# UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS FACULDADE DE DIREITO

# A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E JURÍDICA DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR

GONZALO DE ALENCAR LOPEZ

RIO DE JANEIRO

# GONZALO DE ALENCAR LOPEZ

# A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E JURÍDICA DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR

Trabalho de conclusão de curso elaborado pelo acadêmico Gonzalo de Alencar Lopez como exigência do curso de graduação em Direito da Faculdade Nacional de Direito, sob a orientação do professor Dr. Francisco Amaral.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Amaral

# RIO DE JANEIRO

#### 2008

Lopez, Gonzalo de Alencar.

A Evolução Histórica e Jurídica da Obrigação de Indenizar / Gonzalo de Alencar Lopez – Rio de Janeiro: UFRJ, 2008.

73 f.

Orientador: Francisco Amaral.

Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 71 –73.

1. Obrigações – Monografias. 2. Evolução Histórica e Jurídica. Francisco Amaral II. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 344.4

# GONZALO DE ALENCAR LOPEZ

# A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E JURÍDICA DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR

Trabalho de conclusão de curso elaborado pelo acadêmico Gonzalo de Alencar Lopez como exigência do curso de graduação em Direito da Faculdade Nacional de Direito, sob a orientação do professor Dr. Francisco Amaral.

Data de aprovação:	/	/		
Banca Examinadora:				
		,		_

A Deus.

À Maria e ao meu Anjo da Guarda.

Aos meus amados pais: Gonzalo e

Regina; e amada irmã, Daniela.

Ao amor da minha vida: Roberta.

A minha outra família: Roberto, Silvia

e Pedro.

Sem eles, nada seria.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Francisco Amaral, pelos conselhos e oportunidades ao longo da Faculdade.

Ao ilustre advogado e professor Luís Fernando Marin pelas dicas bibliográficas e de elaboração dessa monografia.

To my friend Sergio Perdigão, thanks a lot for the aid and the "college friendship".

Em derradeiro, mas de vital apoio em todos os sentidos imagináveis, agradeço a minha companheira e amor da minha vida pelo esforço incansável nos dias e nas madrugadas de estudo. Roberta, Obrigado.

# **RESUMO**

LOPEZ, G. A. Evolução Histórica e Jurídica da Obrigação de Indenizar. 2008. Monografia (Graduação em Direito) — Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2008.

O presente trabalho, exigência para o término do curso da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, tem como foco central a evolução da obrigação de indenizar. O princípio da construção doutrinária sobre o processo evolutivo das obrigações, em especial da obrigação de indenizar, tem como ponto inicial o direito comparado. Nessa lógica, o foco inicial é a análise das obrigações desde tempos remotos até o período romano, principalmente pela leitura jurídica dos principais instrumentos legislativos dos respectivos momentos. Após a apresentação dos conceitos históricos, busca-se a definição dos conceitos atuais e a evolução para indenização motivada pelo dano moral. A evolução do dano moral é analisada em conjunto com a doutrina do "punitive damage" em seus aspectos positivos e negativos, tendo em vista de que se trata de doutrina debatida pela doutrina pátria moderna. Os principais países são analisados em detalhes pertinentes ao trabalho, tendo sido utilizados como critérios: a importância no cenário jurídico global, a vanguarda dos institutos jurídicos relacionados ao trabalho e a influência exercida sobre a evolução da doutrina no direito brasileiro. A Doutrina da Indenização Punitiva é um dos focos centrais ao passo que pode ser um dos alicerces para futura evolução dos julgados sobre danos morais. A conclusão do trabalho visa uma análise das semelhanças e diferenças na evolução da obrigação de indenizar.

Palavras-Chave: Obrigação; Indenização; Dano Moral; Punitive Damages; Indenização Punitiva.

### **ABSTRACT**

LOPEZ, G. A. Historical and Legal evolution of the Obligation to indemnify. 2008. Monograph (Graduation in Law) - Federal University of Rio de Janeiro, 2008.

The present work, requirement for the ending of the course of the National College of Law of the Federal University of Rio de Janeiro, has as central focus the evolution of the obligation to indemnify. The beginning of the doctrinal construction on the evolution process of the obligations, in special of the obligation to indemnify, has as initial point the comparative jurisprudence. In this logic, the initial focus is the analysis of the obligations since remote times until the Roman period, mainly for the legal reading of the main legislative instruments of the respective moments. After the presentation of the historical concepts, searches it definition of the current concepts and the evolution for indemnity motivated for the pain and suffering. The evolution of the pain and suffering is analyzed in set with the doctrine of "punitive damage" in its positive and negative aspects, in view of to that it is about doctrine debated for the modern native doctrine. The main countries are analyzed in pertinent details to the work, having been used as criteria. The importance in global the legal scene, the vanguard of the legal Justinian Codes related to the work and the influence exerted on the evolution of the doctrine in the Brazilian law. The Doctrine of the Punitive Indemnity is one of the central focus, leading to the step that can be one of the foundations for future evolution of the judgeships on

pain and suffering. The conclusion of the work aims at an analysis of the similarities and differences in the evolution of the obligation to indemnify.

Keywords: Obligation; Indemnify; Moral Damage; Punitive Damages; Indenização Punitiva.

# **SUMÁRIO:**

1 INTRODUÇÃO	09
2 A INDENIZAÇÃO EM TEMPOS REMOTOS	
11	
<b>2.1</b> Hamurábi	
11	
2.2 Manu	
15	
2.3. A Lei das XII Tábuas	
18	
2.4 Alcorão (O Corão).	
23	
3 A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR EM ROMA	
26	
3.1 o Conceito Romano de Obrigação	
26	

3.2. As Fontes Romanas da Obrigação — Causa Obligationum
30
3.3 Efeitos da Obrigação
31
3.4 A Obrigação de Indenizar em Roma
36
4 AS OBRIGAÇÕES – UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA
37
4.1 O Conceito de Obrigação
37
4.2 Elementos das Obrigações
39
4.2.1 Dar, Fazer e Não Fazer. O Praestare.
39
4.3 Fontes das Obrigações.
42
4.4 Efeitos das Obrigações.
44
5 EVOLUÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR: O DANO
MORAL
45
5.1 A Doutrina dos "Punitive Damages"
50
5.2 Críticas aos "Punitive Damages" e a Doutrina Pátria
62
6 CONCLUSÃO
67

REFERENCIAS	. 71
-------------	------

# 1 INTRODUÇÃO

O atual ordenamento brasileiro assim considera a obrigação de indenizar em seu Código Civil, Título IX, Capítulo I, artigo 927:

"Aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

Entretanto a compreensão inequívoca de tal artigo passa pelo esclarecimento de outro conceito: quem comete ato ilícito? Segundo o mesmo Código Civil, em seus artigos 186 e 187, é considerado autor de ato ilícito em nosso ordenamento:

"aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, ou ainda, que sendo o titular de um direito e que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Diante do atual conceito para ato ilícito e da respectiva punição prevista em lei, pretende-se a análise histórico-evolutiva dos mesmos conceitos como basilares para construção atual da indenização, tendo em vista que em tempos romanos a idéia de indenização era vinculada ao delito e que nos dias atuais a obrigação de indenizar, em regra, deriva do ato ilícito.

Conhecer tais conceitos em tempos remotos possibilita a descoberta das raízes e bases do trato atual. Certamente, com a evolução jurídica de séculos, a questão tornou-se muito mais complexa e plural. Todavia, a base histórica serve como ponto de partida para as análises contemporâneas, sobretudo no que tange ao bem jurídico que se deseja proteger e de que forma o anseio social almeja essa proteção. Resguardando proporções históricas e sociais, faz-se possível um comparativo de dispositivos e garantias legais concedidas com intuito de proteger a sociedade diante de possíveis abusos.

Ainda no âmbito do direito comparado, a análise se deterá a possibilidade de indenização (ou não) no Corão, de que forma o aspecto religioso influência no direito das sociedades teocráticas no que tange à obrigação de indenizar.

Importante referencial comparativo, a evolução dos conceitos ao longo da história romana deixou importantes legados para doutrina atual. As obrigações romanas são utilizadas, conceitualmente, até hoje. As fontes romanas, os efeitos das obrigações e finalmente como era

possível a materialização da obrigação de indenizar nos tempos romanos serão pautas de estudo.

Após o estudo do conceito e aplicação da obrigação de indenizar ao longo da história, torna-se mister o conceito atual e seus elementos. As prestações *dare, facere* e *praestare* evoluindo para o atual dar, fazer e não fazer.

As fontes atuais da obrigação e os efeitos do inadimplemento, sendo que, dentre os efeitos, o mais importante para o trabalho: a indenização. Eis o cerne do trabalho, o coração. Como evoluiu a obrigação de indenizar, sobretudo o dano moral, não por ser mais importante que o dano material, mas por realçar debates mais apaixonantes. A sua inserção no direito romano e as doutrinas atuais são todos temas de aprofundamento.

O debate mais rico: o dano moral como reparação ou como punição? Cabe no Brasil o instituto dos "*punitive damages*", e o resto do mundo? Como trata tal questão?

A valoração do dano moral, o quantum a ser estabelecido, os aspectos da obrigação de indenizar quando relacionada à dignidade da pessoa humana, maior norte do direito contemporâneo.

Ao término do estudo de tais questões, será possível a proposta de soluções, de métodos?

A idéia desse estudo não será propor soluções milagrosas, mas analisar a evolução de um instituto tão importante para assuntos atuais como, por exemplo, a Responsabilidade Civil. Pretende ser um ponto de partida para o posterior aprofundamento de todas as questões analisadas, mas essencialmente preocupa-se com os efeitos sociais das ponderações jurídico-doutrinárias.

# 2 A INDENIZAÇÃO EM TEMPOS REMOTOS

O presente capítulo pretende estabelecer um painel comparativo da obrigação, ou do dever, de indenizar em tempos remotos, buscando, por meio da visualização dos aspectos legislativos e sociais de cada momento, o nexo entre o bem que se buscava garantir e a sanção garantidora desse mesmo bem. De certa forma, tenciona-se estabelecer uma noção de proporcionalidade entre inadimplemento do dispositivo e punição prevista, que sirva de base para posteriores comparações.

#### 2.1. Hamurábi

A análise basilar de qualquer estudo jurídico comparado envolvendo tempos remotos passa pelo Código de Hamurábi.

Hamurábi (*Hammurabi*, *Hammu-rapi ou Khammurabi*) nasceu por volta de 1800 a.C. e foi rei da primeira dinastia babilônica. Ao conquistar a Suméria e Acádia tornou-se o principal rei da Babilônia, expandindo-a por quase toda Mesopotâmia. Tornou-se famoso por ter ordenado a compilação do mais antigo código de leis escritas conhecido, o Código de Hamurábi.

