentido estrito. Revela a autora, ainda, o direito de arrependimento (art. 49), situado adiante da formação contratual⁴⁰⁰. Sua extensão é plena, portanto^{401 402}.

400.MARQUES, C.L. *idem*. p. 257.

401.Ainda sobre o tema da aplicabilidade da boa-fé, agora já no momento de execução contratual, no Código de Defesa do Consumidor, vide ALBERTO DO AMARAL JÚNIOR ("in" Proteção do consumidor no contrato de compra e venda. p. 136-140). Avalia o autor, comparativamente, a leitura realizada da boa-fé pelos atuais sistemas alemão e italiano.

402.Louvável a exploração do princípio da boa-fé pela doutrina mais séria no Brasil e principalmente pelo projeto legislativo legado a juristas conscientes, que veio a localizar no Código de Defesa do Consumidor princípio do maior grau. Entretanto, o enquadramento do princípio da boa-fé, no que toca ao contrato, já extrapola seu momento formativo, pela nova leitura da culpa pré-contratual, e de execução, vindo, atualmente, a residir na culpa *pos factum finitum* ou simplesmente responsabilidade pós-contratual. Alicerça-se a teoria da responsabilidade pós-contratual à confiança estabelecida entre as partes, a sobreviver mesmo após o encerramento da relação. Sua adoção permite aplicar o esquema da responsabilidade contratual e suas vantagens, e não meramente a delitual. Tem se revelado mais constante nas relações de trabalho ("in" MENEZES CORDEIRO, A. Estudos p. 126), talvez, por e-

Por outro lado, a ausência do princípio da boa-fé, de maneira concreta, no Código Civil, não implica na suposta viabilidade dos contratantes, mesmo em relações paritárias, de não agirem conforme as regras da solidariedade e cooperação social reinantes, necessárias ao pontual cumprimento das prestações contratuais envolvidas. Por este aspecto, o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, no atual sistema contratual brasileiro, veio a selar inúmeros debates, exigindo o Direito Contratual e transportando-o para além das relações individualmente previstas⁴⁰³.

Importante destacar que a boa-fé, enquanto regra de conduta para a execução do contrato, deve ser encarada não em seu prisma subjetivo, mas sempre no objetivo⁴⁰⁴.

Conforme bem explica FERNANDO NORONHA, existem duas boas-fés, ambas jurídicas, sendo a primeira subjetiva e, a segunda, objetiva⁴⁰⁵. A primeira está relacionada a elementos psicológicos, de convicção e ignorância do sujeito quanto a

...Continua...

xemplo, quanto ao segredo de empresa, que se prolonga mesmo após o afastamento do negócio pelo sócio ou empregado. É campo novo ainda por ser desvendado.

403.NORONHA, F. Obra citada. p. 1-3.

404.As considerações até aqui tecidas, não implicam em conclusão no sentido de que somente objetivamente encarada se afigura o atual perfil da boa-fé. Ao contrário, notório que no próprio Código Civil, verifica-se a concepção intocada da boa-fé enquanto subjetivamente concebida, especialmente para a matéria de Direito Reais, o que se mostra evidente a partir da leitura do art. 490 do diploma legal em questão, pelo qual o possuidor é tido de boa-fé se **ignorar** o vício de sua posse. A ignorância uma situação intrínseca e subjetiva do homem, via de regra somente por ele conhecida.

405.NORONHA, F. idem. p. 132.

uma dada realidade jurídica⁴⁰⁶, e, a segunda, a elementos externos referentes a normas de conduta. A primeira é a **boa-fé estado**, ao passo que a segunda é a **boa-fé princípio**. É a segunda que interessa à matéria contratual⁴⁰⁷.

A boa-fé objetiva se relaciona a um critério de conduta do contratante, decorrente de sua função integrativa do contrato, afigurando-se como efetiva regra (de conduta) a qual deve ater-se qualquer contratante, na fase de cumprimento de sua parcela obrigacional⁴⁰⁸. Necessário que a boa-fé tenha uma noção verdadeiramente operativa, a gozar de um **"reale valore pratico"**, impondo-se aos participantes da relação contratual um dever de lealdade, baseado em confiança recíproca⁴⁰⁹.

FERNANDO NORONHA endossa a idéia da lealdade de conduta, em amparo à confiança, referidas por Bianca, depositadas pelas partes em garantia às legítimas expectativas de cada uma^{410 411}.

406.GRISI, G. Obra citada. p. 12. Refere-se o autor à manifestação de ânimo do sujeito, para retratar a expressão, da boa-fé subjetiva, referente a esfera de consciência individual.

407.NORONHA, F. Obra citada, p. 132.

408.BIANCA, C.M. Obra citada. p. 472-473. Ainda, na mesma referência, na nota de rodapé nº 4.

409.BIANCA, C.M. idem. p. 476.

410.NORONHA, F. Obra citada. p. 136-137.

411.Em idêntica posição - salvaguarda das legítimas expectativas dos contratantes - tomando-se como essência o reconhecimento da aplicabilidade da boa-fé objetiva, a opinião de CLÁUDIA LIMA MARQUES, em observância às novas tendências contratuais do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, referindo-se

A esse propósito, BIANCA localiza a boa-fé objetiva centrando-a no que denomina de cânones da lealdade (*lealtà*) e cautela (*salvaguardia*). Ambos se concentram na idéia de solidariedade contratual, sendo que o primeiro refere-se à formação e interpretação do contrato, e, o segundo próprio, à sua execução. O segundo, de maior proveito momentâneo ao trabalho, homenageia a preservação do interesse alheio, prescindindo de comando obrigacional específico, em respeito à máxima extracontratual do *neminem laedere*⁴¹².

Em rápida análise, nos termos propostos, verifica-se que os sistemas modernos, guardadas as proporções terminológicas, mantêm critérios relativamente semelhantes quanto a leitura do princípio da boa-fé, preocupando-se com a constituição do contrato, bem como com a sua execução.

A lição da doutrina francesa é valiosa, pois revela que, não obstante a especificidade da orientação do seu Código Civil (para uma aplicação da boa-fé somente no momento executivo) superou o texto legal, compreendendo-se o princípio como amplo, a dominar todos os momentos contratuais.

Em nosso país a situação deve seguir o mesmo rumo, particularmente por inexistir no Código Civil regra nem ao

...Continua...

ao princípio como um standard objetivo, genérico, que não está a depender da má-fé subjetiva do fornecedor. Retrata a boa-fé, ainda, como um compromisso expresso, ou contratualmente implícito, de fidelidade e cooperação, em salvaguarda à confiança depositada pelo contratante ("in" Obra citada. p. 79). Segundo a autora, encontra fundamento a Teoria da Confiança adotada pelo código em questão (que se opõe à Teoria da Vontade do Código Civil pátrio (art. 85)), na boa-fé objetiva.

412.BIANCA. C. M. Obra citada. p. 477.

menos parecida. Intolerável é que se imagine a necessidade de lei expressa para apontar a existência de um princípio jurídico, como se este vagasse exclusivamente em sua forma concreta. A jurisprudência é vacilante em tal desacerto, mesmo no tocante à aplicabilidade dos princípios consagrados do Código de Defesa do Consumidor, antes de sua vigência⁴¹³.

O pensamento que deve ser constante na mente do jurista é o de que a quebra do contrato, somente ela e antes mesmo da investigação dos danos que causa, implica em grave violação do sistema jurídico contratual, e, pior, na frustração das expectativas contratuais (interesses) dos contratantes.

O intróito realizado se destina a sensibilizar o examinador quanto ao prejuízo legal causado pelo descumprimento do contrato, e que a verificação judicial dos danos, sobretu-

413.Somente a exemplificar o que se entende ser um led o engano jurisprudencial, observa-se o seguinte caso: **"Compromisso de compra e venda. Inadimplência. Perda da prestação paga. Cláusula penal compensatória. Lei 8.078/90 (CDC). Não se aplica, as disposições do CDC a contrato que lhe é anterior. A cláusula contratual que prevê a perda das quantias pagas, no caso de rescisão por inadimplemento do promitente comprador, tem caráter de cláusula penal compensatória, sendo cabível, pois, a redução proporcional da pena, com base no art. 924 do CPC (sic). (STJ - Rec. Esp. 71.125 - Rel. Min. Costa Leite - j. 14/11/95 - DJ 26/02/96). No mesmo sentido vide STJ - Rec. Esp. 67.739 - Pr - Rel. Min. Cláudio Santos - j. 28/08/95 - DJ 26/02/96.**

Retratam os casos a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (no art. 53), que prevê a incidência da boa-fé, em face do desequilíbrio contratual imposto ao promitente-comprador desistente, que perde os valores pagos, em favor da promitente-vendedora, ao romper a contratação.

Ora, o que está a fazer o Tribunal é condicionar a fluência do princípio da boa-fé ao momento inicial da vigência de uma lei especial, como se só a partir de tal legislação tivesse passado a existir no sistema jurídico pátrio o versado princípio. A postura, respeitosamente, está equivocada.

do os extracontratuais quanto a sua quantificação, deve levar em conta justamente a ofensa ao princípio da boa-fé perpetrado pelo violador do acordo, enquanto cautela referente ao interesse alheio.

Segundo este trabalho, a reparabilidade dos danos extrapatrimoniais, pelo fato do descumprimento contratual, está na insatisfação do interesse do credor, mesmo que eventualmente a prestação tenha sido cumprida. Observa-se no núcleo da insatisfação do credor a violação às suas legítimas expectativas contratuais, enquanto reflexo da quebra da boa-fé objetiva, e violação de direitos subjetivos absolutos.

A verificação de tal binômio induz à justa compensação dos danos extrapatrimoniais.

A comprovação legislativa da preocupação com os valores absolutos do contratante frustrado está presente no texto do Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 42, parágrafo único, que trata da cobrança das dívidas. Em tal seção, o texto da Lei 8.078/90 busca imputar ao suposto credor (pela cobrança indevida) a pena de pagamento em dobro do cobrado.

O artigo da lei enfocada trata da inibição da cobrança indevida, e não de seu abuso, sob o ponto de vista do constrangimento moral e físico, que tem implicação criminal (art. 71, do mesmo diploma), mas dos dissabores psicológicos por ser cobrado o consumidor, sem que nada deva.

4.3 Modalidades do Descumprimento Contratual

As obrigações são geradas para que sejam cumpridas. Via de regra o cumprimento acontece nas exatas condições previstas pelas partes, de forma espontânea e por iniciativa voluntária do devedor. Há, sob tal prisma abstrato, satisfação do credor. Ocorre pagamento, portanto.

Muitas vezes o adimplemento voluntário não se verifica, caracterizando-se a inexecução da obrigação.

As modalidades de descumprimento contratual são variáveis e com linhas divisórias muito singelas. Depende do observador uma séria apreciação do caso concreto para enquadrar a situação em uma ou outra categoria. A sutileza entre as modalidades e seus limites, levou WESTERMANN a afirmar que certas categorias possuem "zonas gris"⁴¹⁴.

Destaca-se a ocorrência de uma acentuada evolução da doutrina quanto a exploração e subdivisão das categorias de não cumprimento das obrigações, independentemente da inovação do próprio texto de lei. Desta forma, não incide em equívoco grave o esquecimento ou omissão de uma ou outra modalidade contemporânea.

Maior prova quanto a investigação evolutiva das categorias de descumprimento está no próprio Código Civil pátrio que trata, especificamente, só de duas das figuras que serão

414.WESTERMANN, H.P. Obra citada. p. 103.

adiante analisadas: inadimplemento e mora. É o que se passa com a maioria dos Códigos Civis a que se vem referindo ao longo do trabalho⁴¹⁵.

Aliás, a figura da mora é utilizada pelo Código Civil como gênero do descumprimento, invocado, inclusive, em figura que seria tipicamente de inadimplemento, v.g., o art. 961 do Código Civil⁴¹⁶.

O que se pretende, neste momento, é a indagação sobre em qual das modalidades de inexecução das obrigações pode o credor frustrado sofrer danos extrapatrimoniais, vindo a demandar por eles.

O examinador deve estar atento em imaginar as modalidades sempre em tese, sem compromisso mais próximo com a realidade.

A tais modalidade deve ser aproximado o caso real, e o binômio anteriormente sugerido (quebra da boa-fé objetiva, pela insatisfação do credor + ofensa a direito subjetivo absoluto).

415.MARTINEZ, Pedro Romano. Cumprimento defeituoso : em especial na compra e venda e na empreitada. p. 129. Cita o autor, na mesma linha do Código Civil pátrio, os Códigos francês (art. 1.147); italiano (arts. 1.218, 1.219 e 1.223), alemão (§§ 280 e 286) e português (arts. 798º e seg.). Aliás, relaciona o autor doutrina de peso, em que ao encarar a singularidade das formas de descumprimento previstas nos textos civis referidos, toma-as por suficiente. Cita Ruggiero, Messina, José Tavares, Galvão Telles, Lesser e Himmelschein.

416."Nas obrigações negativas, o devedor fica constituído em mora, desde o dia em que executar o ato de que se devia abster". Na verdade, a figura da realização da obrigação negativa implica em inadimplemento e não em mora. A propósito, o art. 1.222, do Código Civil italiano: "la disposizione sulla mora non si applicano alle obbligazioni di non fare; ogni fatto compiuto in violazione di queste costituisce di per sé inadempimento".

Faz-se o alerta, tendo em vista que somente no descumprimento absoluto e na quebra antecipada do contrato não se terá alguma forma de satisfação do credor, sendo este critério, exclusivamente adotado, insuficiente para a constatação de danos extrapatrimoniais pelo descumprimento do contrato.

4.3.1 Inadimplemento ou Inexecução Absoluta

Verifica-se o inadimplemento, ou inexecução definitiva, quando a prestação se encontra impossível, ou quando o devedor de um direito próprio e insubstituível se nega a realizá-lo⁴¹⁷.

Ocorre uma impossibilidade material para a realização da obrigação, ou, no mais dos casos, a falta de interesse do credor em receber a prestação.

Observe-se, v.g., a situação em que "Artur se compromete a fazer mágicas na festa de aniversário do filho de Paulo e não comparece". Neste caso, apesar da possibilidade do mágico contratado vir a realizar futuramente a apresentação, por certo não haveria mais interesse na prestação por parte de Paulo⁴¹⁸.

Situação muito similar é a do atraso exagerado ou o não comparecimento do fotógrafo contratado para a celebração do casamento. Tal situação é igualmente irreparável por falta de interesse do credor. A reparação natural do dano seria, por certo, inviável.

Necessário ressaltar que a manifestação do interesse do credor não fica somente a seu encargo. A rejeição (pela imprestabilidade futura da realização da prestação) ocorre antes de mais nada, por ser obrigação com **data fixa**, e não em

417.BERDEJO, J.L.L. Obra citada. p. 513.

418.ASSIS, A. Obra citada. p. 86.

termos relativos⁴¹⁹. Entende-se a primeira por aquela que deve ser realizada impreterivelmente em determinada data, ao passo que a segunda não exige tamanha pontualidade, sendo contornável o atraso⁴²⁰.

Em uma obrigação de transporte "A", contratante dos serviços da empresa "B", que não tem sua mercadoria entregue em tempo hábil no porto de Santos, perde a possibilidade de acomodá-la e embarcá-la para a exportação. Neste caso, apesar do interesse do credor perdurar, não mais subsiste a possibilidade da execução da obrigação, face já ter zarpado a nau. "A", diante de ser exportador pontual, fica em situação delicada com o importador "C", em virtude do descumprimento pela não remessa das mercadorias. Do descumprimento surgem prejuízos outros para o exportador, como a perda de mercado para a concorrência e o abalo do seu prestígio comercial quanto a sua pontualidade.

Em ambos os casos, além do descumprimento do contrato, com a possibilidade de se demandar por perdas e danos (art. 1.056 do Código Civil pátrio), resta ao credor da obrigação descumprida a possibilidade do pleito pelo dano extrapatrimonial.

Investigando-se, oportunamente, acerca do nexo de responsabilidade dos danos causados e a culpa do devedor, pode este, não obstante a frustração dos interesses do

419.VARELA, J.M.A. Das obrigações v. 2. p. 79

420.Aqui se constata a zona limítrofe entre inadimplemento e mora.

credor, eximir-se de qualquer reparação e compensação de danos, na medida em que sua conduta seja justificada, subjetiva ou objetivamente.

A subjetividade da quebra do nexo causal estaria na impossibilidade pessoal do cumprimento, v.g., morte do devedor de obrigação personalíssima, que não teria o condão de ser transmitida aos seus sucessores. A objetividade residiria nas hipóteses tradicionais de caso fortuito e força maior⁴²¹. De qualquer sorte, encontra-se uma impossibilidade pessoal do devedor em superar determinado fato, impeditivo da realização da prestação, mesmo que tivesse atuado dentro de sua máxima diligência⁴²².

De modo a ampliar as figuras verificadas, encontra-se a opinião de ANTUNES VARELA, a revelar que um terceiro pode ser o culpado pelo descumprimento não culposos da obrigação, assim como o credor e o próprio devedor⁴²³.

Mais relevante e condizente com o espírito investigativo e renovador do Direito está nas suas exceções econômicas

421. ASSIS, A. *idem*. p. 84.

422. TORRENTE, A; SCHELESINGER, P. Obra citada. p. 451.

423. Tais "fatos" se enquadram no plano da impossibilidade jurídica para o cumprimento, ao lado do caso fortuito e da força maior. Como fato de terceiro, exemplifica o autor com a circunstância de um terceiro à relação ter danificado o objeto do contrato. Referente ao fato do credor, demonstra a figura através daquele que não posou para o artista contratado - devedor - fazer-lhe o retrato. E, por fim, pelo fato do devedor (figura mais acadêmica do que real) que aponta para a confusão do artista que se engana, justificadamente, acerca da data do recital que deveria participar ("in" Direito das ... p. 71).

e não nas jurídicas⁴²⁴.

O tema renderia trabalho próprio, pois destacam-se as inúmeras figuras criadas pela doutrina alemã, e aceitas jurisprudencialmente, a justificar o descumprimento obrigacional pela desproporção entre obrigações contratuais⁴²⁵. Nos debates palpitantes sobre a exceção contratual econômica, evidencia-se o Código de Defesa do Consumidor, ao ter adotado, no seu art. 6º, inc. V, a Teoria da Onerosidade Excessiva^{426 427}, tomando por base a boa-fé objetiva, que deve prevalecer ao longo da execução contratual. A breve incursão serve para realizar amostragem de que nem sempre o contrato descumprido implicará em ilícito culposos do devedor, hábil a gerar perdas e danos.