O Código, hoje guardado no Museu do Louvre, em seu Departamento de Antiguidades Orientais, permite o conhecimento das origens do sistema legislativo escrito, sendo assim, um excelente ponto de partida de qualquer pesquisa. O grande monólito de diorito preto em que está transcrito o famoso Código, um bloco de incomensurável valor histórico, com aproximadamente 2 metros e 25 centímetros de altura, apresenta o sistema legislativo aplicado na Babilônia dos idos de 1700 antes de Cristo. Dividido em 282 artigos, expostos em 46 colunas, contendo um texto de 3600 linhas, o Código dispõe sobre inúmeras situações cotidianas e aponta soluções para conflitos. Algumas soluções em particular interessam ao

estudo, mais especificamente as que tenham relação com o dever de indenizar após o inadimplemento de dispositivo previsto, entretanto, outras medidas que previam punições desvinculadas do caráter pecuniário também serão alvos de estudo. Por exemplo: o próprio artigo 1º apresenta certa relação com a reparação do dano causado à outrem, claro, ressaltando todas as devidas proporções e o caráter simplista de tal código, quando comparado à complexidade de estudos e ramificações do direito atual.

## Dispunha o Artigo 1°:

"Se alguém acusa um outro, lhe imputa um sortilégio, mas não pode dar prova disso, aquele que acusou deverá ser morto."

Percebe-se o tom mais severo das leis primitivas, fortemente influenciado pela Lei do Talião. Atualmente, tal ato seria enquadrado no artigo 138 do Código Penal como Calúnia e estaria sujeito a uma sanção que varia de 6 meses a 2 anos de detenção e multa. Entretanto, por não envolver a prestação pecuniária, o artigo 1º de Hamurábi não é o melhor exemplo para se buscar a obrigação de indenizar.

A viagem é árdua, mas não infrutífera. No último artigo do Capítulo V, concernente às relações entre comerciantes e comissários, já havia a previsão das hipóteses de indenizações do capital mal empregado e da negligência dos intermediários, puníveis com multa, inclusive multiplicando o valor aplicado. Dispunha, portanto, o artigo 107:

"Se um mercador deu crédito a um comissionado e este devolveu ao mercador o que dele recebera, porém o mercador negou o recebimento do que lhe fora devido, o comissionado comprovará perante os deuses e testemunhas contra o mercador, e este dará ao comissionado até seis vezes mais do total que recebeu, pelo fato de tê-lo acusado."

Nitidamente, há nesse artigo a obrigação de indenizar para o mercador que deu crédito e quis obter maior vantagem do que a devida e extinguida com o pagamento. Hoje, com os avanços nos sistemas de identificação de pessoas, análise de crédito e serviços de restrição ao crédito, bem como de documentação para empréstimos, tal situação é cada vez mais rareada. Mas, certamente, comprovada a fraude por parte do credor, cabe, também, a indenização. No dito popular: "quem paga mal, paga duas vezes", mas somente quem paga mal, ou seja, não exige comprovantes do pagamento realizado. O indivíduo que consegue comprovar seus pagamentos e se vê sendo cobrado indevidamente, deve buscar seus direitos e pleitear a

indenização cabível contra seu suposto credor. Até porque, provavelmente, o "credor" colocará seu nome nas listas dos serviços de restrição ao crédito.

O artigo 107 é um bom exemplo do dever de indenizar em tempos remotos, todavia não o melhor, já que certamente os melhores constavam no Capítulo XII. Mas, antes, o único artigo de todo Capítulo IX e que dispunha sobre a Injúria e a Difamação, temas que nos dias atuais podem resultar em graves e volumosas indenizações, vejamos como eram tratados por Hamurábi:

"Artigo 127. Se alguém difama uma mulher consagrada ou a mulher de um homem livre e não pode provar, se deverá arrastar esse homem perante o juiz e tosquiar-lhe a fronte"

Como já percebido, o tom era severo. A honra e a reputação eram bens de alto valor. No caso, o ferreteamento, além da dor, importava no exílio do ferreteado, tendo em vista sua exposição à vergonha de ser taxado como caluniador em sua testa, literalmente. Percebe-se uma forma de indenização ao ato ilícito praticado, porém a resposta legislativa era material, envolvia o próprio corpo do caluniador e só posteriormente passou a ser imaterial, um vinculo jurídico patrimonial. Mesmo no Direito Romano, séculos depois, o vínculo material ainda era encontrado nas relações obrigacionais. Em Roma, segundo o Dicionário de Antiguidades Gregas e Romanas, o ferreteamento foi adotado pela lei Memmia (ou Remmia), segundo a qual o falso acusador poderia ser ferreteado com a letra K, inicial de Kalumnia, na testa.

Na legislação em vigor no Brasil, a prática de difamação, pode resultar numa pena de detenção de 3 meses a um ano e multa, conforme o art. 139 do Código Penal, enquanto a Injúria tem sua pena máxima em 3 anos de reclusão e multa, se tipificado no parágrafo 3º do art. 140 do Código Penal. Portanto, embora ainda possa vincular a liberdade de ir e vir do caluniador há o caráter pecuniário na resposta do Estado pelo descumprimento de dispositivo legal.

O Código de Hamurábi dispunha sobre Delitos e Penas em seu Capítulo XII. Basicamente, o capítulo apresenta lesões corporais, indenizações e composições, sendo fortemente influenciado por Talião, que nitidamente se faz presente.

Talião influenciou a construção do direito primitivo de forma incisiva, não havia preocupação com a causa do delito, tampouco se importava com técnicas reducionistas de penas. Em suma, era "olho por olho, dente por dente, braço por braço e vida por vida".

No Código de Hamurábi, Talião aparece claramente entre os artigos 196 e 214. No entanto, um fato curioso é a possibilidade de composição com a pena pecuniária. Fato que deixa indícios da melhor posição no sistema jurídico de Hamurábi para aqueles de melhor condição sócio-econômica, afinal, caberia a sedução pecuniária em detrimento de Talião. Tal forma de composição, pode ser percebida, por exemplo, no artigo 198:

"Se alguém arranca o olho de um liberto, deverá pagar uma mina."

Conclui-se que era admitido o ressarcimento pecuniário, sendo utilizado Talião apenas em sua falta. Portanto, sendo possuidor de grande fortuna, em alguns casos, Talião não era a regra, mas a opção.

Atualmente, a indenização pode ser ensejada por imprudência, imperícia ou negligencia profissional. A legislação babilônica já tratava do tema em diversas áreas, as quais são possíveis de serem citadas a navegação e a construção.

Babilônia foi edificada numa das mais importantes regiões hídricas do mundo, situada entre as bacias hidrográficas dos rios Tigres e Eufrates. Era absolutamente natural que a evolução social e econômica estivesse relacionada com o desenvolvimento náutico. Por isso, a economia vinculada à navegação exigia leis acerca de questões hidroviárias.

A profunda dependência dos estaleiros babilônicos demandou inúmeras leis regulando a atividade dos bateleiros. O artigo 235 determinava que se um bateleiro construísse um barco e não o fizesse solidamente e, no mesmo ano, o barco sofresse avaria, deveria o bateleiro desfazer o barco e refazê-lo solidamente à sua custa, dando o barco sólido ao proprietário.

Um aspecto absolutamente pertinente à evolução do dever de indenizar encontra-se na negligência do profissional bateleiro, isso porque, o bateleiro que fosse negligente seria sempre obrigado a indenizar, em função de sua negligência. Por exemplo, no artigo caso do artigo 236, o bateleiro que fretasse um barco e o colocasse a pique, deveria pagar outro ao dono.

Mas, o caso mais interessante e que enriquece a evolução histórica por ora analisada encontra-se no artigo 237. Segundo o artigo, se o bateleiro, por negligência, colocasse a pique carregamento de trigo, azeite ou qualquer outra carga, deveria indenizar o que fez ir a pique e tudo que causou perda, ou seja, já havia a previsão nítida de indenização pela possível perda

superveniente causada, pela negligencia do bateleiro, ao comerciante que o contratou. A título de curiosidade, nesse caso:

"Art. 237 – Se alguém freta um bateleiro e o barco e o provê de trigo, lã, azeite, tâmaras e qualquer outra coisa que forma a sua carga, se o bateleiro é negligente, mete a pique o barco e faz que se perca o carregamento, deverá indenizar o barco que fez ir a pique e tudo que ele causou perda."

Ainda nos casos de possíveis acidentes, que provavelmente ocorriam em larga escala, havia previsão legal para solução. Em regra, o causador do choque era obrigado a indenizar todos os prejuízos.

Em Hamurábi, no que tange aos engenheiros construtores, a legislação babilônica não admitia hipóteses de negligência, era, outrossim, bastante severa. No artigo 229 era prevista a pena de morte para o construtor que deu causa à morte do morador de casa construída de forma negligente. Talião. Sem dúvidas, Talião.

#### 2.2 Manu

O Código de Manu, datado de um período em torno dos séculos II a.C. e II d.C., oriundo de uma civilização mística, compõe parte de uma coleção de livros bramânicos, enfeixados em quatro compêndios: o Maabárata, o Romaiana, os Purunas e as Leis escritas de Manu (guardando as proporções Manu foi o "Adão" do paraíso indiano).

Ainda é base da legislação do mundo indiano, incluindo seu sistema de castas, sendo, portanto, um conjunto de regras redigido ao longo do tempo com forte característica religiosa e que serve de base para sociedade hindu.

As regras do Código de Manu são expostas em versos, sendo que, cada regra, consta de dois versos cuja metrificação, segundo os indianos, foi inventada por um santo eremita, por volta de 1500 a.C

Não teve o Código de Manu o mesmo alcance de Hamurábi, mas atingiu as regiões da Assíria, Judéia e Grécia, deixando grandes marcas nessas civilizações. E assim como o Corão possui fortes raízes religiosas e regras de mesmo tom.

O Código evidencia em seu teor uma posição superior dada aos sacerdotes. Inclusive, no próprio Código, devido aos grandes privilégios e diferenciais estabelecidos a favor dos

sacerdotes, os hindus de classe média, dificilmente poderiam amparar-se em seus desejos sociais, sobretudo, se contrários à classe dominante sacerdotal. Nas palavras de Jayme de Altavila, professor emérito da Faculdade de Direito de Alagoas:

"A lei escrita de Manu era, todavia, um subterrâneo tenebroso, onde o hindu de classe média ou inferior encontrava infalivelmente um abismo legal diante de cada passo inseguro, pois os degraus que nele se construíram eram anulados pelas cavidades."

Ou ainda, nas palavras do professor Carlos Ayarragaray:

. "La ley de Manu forma um código de preceptos artificiales, que respondió al ideal de cierta escuela brahmánica, y no es uma legislação proclamada por um poder público"

Os hindus de classe inferior eram alijados de grande parte dos direitos. Entretanto, pior situação era a dos deficientes, que eram excluídos, literalmente, de obterem direitos básicos, por exemplo, segundo o artigo 612, os cegos e surdos de nascimentos não poderiam herdar. A mulher era tratada de forma absolutamente humilhante e desprovida da maior parte dos direitos. O artigo que melhor resume o significado da mulher dentro do sistema jurídico de Manu e o desprovimento de direitos era o artigo 415:

"Art. 415- Uma mulher está sob a guarda do seu pai durante a infância, sob a guarda de seu marido durante a juventude, sob a guarda de seus filhos em sua velhice; ela não deve jamais conduzir-se à sua vontade."

A observância de tais características sociais do período legislativo analisado é importante para o estabelecimento de um painel social que permita a compreensão das possibilidades indenizatórias no seio social. Percebe-se, nitidamente, que a mulher dificilmente poderia pleitear qualquer medida de caráter indenizatório em tal sociedade. Muito menos deficientes físicos ou mentais representados. Fatos que limitam e muito, o estudo sobre a evolução do dever de indenizar, tendo em vista que muitas situações corriqueiras e motivadoras de indenizações fossem simplesmente relegadas à ignorância por envolver mulheres ou deficientes. É um absurdo! Mas faz parte da história da evolução (num sentido histórico da palavra evolução e não qualitativo) do dever de indenizar.

Conscientes de que o Código de Manu foi, na verdade, apenas um instrumento jurídico, de caráter religioso, desenvolvido pela elite sacerdotal e que, nas palavras de Altavila "Era um meio astucioso de co-responsabilizar os deuses pelos interesses humanos", pode-se estudar o dever de indenizar dentro de seus parâmetros jurídico-sociais.

O Código de Manu não ecoou fortemente fora dos limites hindus, mas seu estudo é parte integrante da rede de influências e conexões legislativas do mundo antigo.

A parte de maior destaque consta nos livros Oitavo e Nono. O Livro Oitavo em sua Parte Geral, Capítulo 2, delimita os Meios de Prova. O Capítulo 2 é essencial para o conhecimento do Processo Cognitivo de uma forma geral. Mas, em especial, para o presente estudo, para a noção básica do processo de conhecimento em ações de natureza indenizatória. Almejar uma indenização nas leis de Manu era tarefa árdua, até mesmo impossível para deficientes mentais. Para começar, o Capitulo Segundo prescreve que somente homens dignos de confiança, "isentos de cobiça", possam ser escolhidos para testemunhas de fatos levados a juízo, sendo tal missão vedada, por exemplo, aos artífices de baixa classe, cozinheiros, atores, estudantes e ascetas. As proibições testemunhais continuam nos níveis psicológicos e passionais:

"Art. 49 – Nem um infeliz acabrunhado pelo pesar, nem ébrio, nem um louco, nem um sofrendo de fome ou de sede, nem um fatigado em excesso, nem o que está apaixonado de amor, ou em cólera, ou um ladrão."

Sendo assim, o hindu, reconhecidamente apaixonado, não gozava de fé-pública. Ou ainda:

"Art. 50 – Mulheres devem prestar testemunho para mulheres."

Complementado pelo artigo seguinte:

"Art. 51 – Na falta de testemunhas convenientes, pode-se receber o depoimento de uma mulher".

De certo, mulheres eram péssimas testemunhas. Caso o indivíduo passasse por alguma situação ilícita passível de julgamentos, que o fizesse próximo a algum sacerdote ou de algum homem "isento de cobiça" para que pudesse comprovar.

A idéia de indenização não faz parte da filosofia engendrada pelas leis de Manu, Talião é muito mais presente em seus dispositivos, como se pode perceber, tal aspecto é nitidamente materializado no trecho acerca de credores e devedores.

Segundo o Capítulo 8, o credor que, por conta própria, retomasse seu bem do devedor, mesmo que pela força, não poderia ser questionado junto aos sacerdotes. Se tal retomada era

permitida e estimulada, dificilmente se pode falar em indenizações, a regra era que o ofendido devolvesse a ofensa na "mesma moeda" ou de própria força reconstituísse a situação original.

Já no Capítulo dedicado às injúrias, a resposta do injuriado era severa. As leis permitiam penas como: corte de línguas (em casos de ofensas à honra pela calúnia), uso de estiletes de ferro e jorrar óleo fervente pela boca.

Mas, por outro lado, eram previstas penas pecuniárias também. Há até um artigo que pode ser relacionado ao atual direito do consumidor, guardando as devidas e enormes proporções de cada período. O artigo 698 era dedicado aos crimes contra economia popular, punindo os que alteravam os preços e vendiam mercadorias deterioradas. Em Manu também havia, portanto, garantias para alguns consumidores lesados.

#### 2.3 A Lei das XII Tábuas

Não é consenso a viagem dos *decenvirus* à Grécia para elaboração posterior da Lei das XII Tàbuas. Todavia, a história mais apregoada é baseada, inicialmente, na viagem de três patrícios à Grécia, centro da cultura helênica, por volta do ano 300. A idéia era conhecer as diretrizes legais da reforma legislativa de Sólon, e assim, conhecedores de novos preceitos jurídicos que pudessem ser adequados à vida romana, estruturar um código romano.

Ademais, outra controvérsia se estabelece acerca da fonte histórica das leis. Eram tábuas de madeira ou de bronze? Restam duas posições contrárias, a primeira de que as leis foram realmente talhadas em madeira. Entretanto, a segunda é mais compatível com a evolução tecnológica de Roma e parece mais adequada. Na Realeza, Roma já trabalhava o bronze em armas de guerra e utensílios do lar, nada mais razoável que moldar leis tão importantes para organização social em bronze e, com isso, preservá-las de forma mais eficiente ao afixarem-nas no Fórum, junto aos rostos em face da cúria do Senado.

Ao término de um ano, os elaboradores finalizaram a organização legislativa romana. Obra que seria ainda ampliada, estendida em mais duas tábuas. O ilustre professor Altavista, defende a possibilidade de elaboração de uma terceira tábua (a Tábua XIII):

"em que se definisse a organização política do Estado Romano, que ficara omissa nos dispositivos anteriores. Chegamos a essa conclusão porque, tratando a última tábua do direito público, dava-se a entender que, em

seguida, seria moldada uma outra, dedicada ao regime estatal." E continua argumentando que "muito perdeu com tal omissão o estudo do Direito Constitucional, ficando assim obscuro o pensamento romano sobre os fundamentos jurídicos e políticos de sua modelação nacional."

O aspecto mais importante da Lei das XII Tàbuas foi a publicização dada ao Direito, que deixou de ser proveniente do sagrado, como em outrora; de surgir da manifestação conveniente dos deuses e, muitas das vezes, em acordo com o interesse dos homens de poder somente. Poderia ser invocado e consultado por todos, numa sociedade segregada entre patrícios e plebeus (não que tenha sido uma abolição das desigualdades, mas, ao menos, tornava mais justo o acesso aos ditames sociais).

Tito Lívio, grande jurista romano, que teve seus textos utilizados para esclarecer lacunas obscuras da Lei das XII Tábuas, as quais foram consumidas pelo tempo, considerava a mesma o "corpo de todo direito", em expressão que ganhou os séculos.

Esclarecidos os contextos históricos, polêmicas e algumas questões sobre a sociedade romana do período, faz-se mister a relação entre às "*Lex Duodecim Tabularum*" e a obrigação de indenizar.

Em regra geral, até aqui, a relação se estabeleceu em leis relativas à injuria ou ao comércio, mas dificilmente à honra. Além disso, a indenização foi poucas vezes de caráter majoritariamente pecuniário, ao contrário, funcionava como uma opção à compensação a partir de Talião.

O foco do trabalho consiste nessas relações, afinal, todas ensejam a indenização, o dever de indenizar por parte do ofensor. Todavia, a contraprestação pecuniária é o melhor parâmetro de estudo comparado, desde que, estabelecida a partir de critérios relacionados ao nível atingido pela ofensa à honra da pessoa em comunidade, assim como nos dias atuais.

O Direito Romano, por sua vez, permite a análise histórica da indenização e de seus critérios. Obviamente, devem-se guardar todas as proporções sociais entre períodos analisados no direito comparado. Deve-se saber o contexto e valorações do momento histórico analisado.

Por isso, antes da análise da indenização em Roma, se faz necessário o esclarecimento da filosofía traduzida pelo ordenamento jurídico.

A pena tinha, antes de mais nada, o sentido religioso como norteador. Era de fundamental importância a relação dos deuses diante de tal prática, assim como suas respostas para tal atitude. Existiam penas estabelecidas para responder apenas aos anseios sociais, e que

interessavam à sociedade sem maiores e profundos desdobramentos nos desejos sagrados. Contudo, havia também, penas estabelecidas para delitos que despertassem a cólera dos Deuses. Afinal, os Deuses poderiam, para vingar tal ato, atingir toda sociedade ou mesmo apenas o indivíduo. Por isso, era necessária a punição exemplar, para que houvesse a satisfação dos Deuses e a amenização de suas raivas e anseios por vingança contra aquele delito.

Percebe-se aqui um aspecto de fundamental importância para compreensão da "dosimetria" de indenizações nos diversos níveis de relação social. A sociedade atual não passa por tal critério de satisfação no momento de elaboração de suas leis, ao menos, em regra geral. Tal é a importância do critério religioso para os romanos, que o romanista Rudolf von Jhering, traduzindo fielmente o pensamento romano, para legalizar o fratricídio de Rômulo nos primórdios de Roma caracteriza o delito de Remo como uma ofensa divina à Rômulo. Afinal, "os limites da cidade estavam, como os dos campos, sob a proteção dos deuses".

Vale ressaltar que a pena, etimologicamente seria uma purificação, logo o crime só poderia ser respondido com a severidade da lei, atingindo patamares acima do critério humano, inclusive com a privação da vida do delinqüente para satisfazer os deuses.

O inciso I da Tábua VIII – De delictis – Dos delitos, estabelecia pena capital contra as injúrias ou ultrajes públicos difamatórios. Assim o era por estar a injúria entre os delitos com pena religiosa. Rudolf von Jhering, brilhantemente, elucida tal aspecto da pena capital. Dizia o ilustre jurista:

"a ordem jurídica civil não se alterava com o homem perjuro, o Estado não tinha interesse nem direito de castigá-lo; mas a cólera divina fazia-o severamente, porque o estado de impiedade em que ele se achava, acarretava sua exclusão perpétua da comunidade religiosa, deixando-o execratum".

O ponto mais interessante dessa Tábua está, sem dúvidas, no inciso IV.