Excluídas todas as justificativas do devedor, resta-lhe imputar o fato pelo descumprimento culposos do contrato.

Ao julgador caberá identificar se a insatisfação dos interesses do credor atinge ao plano da ofensa a direitos subjetivos absolutos, o que não será incomum, na medida da ampliação de tais valores jurídicos.

424.VARELA, J.M.A. idem. p. 73. Entenda-se por impossibilidade econômica aquela obrigação em que o devedor se exime do cumprimento por ter se tornado exorbitante.

425.Por exemplo: Teoria da pressuposição; Teoria da imprevisão e Teoria da base do negócio.

426.Da mesma forma a recepção, pelos sistemas Italiano e Português, como meio de recepção da Teoria da Pressuposição, de Windscheid ("in" MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. Da boa fé no direito civil. v. 2. p. 979).

427.A propósito do sistema português (VARELA, J.M.A. Das obrigações v. 2. p. 69), ao adotar a concepção da excessividade da prestação (arts. 437º, 566º, 762º, 812º e 334º).

Teoricamente o credor insatisfeito pela não realização da prestação devida está sujeito a ofensas de ordem extrapatrimonial, devendo tal dano ser indubitavelmente compensado.

A mora é o atraso ou retardamento da prestação do contrato. É o cumprimento da obrigação mas não no tempo previsto. Destaca-se aqui o fator tempo.

Apesar do atraso na prestação, mantém-se o credor interessado em recebe-la, permanecendo possível a realização futura da prestação por parte do devedor. O descumprimento é meramente temporal.

Dentre seus pressupostos, encontram-se três fundamentais, quais sejam: inexecução no vencimento, possibilidade de execução futura (purgação) e imputabilidade^{429 430} de execução ao devedor⁴³¹.

Como efeito mais relevante da mora, tendo em vista o presente trabalho, observa-se que o credor, mesmo com a prestação em atraso, não pode resolver a obrigação antes que a -----

428. Apreciar-se-ão exclusivamente os aspectos da mora do devedor, por apego à metodologia adotada ao início do capítulo, quando optou-se pela análise da obrigação em sua relação simples, o que, quanto a mora, o seu estudo voltado ao credor, seria redundante.

429.TORRENTE, A.; SCHLESINGER, P. Obra citada. p. 453.

430.Segundo a lição de AMÉZAGA, o elemento da imputabilidade é fundamento enquanto conceitual da mora. Para o autor, tomando por base a opinião de Henry Bovay (professor de Lousanne), Demogue e Josserand, o mero atraso no cumprimento da prestação, se o cuidado sobre a verificação da imputabilidade, nada significa, não podendo se afirmar quanto a existência de mora, em face de justificativa jurídica pelo descumprimento (caso fortuito ou força maior) ("in" Obra citada. p. 213).

431.TELLES, I.G. Obra citada. p. 296.

mora se transforme em inexecução definitiva. Ou seja, a expectativa de purgação da mora mantém a possibilidade de satisfação futura ao credor.

Tal apontamento é de grande relevância dentro de um enfoque **abstrato**, pois em se purgando a mora, pressupõe-se que se torna o credor satisfeito em seu crédito, não restando interesse patrimonial ou não (e por consequência prejuízo, de qualquer ordem) a ser realizado.

Para os fins conclusivos deste item, pouco importa se se trata de caso de mora **ex re**⁴³² ou **ex persona**⁴³³, sendo relevante, somente, a concretização da prestação, sob pena de se transformar em inadimplemento.

Aliás, quanto a diferenciação entre mora e inadimplemento, afastando-se a questão do perecimento do objeto contratual não imputável ao devedor, revelador que reside a definição em plano subjetivo favorável ao credor, a escolher se a prestação tardiamente cumprida vem a satisfazer aos seus interesses contratuais⁴³⁴. Se positiva a indagação, e

432.Verifica pelo próprio decurso do tempo; corriqueiro nas obrigações a termo certo.

433.Verifica-se após a interpelação (notificação abmonitória "in" VARELA, J.M.A. Das obrigação.... p. 123.) ou abmoestação ("in" WESTERMANN, H.P. Obra citada. p. 90) do devedor, sendo usual nas obrigações sem termo certo para a realização da prestação. No sistema pátrio encontra-se o art. 960, segundo período, que reza: "não havendo prazo assinado, começa ela desde a interpelação, notificação ou protesto". A última figura é mais usada no caso de advertência ao devedor que o não cumprimento no prazo declinado na notificação implicará em efeitos da mora, v.g., juros moratório e custas processuais.

434."Prestação que já não interessa ao credor em consequência do atraso vale para o direito como prestação tornada impossível" ("in" TELLES, I.G. Obra citada. p. 303).

cumprida a parcela, ter-se-á caso de mora; contrariamente, se rejeitada a prestação, afigurar-se-á o inadimplemento⁴³⁵.

Por certo que a verificação intrínseca do descumprimento passa pela análise de ser ou não imprescindível o pontual cumprimento da prestação, ou seja, em ser o prazo essencial⁴³⁶. A doutrina alemã, convenientemente, faz a distinção entre negócio fixo absoluto e negócio fixo relativo⁴³⁷. Na primeira, a desobediência ao prazo previamente determinado implica em necessário inadimplemento, sendo impossível a verificação da mora, por exemplo, do artista que não comparece ao espetáculo, vindo a declinar em favor do credor um direito a rescisão além de consequências decorrentes do descumprimento, como as perdas e danos. A segunda figura garante ao credor a possibilidade rescisória, sem consequência outra (§ 361 do B.G.B.)⁴³⁸. Constata-se assim uma singular particularidade do sistema português, em face do alemão, ao determinar que cabe ao juiz investigar da importância do prazo fixado, para fins de se ter como abusiva ou não a conduta do credor ao denunciar o contrato e vir posteriormente a exigir perdas e danos, mesmo não sendo essencial

435. Assevera MARTINEZ que "(...), sempre que a prestação já não possa ser efectuada, ou deixe de satisfazer o interesse do credor, não se está perante uma situação de mora, mas sim de não cumprimento definitivo" ("in" Obra citada. p. 141).

436. VARELA, J.M.A. Das obrigações v. 1. p. 122

437. WESTERMANN, P.H. Obra citada. p. 89.

438. WESTERMANN, P.H. *idem*. p. 90.

o tempo do cumprimento⁴³⁹. Parece ser a solução mais justa.

Não basta, assim, a investigação da face subjetiva da conversão da mora em inadimplemento, cabendo também uma apreciação objetiva da situação⁴⁴⁰.

Ao credor que recebe a prestação em atraso, vindo a cobrar a correção monetária e os juros pertinentes ao período, não lhe resta, a princípio, qualquer prejuízo patrimonial, satisfazendo-se seu interesse.

Desta forma, pode-se concluir que em uma situação abstrata genérica, a mora não comporta qualquer tipo de reparação, quando purgada devidamente pelo devedor.

Com a purgação, em tese, os interesses patrimoniais do credor se realizam, ocorrendo, mesmo que tardiamente, pagamento, com necessário efeito extintivo da relação obrigacional. Tal esquema bem se enquadra nas obrigações de dar.

Parece mais suscetível de verificação de danos extrapatrimoniais pela mora, mesmo que tardiamente realizada a prestação, quando for obrigação de fazer, inclusive pelo fato de que, eventualmente, se trata de prestação personalíssima.

A figura é usualmente esquecida pelos sistemas jurídicos de

439.Segundo GALVÃO TELLES ("in" Obra citada. p. 303), "(...) não basta que o credor diga, mesmo convictamente, que a prestação já não lhe interessa; há que ver, em face das circunstâncias, se a perda de interesse corresponde à realidade das coisas".

440.TELLES, I.G. idem. ibidem. Lembra o autor, na mesma passagem, que o Código Civil português tem dispositivo expresso nesse sentido, art. 808º, n. 2: "O credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância". Inexiste dispositivo semelhante no Código Civil pátrio.

orientação francesa, conforme preconiza POLACCO⁴⁴¹, à semelhança do nosso Código Civil, quando da análise da mora.

Entretanto, uma imprescindível verificação da situação concreta se impõe, tendo em vista que responde o devedor pelos prejuízos que sejam consequência provável do não cumprimento tempestivo da prestação⁴⁴².

A partir do momento que desrespeita o devedor o prazo contratualmente previsto, ou imposto pelo credor para o cumprimento, acaba por se enquadrar em um "estado de responsabilidade"⁴⁴³, passando a ser sujeito passivo, em potencial, de ação indenizatória.

Cabe ao devedor indenizar o credor, além de cumprir a prestação a que estava vinculado, em face do atraso. Destaca-se, entretanto, que tais danos devem ser provados pelo credor, não se beneficiando da presunção relativa que lhe favorece na responsabilidade contratual, pois, em tese, aquela já se afigura extinta⁴⁴⁴. Acumulam-se, assim, a obrigação

441.AMÉGAZ, J.J. Obra citada. p. 214.

442.COSTA, M.J.A. Noções p. 296.

443.AMÉGAZ, J.J. Obra citada. p. 215.

444.É esta a orientação do art. 806º, n. 3., do Código Civil português, que parece elucidar a questão, ao menos quanto a natureza dos prejuízos envolvidos e sobre a distribuição do ônus probatórios: "Pode, no entanto, o credor provar que a mora lhe causou dano superior aos juros referidos no número anterior e exigir a indenização suplementar correspondente, quando se trate de responsabilidade por facto ilícito ou pelo risco". Ressalva deve ser feita, entretanto, quanto a presunção dos danos extrapatrimoniais, que parece se mostrar invariável no tocante ao ponto em análise.

contratual mais os prejuízos decorrentes do atraso⁴⁴⁵.

445.MARTINEZ, P.R. Obra citada. p. 142.

4.3.3 Violação Positiva do Contrato

A presente categoria de não cumprimento importa em diversas denominações sinônimas, dentre elas as seguintes: cumprimento defeituoso; adimplemento ruim; inexecução contratual positiva; violação positiva do crédito; violação contratual positiva ("positive Vertragsuerletzung")^{446 447}.

A última expressão referida é a denominação original, elaborada por Staub, invariavelmente criticada pela doutrina, por entendê-la infeliz⁴⁴⁸. A crítica se localiza, em face da natureza sempre derivada de uma ação (**dare** ou **facere**) da atual modalidade em tela, enquanto paralelamente, nas obrigações de não fazer, a realização da prestação vedada implica também em violação positiva do contrato, a causar confusão termino-

446.É justamente a última a expressão originalmente concebida. Foi criada por Hermann Staub (1902) e, em 1904, republicado, com alterações, para atender a hipóteses de descumprimento não previstas no B.G.B. Escreveu, assim, Die positiv Vertragsverletzungen ("in" GOMES, O. Inexecução contratual positiva. Transformações gerais do direito das obrigações. p. 157) e ("in" MENEZES CORDEIRO, A.M.R, Obra citada. v. 2. p. 595).

447.A expressão traduzida para o português, foi introduzida, primeiramente, por Manuel de Andrade, na sua obra Teoria Geral das Obrigações.

448.TELLES, I.G. Obra citada. p. 331.

lógica^{449 450}.

De qualquer sorte, caracteriza-se a modalidade em tela por ser uma violação da obrigação, não por um atraso ou inexecução, mas sim por vícios ou deficiências da prestação, a qual chega a ser realizada, mas não da forma (pelo modo) que se impunha ao devedor. Diz respeito à sua qualidade, sem conotação à sua identidade ou quantidade⁴⁵¹.

Surge tal subdivisão de descumprimento entre a lacuna da mora e da impossibilidade da realização da parcela, devendo, segundo Staub, ser aplicado analogicamente o B.G.B., no tocante a mora (§ 326)⁴⁵². Na verdade, preocupava-se Staub mais com os efeitos gerados pela mora, com suas três soluções previstas pelo B.G.B., do que propriamente com sua natureza⁴⁵³.

449.TELLES, I.G. *idem*. p. 332.

450.Contrariamente, ao entender como viável a constatação da violação positiva de contrato, também em obrigação de não fazer Hedemann, citando o exemplo do empregado que viola segredo de empresa, vindo a quebrar dever de lealdade, mesmo que não expressamente previsto ("in" GOMES, O. Transformações p. 158).

Ainda, no mesmo sentido, Stoll, seguidor da corrente filosófica da Jurisprudência dos Interesses, que afirmam as violações positivas de contrato, se enquadrarem em casos de obrigações de non facere, identificando-as, portanto, a partir da valoração de interesses (Abschied von der Lehre positiven Vertragsverletzungen) ("in" ALMEIDA COSTA, M.J. Direito p. 742, nota 3).

451.COSTA. M.J.A. Direito das p. 743.

452.MENEZES CORDEIRO, A.M.R. A boa fé v. 1. p. 598-599.

453.MENEZES CORDEIRO, A.M.R. *idem*. p. 596. Prevê o B.G.B. que a parte atingida pela mora pode: "(...) manter o contrato e exigir uma indemnização por cada violação singular, exigir uma indemnização geral pelo incumprimento do contrato ou rescindi-lo".

Apesar de nem ao menos se referir o Código Civil pá-
trio à modalidade de descumprimento em tela, ANTUNES VARELA,
em sua prospecção ímpar, identifica a ocorrência da modalida-
de em apreço em dois momentos do Código Civil. O primeiro
deles no art. 1.056⁴⁵⁴, quando da utilização da expressão
"modo", e, no parágrafo único⁴⁵⁵ do art. 1.059, quando empre-
ga o legislador a expressão "(...) e forma devidos"⁴⁵⁶. Em
ambos os casos, revela o autor, trata a lei de uma obrigação
que não a principal.

A açucareira fornece, na data aprazada e na quantida-
de certa, as ramas prometidas à refinaria. Porém, encontram-
se elas deterioradas, imprestáveis para a industrialização. O
criador de animais entrega ao fazendeiro os animais adquiri-
dos pelo último, todavia, estavam eles doentes⁴⁵⁷.

Outro exemplo bem caracteriza a modalidade: "A" con-
trata o costureiro "B" para confeccionar-lhe um vestido ex-
clusivo, a ser usado na festa de "C". O modelo fica pronto e,
no dia da festa, "A" constata que havia no recinto da recep-
ção uma mulher com modelo semelhante ao seu.

O produto deteriorado vendido ao consumidor, que cau-

454. "Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-
la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e
danos".

455. "O devedor, porém, que não pagou no tempo e forma
devidos, só responde pelos lucros, que foram ou podiam ser pre-
vistas na data da obrigação".

456. VARELA, J.M.A. Direito das.... p. 62.

457. VARELA, J.M.A. idem. p. 61

sa-lhe danos à saúde. O contador que elabora equivocadamente as contas, que dão base a decisões desastrosas da empresa, são exemplos bem colocados⁴⁵⁸.

Nos exemplos apreciados, verifica-se a real hipótese de ocorrência de dano extrapatrimonial, diante dos efeitos que pode gerar o descumprimento ao dever de omissão secundário ou lateral de cada uma das obrigações exemplificadas. Reside aqui justamente o conceito da violação positiva do contrato.

A concepção original de Staub reunia casuisticamente hipóteses, sem a preocupação de enquadramento quanto ao tipo de obrigação atingida⁴⁵⁹. Foi com Lehmann que se afunilou o estudo, para chamar a atenção para as obrigações que acompanham a prestação principal⁴⁶⁰.

A alargar o campo de aplicação da presente modalidade de descumprimento, leciona MENEZES CORDEIRO, dentro de um prisma dogmático atual, no sentido de que a violação positiva

458.COSTA. M.J.A. Direito das.... p. 744.

459.Bem colocado por MARTINEZ as hipóteses relacionadas por Staub, em número de sete, a saber: 1º - violação de deveres de omissão; 2º - violação nas quais se impõe o dever de cuidado e protecção (sic), neste aspecto se verifica o maior enfoque da atual civilística alemã, talvez, a propósito do amparo das relações de consumo; 3º - na violação de deveres laterais, tais como o de informação, conselho, segredo, etc.; 4º - quando em contrato de execução diferida ou sucessiva uma das parcelas vem a ser descumprida; 5º - quando o devedor declara expressamente que não cumprirá, futuramente portanto, a parcela; 6º - diz respeito à culpa pos factum finitum, já abordada a propósito da análise da boa-fé, mas que cabe a lembrança de se referirem à subsistência de deveres laterais, mesmo após a realizada a obrigação principal, v.g., o sigilo profissional; 7º - constitui-se pelas hipóteses de cumprimento defeituoso ("in" Obra citada. p. 63-67).

460.MENEZES CORDEIRO, A.M.R. Da boa v. 1. p. 601

do contrato se encaixa nos casos de cumprimento defeituoso da prestação principal, de incumprimento ou impossibilidade de prestações secundárias, e de violação de deveres acessórios⁴⁶¹.

Segundo o Código Civil pátrio, no seu art. 863⁴⁶², pode o credor recusar a prestação defeituosa, passando-se a um caso de inadimplemento ou mora.

O que há de se asseverar é se em recebendo o credor a prestação, mesmo estando ela em forma imperfeita, estaria ele necessariamente satisfazendo seu interesse creditório. A resposta à indagação deve ser negativa, diante de que "o recebimento da prestação viciada não tem o condão de extingui-la"⁴⁶³.

A verificação do cumprimento, e conseqüente extinção da obrigação, passa pela análise da boa-fé (cooperação) do devedor, conforme os padrões de justiça contratual⁴⁶⁴. Torna-se patente tal imperativo, a partir do estudo de caso contratual com violação de dever lateral de garantia, conforme

461.MENEZES CORDEIRO, A.M.R. idem. p. 602.

462.Dispõe o artigo de lei: "O credor de coisa certa não pode ser obrigado a receber outra, ainda que mais valiosa".

463.COSTA, M.J.A. Direito das p. 745.