"Inciso IV – Pela injúria feita a outrem, pena de vinte e cinco as"

O inciso acima materializa a prestação pecuniária por delito praticado, ainda mais, estabelece certa gradação na pena derivada de injúria quando a análise é feita comparando os incisos. Ao passo que a pena capital era prevista no inciso I, mais ofensivo à pessoa injuriada (injuria de forma pública e difamatória) nos incisos seguintes ela vai abrandando-se, conforme

o menor grau de ofensividade dos delitos, até chegar à contra prestação pecuniária no inciso IV. Tal processo gradativo é comprovado pela analise dos inciso II e III:

"Inciso II – Contra aquele que destruiu o membro de outrem e não transigiu com o mutilado, seja aplicada a pena de Talião.

Inciso III – Pela fratura de um osso de um homem livre, pena de trezentos as, de um escravo, pena de cento e cinqüenta as."

O Inciso II, embora traga a essência de Talião no seu texto, permite o acordo entre as partes antes da opção pelas regras de Talião. O Inciso III já era de caráter pecuniário.

Sem entrar pela seara do direito penal, mantendo a lógica romana nessa interação entre civil e penal, portanto, sem questionar a lesão corporal ou outros fatores interessantes, os quais tornariam a análise mais complexa e a retirariam do foco civilista, a comparação dos incisos permite o estabelecimento de certos critérios objetivos na formação do valor indenizatório a ser pago.

O mais interessante da leitura do texto do inciso IV, quando feita em comparação com o inciso III, é a gradação da indenização a partir de critérios objetivos relacionados à condição social do injuriado. Nítida e literal é a distinção dada aos cidadãos romanos e escravos. Cidadãos romanos receberiam sempre valores mais elevados, devido a sua representatividade social dentro da lógica hierárquica da sociedade romana. Além disso, conforme o caráter da ofensa, mais ou menos grave, seja pela repercussão pública ou pela condição da pessoa ofendida, maior o valor indenizatório. Esses incisos permitem a análise simples e exordial sobre a "dosimetria" indenizatória do direito romano. Mesmo que ainda muito rudimentar para ser comparada aos parâmetros atuais, serve como base para evolução do instituto. Se, em Roma, os critérios ainda eram baseados na escravidão, na literal segregação entre os membros da sociedade, como será hoje? Seria possível falar em diferentes patamares de indenização conforme a posição social, o "status quo" do injuriado? Em caso afirmativo, os mais ricos deveriam receber indenizações mais elevadas do que os mais pobres em casos similares, como fraude em cartões de crédito ou ofensas à honra. Em caso negativo, quais seriam os parâmetros? Seria a postura do indivíduo na sociedade, sua pontualidade de pagamentos, sua ficha criminal, sua função como membro da sociedade?

O presente trabalho tem exatamente esse foco, sem a pretensão de trazer soluções propõe a análise histórica e evolutiva para fixação de critérios racionais na mensuração do

dano, isso se for possível. O critério romano, embora muito apegado à condição social do indivíduo, possuía uma lógica que gerava uma expectativa razoável quanto à indenização, que se traduzia em segurança jurídica. Um padrão axiológico estável.

Os modelos atuais são plurais, por vezes, casos similares possuem decisões muito distintas, todavia, vale ressaltar, que o problema não é a análise casuística e sim as decisões assimétricas em casos muito semelhantes. Há necessidade da análise caso a caso, em que as respectivas diferenças sejam realmente levadas em consideração, mas sem exageros, que ao invés de ajudar, prejudicam o ambiente de segurança. É mister o estabelecimento de critérios mais objetivos, enquadrados em cada caso, para a fixação de valores. Esse é o cerne: a mensuração no valor do dano, sobretudo num desdobramento contemporâneo do debate doutrinário: o dano moral. Tal tema será ponderado mais à frente.

Antes, porém, mais alguns casos previstos nas XII Tábuas.

Na continuação, o inciso V previa a hipótese de dano causado por acidente, com conseqüências distintas às do intencional.

Dizia o inciso V: "Se o prejuízo é causado por acidente, que seja reparado". Com a previsão específica do acidente evidencia-se a distinção entre a intenção e o mero acidente. Sendo que no caso de injúria intencional era permitido transigir entre a pecúnia e Talião e no caso de acidente havia a compensação especificamente por dinheiro.

Atualmente, não há Talião. Tal diferenciação é resolvida também com o Direito Penal, cabendo a compensação pecuniária no âmbito civil, sem prejuízo de uma ação penal, que "substituiria" Talião. O importante é que, mesmo em situações acidentais cabia a indenização pecuniária. O aspecto penal atual foi, exatamente, a evolução desse instituto indenizatório em consonância com a evolução de todo ordenamento jurídico ocidental e seus Princípios norteadores.

A hipótese de negligência também foi contemplada no inciso X:

"aquele que causa incêndio num edifício, ou num moinho de trigo próximo de uma casa, se o faz conscientemente, que seja amarrado, flagelado e morto pelo fogo; se o faz por negligencia, será condenado a reparar o dano; se for muito pobre fará a indenização parceladamente."

Depreendem-se variados aspectos interessantes da leitura do inciso.

Primeiro, a pena severa para o crime, que era considerado uma ofensa aos deuses. No caso, à Deusa Ceres (deusa das plantas que brotam, em especial de grãos, da agricultura), filha de Saturno (Titã, filho do Céu e da Terra), amante e irmã Júpiter, irmã de Vesta, Juno, Netuno e Plutão, ou seja, não era uma ofensa qualquer, mas gravíssima.

Segundo previa a hipótese de negligência: uma pena mais branda, afinal a ofensa à Deusa não foi proposital (para provar, o delinqüente deveria restaurar a situação original e satisfazer a Deusa, compensando o injuriado).

E o terceiro aspecto: a pobreza. Caso o indivíduo fosse pobre e praticasse de forma negligente o ato, poderia restaurar a situação de forma parcelada. Era uma flexibilização interessante diante da severidade e do apego à condição social dos delinqüentes típica do sistema jurídico romano.

Mesmo em Roma, como nos moldes atuais a análise caso a caso era essencial. Havia necessidade de um padrão de segurança, mas que fosse realizada a verificação dos fatos e que estes fossem levados realmente em consideração para execução da pena. Seria, paradoxalmente, um "standart casuístico", há um padrão rígido, mas internamente flexibilizado.

#### 2.4 Alcorão (o Corão)

Livro sagrado do Islã. Palavra de Alá (Deus) revelada ao profeta Maomé (Muhammad) e recitada para jovens letradas de sua comitiva para que transcrevessem os textos. A palavra Alcorão (ou Corão ) deriva do verbo recitar ou declamar, portanto, é algo que deve ser recitado.

O Corão é formado por 114 Suras (ou Suratas, Capítulos), divididos em livros, seções, partes e versículos (ou *ayat*). (92 capítulos foram revelados, segundo a história religiosa para o profeta Maomé em Meca e 22 em Medina). A maior é a surata II, denominada a Vaca, com 286 "*ayat*" (versículos). As suratas de Medina são mais jurídicas, com mais versículos.

Lei não é uma palavra muito encontrada no Alcorão. Afinal, a vinculação dessa palavra é muito forte, com valores ocidentais como o sufrágio, a votação das leis, mesmo que não que seja sempre assim, vincula-se ao valor. Como o Alcorão foi inspirado por Alá,

passado por Maomé e ditado na íntegra, sem votações e processos legislativos, aos seus discípulos o texto vem com "verdades" e não leis.

Melhor traduz essa idéia Santillana ao afirmar que:

"La obediencia a esta ley es, al mismo tiempo que um deber social, um precepto de la fe. Quienquiera que la viole, no solamente infringe el orden legal, sino que comete um pecado, porque no hay ningun derecho que no emane de Dios. Orden Jurídico y religión, ley y moral son dos aspectos de la misma voluntad, de los cuales deriva su existência y sua trayectoria la comunidad islâmica, cada problema legal es em si mismo um caso de consciência, y la iurisprudencia coincide com la teologia, que es su ultima base."

Devido à grande influência do Alcorão nos países islâmicos, a maior parte deles não possui constituição ou muitos códigos, observa-se, portanto, a "palavra do profeta". A justiça maometana é sintética em membros e extensiva em interpretações. O califa (em árabe Khalifa, representante, sucessor do profeta) é uma espécie de supremo tribunal pessoal e o cádi o juiz comum escolhido pelo chefe espiritual sem exigência de especialização judiciária.

O Código Civil Mulçumano é uma compilação que muito se parece com algumas leis civis, por exemplo, o artigo 490:

"Art. 490 – Contrato é uma convenção pela qual uma ou muitas pessoas se obrigam para com uma, ou muitas outras, a dar, fazer ou não fazer alguma coisa"

Mais interessante é constatar que a lei antes de preceitos jurídicos, traduz atitudes ditas como pecaminosas. No caso, não cumprir o contrato opõe o versículo 91 da surata:

"Cumpri vossos juramentos".

Percebe-se, hodiernamente, a conjugação entre valores, preceitos religiosos e concepções e institutos jurídicos ocidentais. Mas, sempre se deve observar que o Alcorão é uma lei tida como acima das demais. Não há direito público e privado, mas sim "direitos de Alá e direitos dos homens".

Por esta razão, torna-se tarefa iníqua para qualquer um a busca de parâmetros que sirvam de referência para evolução das obrigações. O cumprimento obrigacional passa sempre pelo desejo religioso e a ele vincula-se. Em alguns casos, como Talião, em outros a típica complacência religiosa e o perdão do inadimplemento. De certo que a orientação, no direito genuinamente histórico passa pelo Alcorão, contemporaneamente há caminhos legislativos até

mesmo no direito internacional, mas o foco ainda não está nos atuais processos e sim na evolução histórica.

Dentro da lógica histórica, merece destaque o tratamento dado à calúnia, às dívidas e à difamação.

A calúnia é considerada grave crime. A surata XXIV, e seu versículo 23 prevê "terrível castigo" para àqueles que "acusam mulheres honestas", serão "malditos neste e no outro mundo". A penalidade consiste de 80 chibatadas, quando se tratar de pessoa livre e 40 de escravos. O detalhe interessante é que é maior a quantidade de chibatadas pelo fato da pessoa livre possuir mais responsabilidades na sociedade islâmica. Repare, muito sutilmente, também em certa gradação na resposta dada pelo Estado ao inadimplemento de preceito legal-religioso. Há certa "dosimetria" da pena.

As dívidas recebem tratamento benevolente na lei maometana. Na surata II, versículo 280 consta: "Se o vosso devedor estiver falto de dinheiro, aguardai que esteja mais desafogado. Se lhe restituirdes a sua dívida, mais meritório será para vós, se o souberes". Totalmente diferente do tratamento dado em outras codificações, o Alcorão, devido ao caráter extremamente religioso trata do tema com grande compaixão. Repare que, num sistema como este, dificilmente há de se falar em indenizações, juros e moras. A lei religiosa é mais passional, dificilmente traduz danos à honra em pecúnia, rege essa lei um valor superior, espiritual, não significando que as penas sejam brandas, mas de caráter espiritual, que por vezes, atingem mais a "carne" e o espírito e menos o "bolso", o patrimônio.

A difamação é proibida entre homens e mulheres, conforme o capítulo XLIX, versículo II: "Que os homens não escarneçam dos homens, nem as mulheres das outras mulheres; talvez essas que são objeto de escárnio valham mais do que as outras. Não vos difameis alcunhas". Mais uma vez, o tom religioso.

Certamente, o sistema jurídico islâmico não é o melhor referencial para evolução histórica de obrigações, não só pelo caráter religioso, mas pela restrita evolução de concepções e institutos jurídicos. Como o válido é o Alcorão, não há porque aprofundar e debater acerca de conceitos jurídicos abstratos.

Entretanto, para o direito comparado, o diferente é importante, pois estabelece novos parâmetros comparativos e modelos de evolução. É importante conhecer o diferente para evoluir dentro de conceitos já estruturados. Talvez, a benevolência no tocante às dívidas dos

realmente insolúveis, seja de bom tom no cenário altamente competitivo e internacionalizado dos dias atuais. Não no aspecto humano apenas, mas empresarial, já que por vezes, algumas empresas precisam apenas de tempo para se reestruturar e quitar seus débitos, mas tempo nem sempre é o que têm.

# 3 A OBRIGAÇÃO EM ROMA

#### 3.1 O Conceito Romano de Obrigação

O conceito hodierno de obrigação encontra-se nas fontes romanas. Tal afirmação é praticamente consenso na boa doutrina. Os grandes juristas romanos atingiram um nível de excelência quanto às obrigações e seus conceitos. Diante disso, torna-se importante a análise minuciosa do conceito romano, que servirá de subsídio ao longo de todo trabalho.

A *obligatio* ou obrigação romana foi definida, essencialmente, em dois textos. Um encontra-se nas *Institutiones*, livro terceiro, título 13, parágrafo ou como preferem os romanistas: I. III,13,pr., o outro no *Digesto*, livro XLIV, 7, 3, pr. ou de acordo com o insigne romanista Jose Carlos Moreira Alves: *Digesto* XLIV, 7, 3, pr.

O primeiro trecho romano traz o conceito de obligatio com relação à pessoa do devedor:

"Obligatio est iuris uinculum, quo necessitate adstrigimur alicuius soluendae rei secundum nostrae ciuitatis iura" (A obrigação é um vínculo jurídico pelo qual estamos obrigados a pagar alguma coisa, segundo o direito de nossa cidade).

O segundo trecho conceitua obrigação quanto ao objeto:

"Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut seruitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid uel faciendum uel praestandum" (A essência da obrigação não consiste em nos tornar proprietário ou em nos fazer adquirir uma servidão, mas em obrigar alguém a nos dar, fazer ou prestar alguma coisa)

A análise dos dois textos em conjunto, permite uma delineação do conceito romano. A obrigação seria um vínculo jurídico que gerava a obrigação de dar, fazer ou prestar algo, dentro das regras de direito de determinada área. Cabe, nesse conceito, destaque para o termo

prestar, que será discutido mais à frente e para se obter a semelhança com os conceitos atuais de obrigação, mas que também serão delineados adiante. Todavia, por ora, estuda-se apenas a análise do período romano.

Os romanistas sempre acreditaram que ao longo de toda evolução do direito em Roma mantivera-se o mesmo conceito acerca da *obligatio* romana, ou seja, a interpretação proveniente da leitura dos textos supracitados. Conforme visto, segundo o *Corpus Iuris Civilis*: obrigação era um vínculo jurídico em virtude do qual o devedor era compelido a realizar uma prestação de conteúdo econômico em favor de outrem. Portanto, ao devedor restava um dever jurídico: exatamente a *obligatio*.

O conceito de obrigação, extraído apenas da leitura dos textos romanos, foi abalado em 1874, quando o eminente romanista alemão Brinz negou à *obligatio* o caráter de dever jurídico. Além do primeiro, um segundo abalo ocorreu em 1904, quando Perozzi, grande jurista italiano, embora não tenha negado o caráter de dever jurídico, negou que a *obligatio* se distinguisse dos demais deveres jurídicos, que não eram incluídos entre as obrigações.

Brinz negou o caráter de dever jurídico à *obligatio* quando afirmou que ela não consistia no dever de realizar uma prestação, mas na responsabilidade em que se incorria pelo inadimplemento desse dever. Assim, o objeto da obrigação não era uma prestação (um dar, fazer ou prestar algo), mas, inicialmente, o próprio corpo do devedor e, mais tarde, vinculado ao patrimônio econômico do devedor. Posteriormente essa distinção seria muito importante para Responsabilidade Civil, que ao distinguir o débito (*debitum*, em latim e *Schuld*, em alemão) da responsabilidade (*Obligatio*, em latim e *Haftung*, em alemão), enquanto este só existe após o inadimplemento da obrigação, aquele existe desde o acordo para realização de uma prestação.

Tamanha é a importância dessa distinção que cabe aqui um aprofundamento acerca do tema. Brinz, ao estudar a obrigação, percebeu sua decomposição em dois elementos:

- a) o debitum; e
- b) a *obligatio*.

O débito (*debitum*, *Schuld*) e a responsabilidade (*obligatio*, *Haftung*) possuem inúmeras diferenças: o débito surge desde o momento da formação da obrigação, enquanto a responsabilidade só surge no caso de não cumprimento da obrigação pelo devedor. O debito é

um elemento não coativo (o devedor é livre para realizar ou não a obrigação), a responsabilidade é coativa (se o devedor não realiza a prestação surge a responsabilidade que o obriga ao adimplemento).

A diferença é materializada quando os dois elementos estão vinculados a pessoas diferentes. A título exemplificativo e sem "fugir" do direito romano, vejamos o contrato de *praeditura*. Nesse contrato, o débito cabia ao *manceps*, mas a *obligatio* (surgida apenas quando o *manceps* não efetuava a prestação) a um terceiro: o *praes*, responsabilizado pelo inadimplemento do *manceps*. O contrato escolhido pode ser comparado, com as devidas proporções à relação que se estabelece entre um comprador e seu fiador, inclusive, *manceps* significa comprador, enquanto *praes* significa fiador em latim. O comprador tem o débito, deve pagar, mas se não paga, o fiador que não tinha o débito passa a ter a responsabilidade pelo inadimplemento do comprador.

Perozzi não negou que à *obligatio* o caráter de dever jurídico, mas que ela se distinguisse dos demais deveres jurídicos não incluídos entre as obrigações. Para ele a *obligatio* seria um conceito meramente histórico surgido (com o caráter de sujeição do devedor ao credor) e desaparecido no direito romano. Perozzi parte da idéia de que o direito subjetivo se confunde com o direito das obrigações, premissa, atualmente superada, mas que vale a título de estudo e aprofundamento acerca da *obligatio*. Para Perozzi ambas são faculdades concedidas pelo direito objetivo para alguém exigir de outrem certo comportamento. Mas, segundo essa lógica, não haveria distinção entre direito subjetivo e obrigacional, então o que distinguiria o direito obrigacional? A resposta estria na evolução histórica da *obligatio* no direito romano.

Para Perozzi, a *obligatio* surgiu na relação entre as gentes, antes da constituição do Estado Romano. A princípio, ela decorria de um *delictum* (delito), pelo qual o ofensor ficava sujeito (*obligatio*) à vingança da vítima. Com o tempo, a vingança foi substituída por um acordo (*pactum*) entre vítima e ofensor, este passou a ter que indenizar aquele e nesse momento, a *obligatio* passou a derivar de um contrato. Nos primórdios, o ofensor oferecia um terceiro como garantia de que cumpriria o *pactum*. Caso o ofensor não cumprisse o *pactum*, o terceiro é que seria responsabilizado, portanto, o *debitum* era do ofensor, mas a *obligatio* estava com o terceiro. Aos poucos, segundo Perozzi, os dois elementos se uniram na figura do ofensor, que passou a ser garante de si mesmo. Com a fundação do Estado Romano, a

obligatio passou a ser encarada como situação anormal, pela qual o ofensor ficava sujeito à vingança da vítima que não desejasse o pactum, por isso, foi proibida a criação de novos delitos que decorressem obligationes, apenas as já existentes permaneceriam. Entretanto o mesmo não aconteceu com os contratos de que resultavam obligationes, já que eles foram ampliados. Apenas no Principado deixaram de surgir novos contratos. Desse momento em diante, o direito romano não teria mas um conceito genérico de obligatio, mas várias obligationes específicas, decorrentes de delitos e contratos que já existiam. O conceito genérico de obligatio só iria surgir mais tarde, nos direitos pós-clássicos. Segundo Perozzi a distinção entre obligatio e os demais deveres jurídicos só permaneceu pela força histórica.

Das duas teorias analisadas não resta dúvidas de que a de Brinz foi a mais importante, inclusive, com influência no direito atual. Vale destacar a crítica à confusão feita por Perozzi entre direito subjetivo e obrigacional, confusão inaceitável na doutrina atual, sendo o fator essencial da distinção o caráter patrimonial da relação obrigacional, em contra ponto ao direito subjetivo. Por outro lado, a origem no delito da *obligatio* possui grande aceitação.

Jose Carlos Moreira Alves apresenta a seguinte evolução histórica da obrigação no direito romano:

- a) No direito pré-clássico é aceito o pensamento de que a *obligatio* possui sua origem no delito e que, inicialmente, estabelecia um vínculo material, no qual o devedor respondia com o próprio corpo pelo inadimplemento. Sendo que, posteriormente, com a *Lei Poetilia Papiria* (326 a.C), passou a estabelecer um vinculo jurídico, imaterial, pelo qual o devedor respondia a partir de seu patrimônio pelo débito, como no direito moderno.
- b) No direito clássico, os romanistas, majoritariamente, defendem não haver a existência de um conceito genérico de *obligatio*, mas apenas algumas relações jurídicas no *ius civile* (denominadas *obligaciones*) decorrentes de atos ilícitos (*delicta*) e lícitos (*contractus*) já existentes. As outras relações jurídicas existentes, protegidas pelo pretor e não reconhecidas pelo *ius civile*, mas provenientes do *ius honorarium*, não eram consideradas *obligationes* porque o pretor não poderia criá-las.
- c) Com relação ao direito pós-clássico e justinianeu, para muitos romanistas, ocorreu a fusão das relações jurídicas obligatio e debitum, devido ao desaparecimento da distinção entre ius civile e ius honorarium. Com isso, se estabeleceu um conceito genérico de obrigação:

relação jurídica pela qual alguém deve realizar uma prestação, de conteúdo econômico, em favor de outrem, conforme a ilustre pena de Moreira Alves.