464.Em análise mais moderna sobre o tema, ressalta CLÁUDIA LIMA MARQUES os deveres ora enfocados, aos quais denomina de anexos, são essencialmente deveres de boa-fé, verificáveis nas relações contratuais mesmo antes da conclusão do contrato, presentes após realizadas as prestações principais e mesmo em contratos nulos ou inexistentes. São deveres de cuidado, informação, segurança e cooperação ("in" Obra citada. p. 398).

esmiúça MENEZES CORDEIRO⁴⁶⁵.

Pode recorrer o credor, na ânsia de se ver ressarcido pela prestação ruim realizada, e ante a falta de dispositivo expresso, à teoria do vício de vontade, sob o prisma do erro (ignorância acerca da prestação sem qualidade), não obstante a matéria nada se referir ao momento constitutivo do contrato ou à sua invalidade. Sendo a boa-fé, a partir do que já foi amplamente debatido⁴⁶⁶, substrato do vício de consentimento, se impõe ao longo de toda a contratação.

Conclui-se, assim, que na hipótese de cumprimento defeituoso da obrigação, haveria a possibilidade do pleito da reparação por danos extrapatrimoniais, diante de que a prestação recebida, não satisfaz o credor de forma plena, e, ao contrário, deixa resíduos correspondentes a violações laterais.

465.MENEZES CORDEIRO, A. Estudos.... p. 116. Em tal caso, apreciado pelo Supremo Tribunal de Justiça português, há cobrança de valores decorrentes de contrato de compra e venda, impagos pela ré. Alega a ré, em sua defesa, que deixou de pagar diante da quebra contratual referente a garantia de corte de mármore das lâminas adquiridas junta a autora, comerciante de tal produto. A violação positiva reside no fato de um certo dever lateral contratualmente assumido - garantia - não ter sido observada pela autora, não obstante a entrega do produto (obrigação principal). A defesa da ré foi posta no plano da exceção de contrato não cumprido.

Revela o julgado, ainda, que a exceção contratual ventilada pela ré foi bem manejada, pois somente assiste alegá-la o contratante que deva prestar sua obrigação depois da do outro, conforme lição de Vaz Serra. Verifica-se poder articular a exceptio não somente em face do descumprimento de obrigação principal, mas também secundária.

466.Vide item 4.2 supra denominado Interesses Contratuais Envolvidos.

4.3.4 Cumprimento Imperfeito

Dentre as modernas tendências de especialização das modalidades de inexecução das obrigações, imputáveis ao devedor, identifica RUY ROSADO JÚNIOR o Cumprimento Imperfeito⁴⁶⁷
468.

Ocorre cumprimento defeituoso sempre que o devedor realiza a prestação sem que a parcela corresponda totalmente ao devido⁴⁶⁹. Em outras palavras, há violação da pontualidade contratual⁴⁷⁰.

A diferença básica entre a presente modalidade e a anterior, é que o cumprimento imperfeito ou defeituoso diz respeito, além da qualidade, à quantidade da prestação. Refere-se, portanto, à obrigação principal.

O cumprimento imperfeito afeta a realização de uma prestação, mas sem necessária observância a seus quantitativos, de insuficiência patente⁴⁷¹.

A retratar os pressupostos que vêm a revelar a figura ora em discussão, MARTINEZ ressalta: a realização da presta-

467.AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução. p. 124

468.Nos casos de não cumprimento não imputável ao devedor, pode-se lembrar, ainda, o retardamento casual, decorrente da força maior ou do caso fortuito.

469.MARTINEZ, P.R. Obra citada. p. 30.

470.MARTINEZ, P.R. idem. p. 143.

471.MENEZES CORDEIRO, A.M.R. Da boa v. 1. p. 601

ção pelo devedor; violação ao princípio da pontualidade; a aceitação da prestação pelo credor, mediante sua ignorância quanto ao defeito, ou reservando-se quanto aquela; mostrar-se o defeito relevante⁴⁷²; sobrevirem danos típicos^{473 474}.

A violação ao princípio da pontualidade, ainda na esteira de MARTINEZ, se mostra em nove classes de hipóteses: a realização da prestação de forma diversa do contratado; a prestação realizada em tempo distinto do acordado (antecipada ou atrasada) e quanto ao atraso aplicável o regramento acerca da mora de devedor; inobservância da quantidade devida, a maior ou a menor; violação quanto ao local de execução da obrigação; entrega de uma coisa por outra; inobservância da qualidade da coisa entregue, dentre as quais se encontram tanto as obrigações de fazer, como as de dar; objeto de contrato sobre o qual recaia gravame ou ônus; violação a deveres acessórios⁴⁷⁵; por fim, as formas que a lei expressamente

472.Ao contrário, o defeito insignificante não justifica o aparecimento do instituto. A relevância do defeito deve ser vista a partir da projeção da boa-fé ao caso concreto ("in" MARTINEZ, Obra citada. p. 151).

473.A tipicidade dos danos está em que são distintos dos que teriam se formado na esfera jurídica do credor, caso a prestação não tivesse nem ao menos parcialmente sido cumprida. Ou seja, a mora ou o incumprimento definitivo não seriam suscetíveis de realizar tais danos ("in" COSTA, M.J.A. Direito das p. 744).

474.MARTINEZ, P.R. Obra citada. p. 144.

475.Esta hipótese em particular, praticamente se choca com a da violação positiva do contrato, o que se justifica na posição do autor em análise, na medida em que aceita a figura somente enquanto sinônima de cumprimento defeituoso. Esclarece o autor que a violação positiva do contrato tem surtido efeito, e ainda restrito, somente na Alemanha, pois teria sido

definir como defeituoso o cumprimento, sendo variada a solução exibida pela lei para os casos de descumprimento⁴⁷⁶.

Do ponto de vista legislativo, refere-se MARTINEZ a uma quase unanimidade dos sistemas codificados em não admitir, ao menos expressamente, a figura do cumprimento defeituoso. Neste passo, revela-se o Código Civil brasileiro, pelos seus art. 1.101 e seguintes, a tratar da matéria dos vícios redibitórios, que vêm, justamente, em favor daquele credor que recebe objeto de contrato, em relação comutativa, sem a qualidade prevista, a se enquadrar na sexta hipótese referida pelo autor de violação ao princípio da pontualidade⁴⁷⁷.

De forma mais concreta, lembra-se o pagamento de valor pecuniário, destituído dos valores acessórios, quando devidos. Tal situação pode, v.g., levar um comerciante à insolvência, quando recebe a remuneração pelos seus serviços após largo período de tempo, passado o termo contratual, sem

...Continua...

esta a solução encontrada pelo B.G.B., para suprir a deficiente regulamentação no que respeita à responsabilidade aquiliana. Tal sistematização, por outro lado, não encontra espaço em Portugal, que estabeleceu um princípio geral de responsabilidade civil (art. 483º), e após admitiu uma figura de não cumprimento em sentido amplo (art. 789º). Consequência necessária é a resposta que o Código Civil português traz para casos de responsabilidade aquiliana, que no sistema alemão são amparados sob a ótica da violação positiva do contrato, como, por exemplo, o desrespeito a deveres de cuidado ("in" MARTINEZ, P.R. Obra citada. p. 69). A comparação, e até mesmo a confusão, entre as modalidades de descumprimento postas em análise se mostra influente. A propósito, a obra e opinião de ARAKEN DE ASSIS ("in" Obra citada. p. 105) tomada a partir da lição de ALMEIDA COSTA ("in" Obrigações... p. 742 e seg.), fazendo aproximação entre as figuras, todavia, de maneira não eventual.

476.MARTINEZ, P.R. Obra citada. p. 148.

477.MARTINEZ, P.R. idem. p. 131.

correção dos valores. O estado de falência gera, sem dúvida, uma situação de dano extrapatrimonial.

Conclui-se, assim, que tal categoria também estaria incluída, dentre aquelas passíveis de reparação de danos não patrimoniais, quando estes se impuserem ao credor da obrigação defeituosamente cumprida.

De forma idêntica à mora, o cumprimento defeituoso, não obstante realizada a prestação, que é como visto da sua essência, não libera o devedor do cumprimento perfeito da obrigação e do pagamento dos danos resultantes de sua conduta ruim, sejam ou não patrimoniais.

4.3.5 Quebra Antecipada do Contrato

Das modalidades contratuais mais recentes, destaca-se a quebra antecipada do contrato, também denominado (sem tanto apuro técnico⁴⁷⁸) de inadimplemento antecipado do contrato, ou ainda, na sua terminologia original **anticipated breach of contract**.

Aponta esta modalidade de descumprimento para a possibilidade real de um dos contratantes revelar, expressamente, ou por meio de seus atos, que descumprirá (no futuro portanto) a parcela obrigacional a que está adstrito.

Evidencia-se tal modalidade somente em obrigação de execução futura, ou sem termo certo e, imagino, também quando da execução diferida, na medida em que a renovação da obrigação, pelo pagamento da parcela no futuro, gera a oportunidade em se descumprir antecipadamente⁴⁷⁹. As obrigações de execução imediata estão, nesta ordem, excluídas.

Do ponto de vista temporal, a parcela a ser descumprida ainda não é exigível pelo credor, quando os aspectos

478.A crítica é formada a propósito da existência de figura específica, conforme já verificada, a levar o nome de inadimplemento. A expressão mais adequada, assim, parece ser a primeiramente referida.