### 3.2 As Fontes Romanas da Obrigação – Causa Obligationum

A idéia de fontes das obrigações está relacionada com os fatos jurídicos que dão origem às obrigações. E para os romanos, tal idéia era expressa pelo termo causa obligationum.

Não há nos textos romanos consenso com relação às causa *obligationum*. O próprio jurista Gaio se contradiz e apresenta duas versões para o mesmo assunto. Para facilitar o estudo comparativo, a idéia de Justiniano é que será trabalhada. Não por ser de pleno consenso ou mais bem elaborada, mas por já estar enquadrada no período após a fusão entre *ius civile* e *ius honorarium*, facilitando assim o estudo com um conceito unitário de *obligatio*.

Justiniano, nas *Institutiones*, assim aponta as fontes obrigacionais:

"Sequens diuisio in quattuor species diducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio" (A divisão seguinte as classifica em quatro espécies: ou nascem de um contrato ou como de um contrato ou de um delito ou como de ou delito). – *Institutiones*, III, 13, 2.

Na definição empreendida por Justiniano, não há mais a distinção entre *obligatio* e *debitum*, que se fundiram sob a denominação genérica de *obligationes*. No contrato estavam os acordos de vontade que geravam obrigações, nos quase-contratos estavam os atos lícitos unilaterais os quais resultavam em obrigações. Nos delitos estavam as quatro figuras clássicas de delito (*furtum, rapina, damnum iniuria datum e iniuria*) e nos quase-delitos estavam os atos ilícitos contra os quais o pretor concedia ação na ausência de remédio jurídico no *ius civile*.

# 3.3 Efeitos da Obrigação

Na obrigação, o credor possui o direito de exigir a prestação. Com isso, o principal e imediato efeito de qualquer obrigação é o adimplemento obrigacional, embora nem sempre seja adimplida, gerando, assim, efeitos distintos da resolução natural da obrigação estabelecida originalmente pelas partes.

As consequências do inadimplemento obrigacional em Roma são distintas das atuais. Hodiernamente, em regra, o devedor deve cumprir exatamente o que foi acordado, salvo com consentimento em contrário do credor. Devem estar presentes, portanto, todas as modalidades convencionadas ou o credor pode não considerar a obrigação como realizada e ter direito a todos os efeitos decorrentes do inadimplemento da mesma.

Em Roma, alguns devedores em casos específicos poderiam adimplir de forma diversa da acordada. Os soldados romanos possuíam tal beneficio frente aos seus respectivos credores, os maridos com relação às esposas, os patronos e os ascendentes, respectivamente, aos libertos e aos descendentes, o sócio diante de seu par em casos de débitos decorrentes da sociedade, e o doador face do donatário quando a questão versava sobre a doação. Por exemplo, os devedores reverenciados com tal beneficio somente poderiam ser condenados naquilo que podiam fazer ("in id quod facere possunt") em virtude do beneficium competentiae. A função desse benefício era preservar o devedor. Assim como o próprio direito romano, esse benefício também evoluiu ao longo dos tempos. Inicialmente, no período clássico, o benefício evitava a execução pessoal do devedor, que pagaria para os que estavam no pólo passivo do beneficium competentiae apenas até o limite de seu patrimônio. No período justinianeu, a proteção era maior, não resguardava apenas a pessoa do devedor, mas também seu patrimônio até o limite de sua subsistência, em outras palavras, o credor só poderia executar o devedor, que gozava do benefício, até o limite patrimonial que garantisse a subsistência do devedor.

O "beneficium competentiae" é importante para excluir certas hipóteses indenizatórias em pessoas que estivessem reciprocamente ligadas pelo beneficio.

Dentre os efeitos da obrigação, existem algumas hipóteses punitivas relacionadas ao inadimplemento. Tais hipóteses interessam à evolução da obrigação de indenizar, todavia, dentro das modalidades de inadimplementos devem ser levados em consideração dois aspectos: se o devedor não adimpliu por não desejar fazê-lo ou porque não pôde efetuar a prestação, por ter ela se tornado impossível.

Decerto que hipóteses com punições estão relacionadas ao primeiro aspecto subjetivo, enquanto que para o segundo caso, seria necessária a descoberta das razões para o não cumprimento.

No primeiro caso, o devedor era sempre responsável pelos danos causados ao credor.

No segundo caso, o devedor poderia também ser responsabilizado pelos danos causados ao credor, mas para isso, deveria ter sido omisso, tendo seu ato de omissão causado a razão para a inobservância da prestação. Mas, se a inobservância resultara de ato ou fato que não pudesse ser imputado ao devedor seria extinta a obrigação. Em Roma, eram hipóteses de *casus, casus fortuitus, ius maior*.

Havia, ainda, uma terceira hipótese: a realização no tempo indevido, não acordado. Mais uma vez, a análise do caso forneceria a decisão. Caso o devedor não tivesse, por sua própria causa, realizado a tempo a prestação, incorreria em mora *debitoris*. Todavia, caso o devedor tivesse deixado de cumprir no tempo acordado porque o credor não quis receber a prestação, ocorreria a mora *creditoris*. Sempre a parte em mora era responsável pelos danos causados pela demora.

Em derradeiro, uma quarta possibilidade: o direito de retenção. Nesse caso, a lei admitia ao devedor, na defesa de seus direitos, reter a prestação sem incorrer em mora.

Porém, para evolução indenizatória devemos saber que, em Roma, o inadimplemento culposo (em sentido amplo) não era enquadrado na categoria dos delitos ou na dos quase delitos civis. Tal fato é de fundamental importância, tendo em vista que, apenas essas categorias, as quais abrangem os atos ilícitos, em virtude de lei, implicavam na obrigação, para quem os havia gerado, de pagar uma pena privada (pena de conteúdo patrimonial) à vítima.

Em suma, o inadimplemento obrigacional gerava apenas a transformação da primitiva obrigação e não o nascimento de outra obrigação indenizatória. Por outro lado, os atos ilícitos eram os responsáveis pela imputação da obrigação de indenizar, extracontratualmente, a vítima. Por esta razão concentramos os estudos para os delitos e quase-delitos romanos, por causar mais interesse a obrigação indenizatória extracontratual. Afinal as obrigações indenizatórias previstas nos contratos eram líquidas e certas, sem motivar maiores debates. O "quantum" dos danos "extracontratuais" estimula mais o debate acerca de fatores que sirvam

de bases para estipulação dos valores, foco central dessa análise evolutiva obrigacional delineada.

Os jurisconsultos romanos distinguiam delitos públicos e privados. Embora ambos fossem atos ilícitos, eram distinguidos pelo alcance social dos delitos. O delito público era a violação de uma norma jurídica em que o Estado empenhava relevante valor social, por exemplo o parricidium (assassinato de homem livre). Nas hipóteses tipificadas em delitos públicos, a punição era com a pena pública (poena publica) que consistia na morte, na imposição de castigos corporais ou em multa revertida em benefício estatal. O Delito privado era restrito à ofensa feita à pessoa ou aos bens particulares. Diferentemente do direito atual, o Estado não tomava a iniciativa de punição, mas uma iniciativa garantidora para o indivíduo. O Estado não punia o ofensor, mas assegurava para vítima o direito de propor uma actio em face do ofensor para obter sua condenação ao pagamento de determinada quantia como pena (poena privata). Totalmente diferente é a abordagem doutrinária atual acerca de posturas que causem riscos à ordem social vigente e, consequentemente, à segurança jurídica das instituições do direito. Por esta razão, nesse ponto do trabalho, distinguiremos a obrigação de indenizar romana da atual concepção. No entanto, para análise da obrigação indenizatória, deve-se esclarecer o conceito de delito romano.

Atualmente, em linhas gerais, o delito é a violação de norma penal, punida em consequência de ação movida por órgão estatal, com pena privativa de liberdade e/ou multa em favor do Estado. Torna-se clara a distinção entre os delitos romano e atual.

Outro conceito importante para evolução da obrigação de indenizar, os ilícitos civis são atos pelos quais decorre para o autor a obrigação de indenizar, extracontratualmente, a vítima, não se fala em pena, mas em ressarcimento do dano.

Em consonância com a linha desenvolvida, a foco será dado para os delitos privados, que proporcionam *obligationes*.

A evolução do direito romano não foi marcada por um conceito geral e abstrato do *delictum*, mas apenas de alguns *delicta* (delitos privados), dos quais resultavam *obligationes* para os autores. Eram quatro:

- a) furtum;
- b) rapina;

- c) iniuria; e
- d) damnum iniuria datum.

Além deles, no direito clássico, haviam os sancionados pelo *ius honorarium*, os quais o pretor concedia à vítima *actiones in factum*. Destes últimos não surgiam *obligationes*, mas sim deveres jurídicos de conteúdo patrimonial citados como *actione teneri* pelos textos. No direito pós-clássico, passaram a decorrer *obligationes* também desses atos ilícitos.

Os actione peneri e os quatro delicta geravam actiones poenales, as ações penais.

As ações penais eram intransmissíveis, intentadas apenas pelas vítimas contra o ofensor, logo, os herdeiros não poderiam fazê-lo. Com o tempo, tais restrições foram flexibilizadas, sobretudo no pólo passivo, excetuando hipóteses de ofensas personalíssimas. Quanto ao pólo ativo, só havia flexibilizações de alcance quando os herdeiros de alguma forma tiveram proveito do delito praticado.

Um aspecto interessante e adstrito ao direito romano por suas concepções morais, acerca de certas instituições sociais, como a família, era o regime de noxalidade. A noxalidade permitia que a vítima de delito praticado por um *filius familias* ou mesmo por um escravo pudesse ingressar uma ação penal contra o *pater familias*. Por outro lado, essas mesmas concepções garantiam ao *pater* as seguintes posturas: pagar a pena pecuniária decorrente da ação ou abandonar o *filius familias*, o escravo ou o animal em favor da vítima. No direito justinianeu o regime da noxalidade foi revogação nos assuntos pertinentes ao *filius familia*, que passou a ser sujeito da ação penal em sua pessoa diretamente.

As ações penais não eram extintas com *a manumissio* do escravo, nem com a *capitis deminutio* do ofensor. As ações podiam ser cumuladas com ações reipersecutórias (ações reais ou pessoais), o que permitia à vítima em paralelo à ação penal, intentar também a restituição da coisa ou o ressarcimento do prejuízo.

Um aspecto interessante era o seguinte: se vários fossem os autores, todos eram obrigados a pagar à vítima o valor total da pena. Além dessas características, havia o prazo de ingresso contra os autores, no caso dos *delicta* (*ius civile*) não havia, era perpétuo, mas para as pretorianas, *actione peneri*, o prazo era de um ano a partir do ilícito reprimido pelo pretor.

O furto apresentava duas espécies de ações: a ação penal e a ação reipersecutória. Enquanto a penal era para condenação do ladrão a uma pena pecuniária, a reipersecutória se destinava à recuperação da coisa ou da obtenção do equivalente em dinheiro. Percebe-se, realmente, aqui a distinção entre buscar apenas o objeto ou seu valor equivalente e a busca pela indenização, mas vale destacar que as duas poderiam ser intentadas em paralelo.

A rapina, o furto com violência, se intentada pela vítima dentro de um ano, acarretava a condenação do réu no quádruplo do valor da coisa roubada, se depois, apenas ao próprio valor da coisa.

A *iniuria* possuía um conceito amplo, envolvendo todo ato que fosse praticado sem que se tivesse direito, era elemento essencial de qualquer delito, mas numa acepção estrita era a ofensa contra à integridade física ou moral de alguém. Conforme vimos anteriormente, a injúria ensejava duas possibilidades de punição: a de composição legal e a de talião. Na composição legal, a vítima aceitava a composição com uma pena pecuniária, enquanto na de talião não havia composição e a vítima poderia punir na mesma intensidade da ofensa recebida, "olho por olho, dente por dente". Mas essa forma de indenização já foi detalhada no capítulo sobre Lei das XII Tábuas, inclusive com valores e respectivas ofensas. Contudo, agora analisaremos a evolução do instituto, tendo em vista a mutação pela qual foi submetido.

As penas impostas inicialmente ficaram obsoletas, além de serem rígidas e desiguais. Uma nova regulamentação acomodou as novas exigências. O pretor criou a *actio iniuriarum* que permitia perseguir qualquer ofensa à integridade física ou moral duma pessoa. À vítima pertencia a valoração (*aestimatio*) da ofensa, embora o juiz pudesse condenar *ex bono et aequo* e, em casos graves (*iniuria atrox*), o pretor costumasse fazer a valoração normalmente acatada pelo juiz.

Destaque para valoração determinada pela vítima. Algo estranho ao direito atual em aspectos ligados ao julgamento.

O delito *Damnum Iniuria Datum*, consistia no dano causado, de forma culposa, sobre coisa alheia. O proprietário da coisa danificada poderia ingressar com ações em algumas hipóteses: contra o proprietário de animal que danificou a coisa, que pastou em terreno alheio e contra o indivíduo que cortou árvores alheias. Como eram casuísticas não eram encontrados como delitos autônomos na Lei das XII Tábuas. As obrigações decorrentes desse tipo de delito só podiam ser intentadas pelo proprietário da coisa danificada. Caso o ofensor confessasse era condenado a pagar o valor do prejuízo, se negasse a condenação era in *duplum*, ou seja, em dobro.

Os Quase-Delitos foram criados para suprir a necessidade de tipificação de outros delitos que não eram previstos no *ius civile* (os quatro vistos). Nos quase-delitos, o pretor concedia à vítima uma *actio in factum* contra o autor do ato ilícito, para exigir o pagamento de uma pena. Eram quatro:

- a) si iudex litem suam fecerit;
- b) effusum et deiectum;
- c) positum et suspensum; e
- d) recetum navtarum cauponum stabulariorum.

A primeira era a punição contra juiz que sentenciou mal (si iudex litem suam fecerit).

A segunda, seguindo não uma ordem genuinamente romana, mas uma ordem de caráter didático para melhor compreensão de institutos romanos, a partir de olhos modernos, de previa punição contra o lançamento de líquido ou coisa de um edifício sobre via pública (effusum et deiectum).

A terceira estabelecia a punição contra o indivíduo que colocasse algo pendurado que pudesse causar dano à outrem (*positum et suspensum*). Essa, em particular, era muito interessante por ser uma ação popular, ou seja, já no direito romano, havia a idéia de direito coletivo

A última, previa sanções contra o intendente de uma navio, que era responsável pelos frutos e danos praticados por seus prepostos em relação às coisas de seu clientes (*recetum navtarum cauponum stabulariorum*), portanto, já existiam alguns fatores ligados à responsabilidade do transportador.

### 3.4 A Obrigação de Indenizar em Roma

Conforme visto, a obrigação de indenizar em Roma derivava do delito e ainda estava sujeita a opção do ofendido. Tal fato é herança da origem do instituto. Para os romanos o delito era uma fonte de obrigação civil, mas castigada pela lei, com consequências diversas do direito moderno.

A obrigação de indenizar nos delitos privados, os quais consistiam em danos feitos à propriedade privada ou à pessoa dos particulares, eram, em regra, resgates pagos pelo culpado

em substituição às penas físicas e de talião, que poderiam consistir em escravidão, açoitamento e até mutilação de membros ou morte.

Os decênviros, em regra, intervinham para substituir a pena mais pesada por uma multa. Entretanto um fato interessante na estipulação do valor a ser pago era exatamente o fato de a pena ser medida mais pelo ressentimento da vítima mais do que pela culpabilidade do agente. Além disso, o legislador ao fixar a multa devida pelo culpado não tinha como aspecto principal a reparação do prejuízo, mas uma satisfação para vítima, todavia, quando o dano não parecia bastante grave para excitar o ressentimento da vítima, a lei não obrigava o autor do delito senão a reparar o dano.

Ao longo da evolução em Roma, sobretudo após a Lei das XII Tábuas, as leis penais e a jurisprudência consagraram e desenvolveram um sistema mais aperfeiçoado, levando-se em conta, mais ativamente, a intenção criminal do autor do delito e buscando-se uma maior adequação e proporcionalidade entre pena e dano causado.

No Império, o autor poderia optar por uma ação civil ordinária de caráter reparatório ou por uma perseguição criminal com penas especiais, ao mesmo tempo houve um abrandamento e um endurecimento na questão de delitos civis com caráter criminal. Ainda não havia sido feita a distinção da punição civil e criminal em alguns casos, mas já havia a opção por dois caminhos distintos, o civil e o penal.

# 4 AS OBRIGAÇÕES – UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA

## 4.1 Conceito de Obrigação

O conceito de obrigação possui inúmeras definições, mas todas com muitos pontos comuns em essência. Nas palavras do insigne jurista Caio Mario "cada escritor apresentado a sua, não é difícil formular-lhe o conceito".

Para Roberto de Ruggiero, professor da Universidade Real de Roma, a obrigação:

"na sua mais larga acessão, é uma palavra que exprime qualquer espécie de vínculo ou de sujeição da pessoa, qualquer que seja sua fonte ou conteúdo, nela se podendo englobar qualquer obrigação que seja ditada pela moral,

conveniência, honra, usos sociais, por outro lado qualquer obrigação imposta pelas normas jurídicas sejam elas de direito público ou privado"

O ilustre professor vai além e delimita o conceito a ser utilizado em sua obra aos seguintes termos:

"somente as que nascem de relações entre pessoas, têm um conteúdo patrimonial e implicam para um pessoa o dever de fazer a outra uma prestação e, para essa segunda pessoa, a faculdade de a exigir da primeira".

Portanto, excluem-se conceitos de obrigações ligados aos valores sociais e de qualquer outra natureza. Porém, muitas posturas socialmente reprováveis ensejam indenizações. Logo, embora nesse conceito de obrigação, que será seguido, não estejam presentes as idéias ligadas à moral e aos bons costumes pode, por vezes, o desrespeito a essas "obrigações sociais", de caráter moral, virem a participar do estudo.

Ruggiero ainda discorre sobre o uso vulgar do termo, isto é, o uso vinculado à prática do direito e atos praticados diariamente. Aponta o autor que

"às vezes emprega-se para indicar apenas um dos lados os aspectos de que a relação se compõe: o lado passivo para designar o dever do devedor, isto é, o débito, ou o ativo para designar o direito do credor, isto é, o crédito; mais raramente é adotada para indicar a própria causa geradora da relação".

Caio Mario da Silva Pereira, ilustre jurista brasileiro, segue os passos de Ruggiero, exclui acepções vulgares e comuns no cotidiano, enaltece a definição romana e concentra seu conceito nos mesmos elementos dos juristas romanos. Ressalta a importância da etimologia, desdobrando o termo obligatio em ob + ligatio que traduz a idéia de vinculação, de liame. Assim conceitua: "obrigação é o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra prestação economicamente apreciável."

Característica interessante do conceito de obrigação é a marca romana. Autores renomados retomam valores romanos para conceituar as obrigações, freqüentemente ligado ao conteúdo econômico, ao patrimônio, a contraposição entre direito do credor e dever do devedor ligados por um vinculo jurídico com natureza de coercibilidade, e ao objeto, ou seja, à prestação, que pode ser de dar, fazer ou não fazer, apenas nesse ponto difere, mas não muito, afinal o "prestare" romano é ainda um conceito debatido e amplo.

#### 4.2 Elementos da Obrigação

Pacífico na doutrina são os elementos da obrigação. Em regra geral, os autores apontam para três elementos: o vínculo jurídico, os sujeitos e o objeto. Em termos gerais, o vínculo jurídico liga uma pessoa à outra, no caso, os sujeitos, a partir de um objeto, uma prestação.

O vínculo jurídico é um vínculo abstrato, ligando a pessoa do credor à pessoa do devedor, caracterizado pela necessitas, que vincula uma pessoa à uma atitude, positiva ou negativa, para com outrem. Vale destacar que não estamos em tempos romanos, logo, o vínculo não é material, mas jurídico, patrimonial. Por esta razão, a doutrina mais moderna defende a relação estabelecida entre o credor e o patrimônio do devedor, ou até uma relação entre os patrimônios apenas. Todavia, tal relação pretere a prestação de ação ou omissão de caráter meramente pessoal e não patrimonial somente, como diria Ruggiero

"se a falta de cumprimento de uma prestação estritamente pessoal leva à conseqüência de uma responsabilidade patrimonial, tal não é senão o efeito indireto da incoercibilidade imediata e pessoal do ato a que o devedor se obrigou".

O patrimônio é garantia do credor.

Para Ruggiero o vínculo se direciona para o ato do devedor.

A prestação deve ser lícita, possível e determinável. Deve ser possível, pois ninguém pode ser obrigado ao impossível (*ad impossibilia nemo tenetur*). Deve ser lícita, ou juridicamente possível, ou seja, não pode ser contraria as leis, a ordem pública, a moral ou aos bons costumes. Deve ser determinável ou determinada para não ensejar desigualdades ou injustiças no ato de prestar algo, se não for o melhor, tampouco seja o pior.

#### 4.2.1 Dar, Fazer e Não Fazer. O *Praestare*.

No direito romano, a prestação era dividida em três modalidades:

- a) Dare;
- b) Facere; e
- c) Praestare.

A reunião dessas palavras era sacramentada nas fórmulas e nos textos abrangendo em todas as generalidades as prestações vinculadas às obrigações.