479.Ao explicar genericamente sobre a quebra contratual, CORBIN afirma: " (...). Every executory contract creates legal duty; but in most cases it is not a duty that requires immediate performance. There is a difference between a duty to perform in the future and a duty to perform immediately" ("in" CORBIN, Arthur L. Corbin on contracts. p. 923).

fáticos apontam para a inviabilidade de sua realização.

Para os sistemas influenciados pela **civil law**, a modalidade pode ser nova, ao menos em aparência, não o sendo, por outro lado, para o sistema da **common law**.

O apego ao sistema da **common law**, anglo-americano, inclusive o de formação francesa (a partir da redação do **Louisiana Civil Code** (1870)), se faz aqui quase que pleno⁴⁸⁰.

A pobreza doutrinária nacional quanto ao tema não é ao acaso⁴⁸¹. Ocorre que o sistema germânico-romano tem por escopo a busca frenética pela conservação das relações jurídicas, o que cria o condicionamento da cobrança - exigibilidade - da prestação do parceiro, somente após o decurso do tempo certo.

Reflexo de tal realidade, está na opção pela execução específica da obrigação, que tanto encanta a doutrina pátria atual⁴⁸². Ao invés do rompimento antecipado, opta-se pela execução forçada da obrigação.

Destaca-se, a respeito das modalidades de descumprimento no sistema americano da **common law**, a lição de ROBB e

480.BECKER, Anelise. Inadimplemento antecipado do contrato. Direito do Consumidor. n. 12. p. 72.

481.Na pesquisa realizada, localizou-se na doutrina nacional um único livro "específico" sobre o tema, de autoria de Fortunato Azulay (Inadimplemento antecipado do contrato. Rio de Janeiro : Brasília, 1977. 149 p.), que não será fonte de consulta, pois inadequado aos propósitos acadêmicos.

482.Exemplo moderno da opção legislativa indicada está no art. 84, do Código de Defesa do Consumidor, ao afirmar que: "Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação, ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento".

BROOKES, afirmando que podem ser de três ordens: **renunciati-**
on; implicit repudiation e failure to perform⁴⁸³.

A primeira das modalidades - **renunciation** - diz respeito à manifestação explícita da parte de que descumprirá a obrigação; a segunda - **implicit repudiation** - aponta para os atos do sujeito, a revelarem que a obrigação não será cumprida; a terceira - **failure to perform** - diz respeito à inobservância da parte quanto ao tempo contratualmente previsto para o cumprimento do contrato⁴⁸⁴, ou seja, é a mora. As duas primeiras modalidades dizem respeito a um **anticipatory breach**⁴⁸⁵, diante de que se afiguram como o repúdio do contratante ao seu dever legal, antes do vencimento do prazo contratual para sua performance⁴⁸⁶.

Sob a ótica dos precedentes, dois **leading cases** marcam o sistema da **common law** acerca das hipóteses de quebra antecipada do contrato, que vêm a acolher as especulações doutrinárias anteriormente verificadas.

No primeiro dos casos - **Hoechster v. De la Tour** (1853) - o demandado se obrigava a contratar o demandante na qualidade de seu **courier** (mensageiro) em viagem que empreenderia em 1º de junho, a continuar por um período de três meses, com salário já definido. Em 11 de maio o demandado es-

483.ROBB, Gerald George e BROOKES, Jonh Philip. An outline of the law of contract and tort. p. 83.

484.ROBB, G.G. e BROOKES, J.P. *idem. ibidem.*

485.ROBB, G.G.; BROOKES, J.P. *idem. ibidem.*

486.CORBIN, A.L. *Obra citada*. p. 959.

creve uma carta ao demandante dispensando seus serviços. O demandado renunciou aos serviços que seriam futuramente contratados, ensejando ação de reparação, proposta em 22 de maio daquele ano⁴⁸⁷.

O segundo caso - **Frost v. Knight** (1872) - se refere a quebra de promessa de casamento futuro, na qual o demandado prometeu casar-se com a demandante após a morte de seu pai - da noiva - . Enquanto ainda vivo o pai da noiva, o demandado vem a se envolver com terceira pessoa, revelando um repúdio implícito em não cumprir a obrigação assumida com a demandante⁴⁸⁸. É o que CORBIN denomina de "**breach by act**", ao passo que na primeira situação seria "**by word**"⁴⁸⁹.

Em face da evidência da quebra antecipada do contrato, cria-se ao credor as opções de reconhece-la, mesmo antes da exigibilidade da prestação, ou ainda aguardar o decurso do tempo, e só após o seu vencimento se utilizar dos remédios processuais previstos para o caso.

A segunda opção (a da aguardo), apesar de mais desfavorável ao próprio credor, gera ao devedor a oportunidade de ainda cumprir o contrato no tempo previsto, não obstante os sinais, implícito ou expresso, da quebra antecipada, sem a necessidade de qualquer desgaste executivo ou indenizatório pelo credor⁴⁹⁰.

487.CORBIN, A.L. *idem.* p. 942.

488.ROBB, G.G.; BROOKES, J.P. *Obra citada.* p. 83.

489.CORBIN, A.L. *Obra citada.* p. 941.

490.CORBIN, A.L. *idem.* p. 966.

Sob o enfoque pátrio, a figura vem revestida pelo fundamento do princípio da comutatividade contratual, positivada no art. 1.092⁴⁹¹, parágrafo único⁴⁹² do Código Civil, conforme bem pondera ANELISE BECKER⁴⁹³.

Independentemente da localização, surge dúvida, mesmo quando inserida dentro dos limites do Código Civil, no artigo referido, se seria oponível a exceção contratual refletida pelo art. 1.092 (**excepti non adimpleti contractus**), antes de se tornar exigível para o devedor a prestação⁴⁹⁴.

A dúvida se resolve, se amparada pela suspeição favorável ao credor em contrato bilateral, embasada no parágrafo único, do suscitado artigo do Código Civil, que gera ao credor desconfiado a facilidade em somente cumprir sua parcela do acordo, enquanto a outra der garantias de que pode cumprir a sua, ou mesmo vir a executá-la antes do previsto. É uma forma de acolhimento do repúdio implícito, em face da evidência de enfraquecimento econômico de uma das partes do contrato⁴⁹⁵.

Por consequência, e em sintonia com o sistema americano, tem-se que uma vez constatada a quebra antecipada, pode

491. "Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o inadimplemento da do outro".

492. "A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos".

493. "in" Obra citada. p. 70.

494. BECKER, A. *idem*. *ibidem*.

495. BECKER, A. *idem*. *ibidem*.

o contratante prejudicado imediatamente ajuizar a medida judicial adequada⁴⁹⁶, mesmo antes do vencimento do termo⁴⁹⁷, que para o estudo em apreço, seria indenizatória, em face dos prejuízos sofridos.

De qualquer forma, parece que o princípio da comutatividade não se localiza somente naquela hipótese específica do código, sendo aplicável a modalidade de descumprimento em questão onde se enquadrar o princípio.

Exemplo aceito pela Suprema Corte Americana, a gerar quebra antecipada de contrato, é o da falência. Adverte a doutrina daquele país que não é caso categoricamente dito da modalidade, entretanto, seus efeitos perfeitamente se enquadram em um repúdio implícito, pelos atos do devedor. Uma vez distribuída a ação de auto-falência, está a parte a declarar que não cumprirá suas obrigações regularmente⁴⁹⁸.

A quebra antecipada pode gerar na esfera jurídica do contratante previamente frustrado prejuízos de toda a ordem.

Constatados tais prejuízos, mesmo que futuros⁴⁹⁹, deverá o contratante prejudicado ajuizar indenização, optando pela espera do vencimento da parcela a vencer, ou, imediatamente, quando toma ciência do descumprimento que há por vir.

496.CORBIN, A.L. Obra citada. p. 940.

497.CORBIN, A.L. idem. p. 959. É este o entendimento predominante nos Estados Unidos da América, apesar de não ser unânime, salientando o autor decisão do séc. XIX, que refletiam posição diversa.

498.CORBIN, A.L. idem. p. 970.

499.CORBIN, A.L. idem. p. 972.

A escolha cabe ao credor, podendo ser reparado dos prejuízos sofridos, ou que sofrerá.

5. CONCLUSÃO

Como conclusão, há de se afirmar da ressarcibilidade dos danos extrapatrimoniais decorrentes do não cumprimento contratual.

Vale lembrar que o padrão mais adequado para se constatar a existência de danos está na apreciação concreta da satisfação dos interesses do credor, verificada a partir da execução solidária e cooperativa do devedor, em homenagem à boa-fé objetiva.

Impõe-se a conclusão diante do princípio da reparação integral do dano, a vigorar em nosso sistema, não importando qual seja ele.

A existência de uma teoria geral da responsabilidade civil, abrangente dos institutos de responsabilidade contratual e extracontratual, reforça a tese da ressarcibilidade dos danos enfocados, pois mais constantes no plano da responsabilidade delitual os danos extrapatrimoniais. A experiência jurisprudencial da responsabilidade decorrente de delito não pode ser jamais desprezada.

Quanto às modalidades em si de descumprimento, e o potencial correspondente para gerar danos não materiais, há de ter o examinador extremo cuidado com relação aos efeitos da mora, pois, conforme visto, e em tese, restam satisfeitos os interesses do credor, quando realizada a obrigação, ainda que tardia.

Preocupação de fundo revelada no trabalho, diz respeito à justa compensação do dano extrapatrimonial.

A questão de se compensar o lesionado da melhor forma possível, decorre, ao meu ver, da situação de resgate dos direitos fundamentais do homem, em se tratando de prejuízo extrapatrimonial.

O Brasil, na qualidade de democracia insurgente e jovem, está ainda por desvendar os direitos e garantias do cidadão expressos na Carta Constitucional, no seu art. 5º e incisos, pois é texto de lei com eficácia ampla e imediata.

Na medida em que se avance na percepção da grandeza dos valores contidos naquele comando constitucional, por certo as indenizações compensatórias de danos extrapatrimoniais se apresentarão mais justas ao lesionado.

O âmago do debate parece residir em base cultural. Há pouco tempo, antes de 1988, debatia-se ainda sobre a reparabilidade do dano "moral", ante a falta de lei geral específica. Não obstante, os Tribunais já mostravam indícios de reconhecimento do bem moral como juridicamente amparado, buscando no próprio sistema posto o fundamento para compensação da violação perpetrada.

De maneira consciente, residia a fundamento da compensação do dano "moral" no próprio art. 159 do Código Civil, pois o "patrimônio moral" passou a ser, sob ótica evolutiva da jurisprudência, interesses alheio violado, com amparo na lei civil.

Não só a valorização de bens imateriais como passíveis de amparo judicial (mesmo que ainda não revelados), mas

principalmente a melhor estima pecuniária de tais valores, fazem parte da revolução cultura que hoje ocorre e que terão destino certo nas sentenças e acórdãos.

O debate da melhor quantificação do dano extrapatrimonial se faz mais necessário no campo do contrato, em que o primeiro bem juridicamente amparado agredido é evidentemente o patrimonial (pelas categorias dos lucros cessantes e danos emergentes), restando embaçada a percepção acerca do prejuízo imaterial, não obstante poder ser este último maior faticamente que o material. Neste passo, a idéia de sistema único de responsabilidade civil se mostra relevante, inclusive pelo motivo da maior experiência jurisprudencial quanto a responsabilidade extracontratual.

O papel punitivo da indenização, sustentado ao longo do trabalho, se mostra aqui método eficiente contra a "timidez" dos valores jurídicos tratados.

Na opção oferecida ao magistrado (não vedada em lei), melhor punir exemplarmente o agressor a deixar a vítima desamparada.

Fica a notícia, por mais vaga que possa ter sido, sobre o tema que, conforme alertado na introdução, não se destinava à originalidade, mas sim a uma investigação mais minuciosa da matéria, e quiçá um despertar para o debate mais profundo.

6. ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO	p. 1
2. BREVE ANÁLISE HISTÓRICA	p. 4
3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL	p. 19
3.1 Fundamento no Plano da Filosofia Jurídica e Senso de Justiça na Responsabilidade Civil	p. 19
3.2 Fundamento Lógico da Responsabilidade Civil	p. 23
3.3 Razão de Existência da Responsabilidade: elaboração de um conceito	p. 27
3.4 Linhas Mestras da Responsabilidade Civil: princípios in- formativos	p. 36
3.4.1 O Papel Repressivo: responsabilidade civil e criminal	p. 46
3.5 Responsabilidade Contratual e Extracontratual ..	p. 59
3.6 O Dano	p. 71
3.6.1 O dano como elemento necessário	p. 72
3.6.2 Pressupostos para a configuração do dano	p. 77
3.6.3 Busca conceitual do dano	p. 82
3.6.4 Dano patrimonial	p. 92
3.6.5 Dano extrapatrimonial	p. 96
3.6.5.1 Natureza dos bens envolvidos e sua apa- rente limitação constitucional	p. 96

3.6.5.2 Terminologia mais adequada	p. 103
3.6.6 Prova do dano extrapatrimonial	p. 108
4. DO DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO	p. 116
4.1 Reparação dos Danos Extrapatrimoniais por Descumprimento do Contrato	p. 116
4.1.1 Posição jurisprudencial e doutrinária hodierna: análise de alguns sistemas estrangeiros e nacional .	p. 123
4.1.1.1 Em França	p. 123
4.1.1.2 Nos sistemas relevantes da common law	p. 127
4.1.1.3 No Brasil	p. 131
4.2 Os Interesses Contratuais Envolvidos	p. 135
4.3 Modalidades de Descumprimento Contratual.....	p. 151
4.3.1 Inadimplemento ou Inexecução Absoluta.	p. 154
4.3.2 Mora	p. 159
4.3.3 Violação Positiva do Contrato	p. 165
4.3.4 Cumprimento Imperfeito	p. 171
4.3.5 Quebra Antecipada do Contrato	p. 175
5. CONCLUSÃO	p. 182
6. ÍNDICE	p. 185
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	p. 187

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Extinção dos contratos por inadimplemento do devedor : resolução. Rio de Janeiro : Aide, 1991. 283 p.
2. ALPA, Guido; PULITINI, Francesco; RODOTÀ, Stefano; ROMANI, Franco. Interpretazione giuridica e analisi economica. Milão : Guiuffrè, 1982. 662 p.
3. ALSINA, Jorge Bustamarte. Teoria general de la responsabilidad civil. 6. ed. Buenos Aires : Abeledo-Perrot. 677 p.
4. ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. São Paulo : Saraiva, 1949. 354 p.
5. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Proteção do consumidor no contrato de compra e venda. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993. 309 p.
6. AMARANTE, Aparecida I. Responsabilidade civil por dano à honra. Belo Horizonte : Del Rey, 1991. 350 p.
7. AMEZAGA, Juan Jose. Culpa contractual : lecciones de derecho civil. Montevideu : Legrand, 1949.
8. ARAUJO CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 8. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991. 320 p.
9. ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito : introdução e teoria geral - uma perspectiva luso-brasileira. Renovar : Rio de Janeiro, 1994. 533 p.
10. ASSIS, Araken de. Resolução do contrato por inadimplemento. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991. 158 p.
11. AZEVEDO, Plauto Faraco de. Justiça distributiva e aplicação do direito. Porto Alegre : Fábris, 1983. 159 p.
12. AZULAY, Fortunato. Do inadimplemento antecipado do contrato. Rio de Janeiro : Brasília, 146 p.
13. BATISTA DA SILVA, Ovídio A. Curso de processo civil : processo de conhecimento. Porto Alegre : Fabris, 1987. v. 1. 464 p.
14. BECKER, Anelise. Inadimplemento antecipado do contrato. Direito do Consumidor. São Paulo, n. 12., p. 68-78, out-dez 1994.

15. BERDEJO, Jose Luis Lacruz. Manual de derecho civil. 2. ed. Barcelona : Bosch, 1984. 827 p.
16. BIANCA, C. Massimo. Diritto civile : il contratto. 9. ed. Milano : Giuffrè, 1995. v. 3. 791 p.
17. BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993. 254 p.
18. BOBBIO, Norberto. Teoria della norma giuridica. Torino : Giappichelli, 1958. v. 1. 245 p.
19. BOUBÉE, Marie-ève Roujou de. Essai sur la notion de réparation. Paris : Générale, 1974. 493 p.
20. BRASIL. Projeto de Lei da Câmara nº 118, de 15 de novembro de 1984. Seção II. Emendas apresentadas perante a Comissão Especial.
21. BREBBIA, Roberto H. El daño moral. Buenos Aires : Bibliográfica, [1950], 380 p.
22. BUFNOIR, Claude. Les contrats de droit anglais. Paris : Rosseau, 1924, 929 p.
23. CAENEGEM, R. C. van. An historical introduction to private law. Traduzido por D.E.L. Johnston. University of Cambridge : Cambridge, 1992. 215 p. Tradução de Introduction historique au droit privé.
24. CAMUS, E. F. Curso de derecho romano : derecho de obligaciones. 2. ed. La Habana : Havana, 1942. 334 p.
25. CARBONNIER, Jean. Droit civil : les obligations. 11. ed. Paris : Universitaires, 1982. 615 p.
26. CASILLO, João. Dano à pessoa e sua indenização. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994. 517 p.
27. CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. Da boa fé no direito civil. Coimbra : Almedina, 1984. v. 1. 660 p.
28. -----. Da boa fé no direito civil. Coimbra : Almedina, 1984. v. 2. 846 p.
29. -----. Estudos de direito civil. Violação positiva do contrato. Coimbra : Almedina, 1991. p. 116-142.
30. CARVALHO, Orlando. A teoria geral da relação jurídica : seu sentido e limites. 2. ed. Coimbra : Centelha, v. 1. 101 p.
31. CHAMOUN, Ebert. Instituições de direito romano. 3. ed. Forense : Rio de Janeiro, 1957. 531 p.

32. CHORÃO, Mário Bigotte. Introdução ao direito : o conceito de direito. v. 1. Coimbra : Almedina, 1989. 222 p.
33. COLEMAN, Jules L. Contracts and torts. Law and Philosophy. [Boston - USA], v. 12, n. 1, p. 71-93, 1993.
34. CORBIN, Arthur L. Corbin on contracts. 24. ed. Saint Paul : West, 1988. 1224 p.
35. COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das obrigações. 4. ed. Coimbra : Coimbra, 1984. 811 p.
36. -----. Noções de direito civil. 2. ed. Coimbra : Almedina, 1985. 577 p.
37. COSTA, Rubens José. Da responsabilidade civil contratual e delitual. Cadernos da Pós-Graduação em Direito da Universidade de Minas Gerais - Faculdade de Direito. Belo Horizonte, n. 2. p. 47-86, 1977.
38. COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O conceito de dano do direito brasileiro e comparado. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 667, p. 7-16, mai. 1991.
39. CUPIS, Adriano de. El daño. 2. ed. Traduzido por Ángel Martínez Sarrión. Barcelona : Bosch, [1970?]. 852 p. Tradução de Il danno.
40. DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 8. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1987. v. 1. 420 p.
41. DIÉZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. 2. ed. Madrid : Tecnos, 1988. v. 1. 889 p.
42. FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. Estudos Jurídicos. Curitiba, v. 2, n. 1, p. 101-109.
43. -----. Novo conceito de ato e negócio jurídico: consequências práticas. Curitiba : Educa, Scientia et Labor, 1988. 112 p.
44. -----. O novo direito civil : naufrágio ou porto? Lições de direito civil alternativo. São Paulo : Acadêmica, 1994. p. 72-75.
45. FORCHIELLI, Paolo. Responsabilità civile. Padova : CEDAM, 1983. 158 p.
46. FRANÇA, Rubens Limongi. Responsabilidade aquiliana e suas raízes. In: CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade civil : doutrina e jurisprudência. 2 ed. São Paulo : Saraiva, 1988. p. 241-161.

47. FRANGI, Marc. Constitution et droit privé : les droits individuels et les droits économiques. Paris : Economica. 317 p.
48. GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. Traduzido por Antonio Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. Lisboa : Goulbenkian, 1986. 813 p. Tradução de Introduction historique au droit.
49. GOMES, Orlando. Inexecução contratual positiva. In: Transformações gerais do direito das obrigações. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1980. p. 157-162.
50. ----- . Obrigações. 8. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1986. 431 p.
51. GRAU, Eros Roberto. Direito, conceitos e normas jurídicas. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1988. 204 p.
52. GRISI, Giuseppe. L'obbligo precontrattuale di informazione. Napoli : Jovene, 1990. 479 p.
53. HART, Herbert L.A. O conceito de direito. Traduzido por A Ribeiro Mendes. Lisboa : Gulbenkian, 1986. 306 p. Tradução de The concept of the law.
54. HEDLEY, Steve. Contract, tort and restitution : or, on cutting the legal system down to size. The Journal of the Society of Public Teachers of Law. London, v. 8, n. 2., p. 137-171, jul. 1988.
55. IGLESIAS, Juan. Instituciones de derecho romano. Barcelona : Escuela, 1951. v. 2. 342 p.
56. ITÁLIA. Codice Civile, Decreto nº 262, de 16 de março de 1942. Napole : Simone, 1995. 1660 p.
57. ITURRASPE, Jorge Mosset. El daño fundado en la dimension del hombre en su concreta realidad Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 723, p. 23-45, jan. 1996.
58. KIONKA, J. Edward. Torts. 2. ed. Saint Paul : West, 1992. 449 p.
59. LIEBMANN, Enrico Tullio. Manual de direito processual civil. Traduzido por Cândido Ragel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1985. 319 p. Tradução de Manuale de diritto processuale civile.
60. LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. Código civil anotado. 4. ed. Coimbra : Coimbra, 1987. v. 1. 794 p.
61. LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contrato e mudança social. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 722, p. 40-45, dez. 1995.

62. MAGALHÃES, Tereza Ancona Lopes de. O dano estético : responsabilidade civil. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1980. 123 p.
63. MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. 478 p.
64. MARTINEZ, Pedro Romano. Cumprimento defeituoso : em especial da compra e venda e na empreitada. Coimbra : Almedina, 1994. 643 p.
65. MARTON, G. Les fondements de la responsabilité civile : révision de la doctrine essai d'un système unitaire. Paris : Sirey, 1938. 480 p.
66. MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon. Traité theorique et pratique de la responsabilité civil : delictuelle et contractuelle. 4. ed. Paris : Sirey, 1932. t. 1. 915 p.
67. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1983. 211 p.
68. MONIER, Raymond. Manuel de droit romain : les obligations, 5. ed. Domat : Paris, 1954. 345 p.
69. NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Unificação das obrigações privadas. Revista Jurídica da Faculdade de Direito de Curitiba. Curitiba, n. 8, p. 144-159, 1995.
70. NÓBREGA, Vandick Londres da. História e sistema do direito privado romano. 3. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1961. 676 p.
71. NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais : autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo : Saraiva, 1994. 263 p.
72. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. Direito de família : direito matrimonial. Porto Alegre : Fabris, 1990. 504 p.
73. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil : teoria geral das obrigações. 8. ed. Forense : Rio de Janeiro, 1986. v. 2. 308 p.
74. PEREIRA, M.S.D. Introdução ao direito e às obrigações. Coimbra : Almedina, 1992. 360 p.
75. PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria geral do direito civil. 3. ed. Coimbra : Coimbra, 1989. 661 p.
76. POPP, Carlyle. Execução de obrigação de fazer. Curitiba : Juruá, 1995. 304 p.

77. PORTUGAL. Código Civil, Decreto Lei 47.344, de 25 de novembro de 1966. Lisboa : Aequitas, 1991. 818 p.
78. PRATA, Ana. Dicionário jurídico. 3. ed. Coimbra : Almedina, 1995. 1000 p.
79. RÃO, Vicente. O direito e a vida dos direitos : noções gerais, direito positivo, direito objetivo. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991. v. 1. 476 p.
80. RAVAZZONI, Alberto. La riparazione del danno non patrimoniale. Milano : Giuffrè, 1962. 253 p.
81. REIS, Clayton. Dano moral. Rio de Janeiro : Forense, 1991. 126 p.
82. ROPPO, Enzo. O contrato. Traduzido por Ana Coimbra e M. Januário C; Gomes. Coimbra : Almedina, 1988. 371 p. Tradução de Il contratto.
83. ROBB, Geral Georg Gregory; BROOKES, Jonh Philip. An outline of the law on contract and tort. 3. ed. London : Gazette, 1965. 268 p.
84. SAVATIER, René. Traité de la responsabilité civile en droit français. 12. ed. Paris : Générale, 1951. t. 2. 572 p.
85. SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de direito civil : fontes da obrigações - contratos. 4. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1991. v. 3. 401 p.
86. SERRES, Michel. O contrato natural. Traduzido por Beatrix Sidoux. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1991. 142 p. Tradução de Le contrat naturel.
87. SILVA, Wilson Melo da. O dano moral e sua reparação. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1983. 728 p.
88. SIMON, Patrick. La main invisible et le droit. Paris : Belles Lettres, 1992. 291 p.
89. STARCK, Boris; ROLAND, Henri; BOYER, Laurent. Obligations : contrat. 4. ed. Paris : Cour de Cassation, 1993. 873 p.
90. STOCO, Rui. Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994. 716 p.
91. TELLES, Inocência Galvão. Direito das obrigações. 6 ed. Coimbra : Coimbra, 1989. 489 p.
92. TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. 9. ed. São Paulo : Malheiros, 1992. 206 p.

93. TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. Manuale di diritto privato. 13 ed. Milano : Guiuffrè, 1990. 1158 p.
94. TOURNEAU, Philippe le. La responsabilité civile. 2. ed. Paris : Dalloz, 1976. 825 p.
95. TRUJILLO, Rafael Duràn. Nociones de responsabilidade civil : contractual y delictuosa. Bogotá : Temis, 1957. 321 p.
96. TUCCI, Guiuseppe. Il danno ingiusto. Napoli : Jovene, 1970. 412 p.
97. VARELA, João de Matos Antunes. Das Obrigações em geral. 7. ed. Coimbra : Almedina, 1991. v. 1. 959 p.
98. -----. Das Obrigações em geral. 5. ed. Coimbra : Almedina, 1992. 608 p.
99. -----. Direito das obrigações. Rio de Janeiro : Forense, 1977. v. 1. 383 p.
100. -----. Direito das obrigações. Rio de Janeiro : Forense, 1978. v. 2. 438 p.
101. -----. Rasgos inovadores do código civil português em matéria de responsabilidade civil. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra, v. 48, p. 77-106, 1972.
102. WEIL, Alex; TERRÈ, François. Droit civil : obligations. 4. ed. Paris : Daloz, 1986. 1069 p.
103. WESTERMANN, Harm Peter. Código civil alemão : parte geral. 2. ed. Traduzido por Armino Edgar Laux. Porto Alegre : Fábri, 1983. 214 p. Tradução de BGB Schuldrecht-allgemeiner Teil.
104. WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. 2. ed. traduzido por A.M. Botelho Hespanha. Lisboa : Gulbenkian, 1993. 768 p. Tradução de Privatrechtsgeschichte der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung.
105. YAGUEZ, Ricardo de Angel. Lecciones sobre responsabilidad civil. Bilbao : Universidad de Deusto, 1978.
106. ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. La responsabilità civile da reato. Padova : CEDAM, 1989. 282 p.