### Segundo Washington de Barros, o dare

"compreendia todas as relações obrigacionais que tivessem por fim a entrega da coisa ou de uma certa quantia. *Dare* implicava, destarte, ato pelo qual se prometia transferir a propriedade ou outro direito real. Assim acontecia, e ainda acontece, na compra e na venda, na permuta, na doação e na dação em pagamento, mas à obrigação de dar correspondiam simples direitos pessoais e não reais. A transferência do domínio dependia ainda da tradição (*traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferuntur*)."

Em linhas gerais, para o ilustre autor, o dar estava vinculado a entrega (traditio).

A segunda modalidade, o *facere*, para Washington de Barros possuía o alcance em todas as obrigações que um indivíduo se comprometia a fazer. Deveria fazer certo trabalho ou executar determinado serviço, sem se cuidar da transferência de qualquer direito. Constituíam-se em obrigações de fazer todas as atividades que fossem essencialmente executórias, sem a tradição, tais como: a locação de serviços, o mandato, a empreitada, etc. Além disso, num sentido mais amplo a acepção *facere* incluía *o non facere*, tendo em vista que ao se omitir de praticar determinado ato, o agente esta fazendo algo, mas numa postura negativa, daí a distinção, por parte de alguns autores, das obrigações e suas prestações obre outra ótica, baseada no sentido dos atos praticados.

A terceira modalidade da trilogia romana, que inclusive foi suprimida nos conceitos tradicionais, substituída que foi pelo não fazer, apresenta grandes incertezas e muitas teorias.

O *praestare*, para uns, abragia prestações que se revestiam ao mesmo tempo do duplo caráter, dare e facere, para outros, tal expressão se referia às antigas ações ex delicto, acerca das quais a formula não podia ser precisa nem no facere nem muito menos no dare. Há ainda os que defendem que o sentido inerente ao vocábulo seria compreensivo do ato tendente a indenizar o dano causado, praestare – ser garante por um evento, assim, por exemplo, Nicola de Crescenzio e Contardo Ferrini na Eciclopedia Giuridica Italiana, vocábulo obligazione, e Betti no clássico: La Struttura dell'Obbligazione Romana. Essa última corrente torna-se muito tentadora por viabilizar uma evolução cristalina da obrigação de indenizar, mas por ser muito polêmica ainda deixa lacunas e não pode ser tirada como verdade absoluta, mas como um bom caminho a ser aprofundado.

Ruggiero desenvolve a seguinte definição para as prestações:

"uma prestação, que pode consistir ou num *dare* (que romanamente significa transmissão de propriedade), ou num *facere*, que compreendendo também *o non facere* abraça qualquer espécie de fato, ato ou omissão, ou num *praestare*, no qual se englobam prestações particulares que não entram nas duas categorias e geralmente são responsabilidades vulgarmente acessórias de outras obrigações principais, como a por dolo, por culpa, por omissão, etc. (*praestare dolum, culpam, diligentiam, periculum, casum, evictionem*, etc.)".

Atualmente, parte da doutrina defende um novo modelo de classificações, dividindo-as em positivas e negativas, tendo em vista que a positiva tem por objeto um dare ou um facere contemplam prestações de rumo direcional idêntico, contraponíveis às negativas que envolvem uma abstenção, um não fazer.

Cabe, aqui, a distinção entre as obrigações de dar e de fazer. Num primeiro plano parece simples essa distinção, já que o *dare* envolve uma entrega (*traditio*) e o *facere* uma ação pura. Mas, se aprofundarmos os casos, há uma linha tênue em alguns momentos. Por exemplo, a empreiteira que se obriga com a construção de um imóvel e que deve entregá-lo pronto. Nesse caso, há um fazer e um dar e ambos são momentos integrantes da prestação. Todavia, como a entrega (o dar) pressupõe o fazer (a obrigação de fazer), será de fazer (*faciendi*) a obrigação.

Nesse momento, torna-se oportuno o debate envolvendo uma das questões basilares do trabalho: o dano. A evolução da obrigação de indenizar passa pelo dano, entretanto, o aspecto polêmico não está ligado ao dano contratual, previsto e mensurável facilmente, mas, sim, ao dano moral. Antes vejamos alguns pontos.

O dano pode ser patrimonial ou não patrimonial.

Descumprindo a obrigação de forma absoluta (integralmente) ou relativa (parcialmente) o devedor proporciona o nascimento para o credor do direito de exigir o cumprimento da prestação obrigacional em sua integralidade. O credor passa a ter a faculdade de obter o cumprimento judicialmente, coativamente, obrigando o devedor à execução específica da entrega da coisa devida (*res debita*), da realização de fato ou do desfazimento de um ato que não deveria ter praticado. Mas, em caso de inviabilidade de tais ações ou omissões, resta outra hipótese: a conversão do inadimplemento em perdas e danos, além é claro da obrigação primária de adimplemento da prestação.

Quando patrimonial há uma diminuição efetiva do patrimônio (damnum emergens) ou uma falta de acréscimo (lucrum cessans). Nesses casos a reparação é certa e exigível, desde que comprovada juridicamente. Sendo a comprovação de caráter objetivo, daí decorre sua facilidade de mensuração, por exemplo, um taxista pode provar facilmente quanto lhe custou o abalroamento do veículo, assim como, quanto vai lhe custar os dias em que tem de deixar o veículo no conserto. Não há grandes polêmicas entorno do dano patrimonial. O calor dos debates é provocado pela mensuração do dano não patrimonial ou moral. Por esta razão, analisaremos separadamente.

Ao término do trabalho, quando já passados os conceitos basilares, poderemos adentrar na questão mais profunda acerca da evolução da obrigação de indenizar, em seu aspecto imaterial, constituindo o dano moral e suas modernas acepções doutrinárias no Brasil e nos principais países do mundo.

#### 4.3 Fontes das Obrigações

As fontes obrigacionais são inúmeras dependendo do conceito de obrigação. Como já excluímos conceitos ligados aos valores sociais e aos costumes, restam poucas fontes. Em regra, os autores apontam duas fontes principais e inúmeras secundárias que derivam das principais.

Ruggiero discorre sobre a defesa de um ponto de vista estritamente científico das fontes, alega que, segundo esse ponto de vista, se o entendimento de que a obrigação se gera em qualquer fato jurídico, devem-se reduzir a duas categorias as fontes,

"na de fatos que consistem numa livre determinação da vontade, que se dirige à constituição de um vinculo obrigatório, e, portanto, declarações de vontade emitidas na intenção de se obrigar; e na de fatos de qualquer outra natureza, não implicando qualquer determinação volitiva, aos quais o direito objetivo liga, só por si, o aparecimento de uma relação obrigatória."

## Segue Ruggiero:

"As obrigações que nascem de negocio jurídico pertencem todas as de contrato e, não sendo esta a única fonte especifica das obrigações voluntárias, também as de declaração unilateral de vontade. Pertencem às obrigações que nascem da lei diversos grupos de relações obrigatórias, conforme tenham por causa imediata um fato ilícito lesivo de uma esfera jurídica alheia (delito), (...) ou ainda de uma das múltiplas relações de direito familiar, sucessório ou real, em que se originam, por motivos diversos, obrigações de fazer ou de não fazer entre cônjuges, herdeiros,

vizinhos, etc. Nesta concepção, que substancialmente reduz todas as fontes a duas só, o contrato e a lei"

Ainda Ruggiero aponta para distinta posição da doutrina italiana, que distingue em cinco as fontes: a lei, o contrato, o quase contrato, o delito e o quase delito.

A doutrina brasileira apresenta certa sonoridade no sentido de duas fontes, a corrente dualista. Caio Mário, defende a vontade e a lei como fontes, argumentando que não seria certo dizer que existem obrigações que nascem somente da lei, nem que há as oriundas somente da vontade. Em ambas trabalhariam o fator humano, atuariam o ordenamento jurídico, de nada valeria a vontade sem a lei ou esta sem a participação humana para criação do vínculo obrigacional.

Teixeira de Freitas, grande romanista do mundo e não apenas brasileiro, distinguia as seguintes fontes:

- a) Obrigações derivadas dos contratos;
- b) Obrigações derivadas de atos lícitos que não sejam contratos;
- c) Obrigações derivadas de atos involuntários;
- d) Obrigações derivadas de fatos que não são atos; e
- e) Obrigações derivadas de atos ilícitos.
- O Código Civil Brasileiro de 2002 traz três fontes declaradas:
- a) Obrigações decorrentes dos contratos;
- b) Obrigações por declarações unilateral da vontade; e
- c) Obrigações provenientes de atos ilícitos.

Argumenta Washington de Barros Monteiro, em versão atualizada por Carlos Alberto Dabuf

"mas essa distribuição não satisfaz, porque não esgota a enumeração dos fatos genéticos das obrigações. Realmente relações obrigacionais existem, reconhecidas pelo direito, que não procedem dos contratos, das declarações unilaterais da vontade e dos atos ilícitos."

#### E segue exemplificando:

"assim sucede, por exemplo, com a obrigação de pagar imposto e de prestar serviço militar. O tributo não constitui propriamente obrigação no sentido técnico, mas um ônus público, destinada a atender às necessidades públicas.

Por sua vez, num sentido amplo, consideram-se os direitos físcais uma *obligatio* em relação a Fazenda."

## 4.4 Efeitos das Obrigações

O cumprimento é o fim natural a que se destina qualquer obrigação. Cumprimento é o adimplemento da obrigação, a exata execução da prestação por parte do devedor. Sinônimos perfeitos, os termos pagamento e *solutio* (solução) expressam a idéia de satisfação. Mas, ainda assim, pode haver o inadimplemento.

Quando a obrigação não é cumprida no todo ou em parte, o primeiro ponto a ser analisado é a causa da inexecução e sua respectiva ligação com o inadimplente. Desta relação provêm o dano patrimonial, moral ou a simples extinção da relação.

O inadimplemento da obrigação é a falta da prestação devida, no todo ou em parte, respectivamente, o inadimplemento absoluto ou relativo. O credor sempre tem direito ao integral cumprimento da prestação, seja de dar (coisa certa ou incerta), de fazer algo ou uma abstenção. Na impossibilidade da prestação, como vimos no direito romano, a primeira preocupação é saber se a prestação se tornou impossível por fato inimputável ao sujeito passivo ou se, ao contrário, o fato é responsabilidade do sujeito. Sendo fato fora do alcance do sujeito, considerar-se-á impossibilidade da prestação, quando resultado de fato imputável ao sujeito, será inadimplemento obrigacional.

A distinção é essencial para o nosso estudo, tendo em vista que o inadimplemento obrigacional enseja perdas e danos, ou seja, o inadimplemento absoluto ou relativo da obrigação gera para o descumpridor o dever de indenizar ou prestar com todos os bens, salvo as restrições legais, como o bem de família, o devedor responde pelo cumprimento das obrigações, conforme o artigo 391 do Código Civil vigente.

No atual estágio se faz necessária a distinção entre dolo e culpa. O dolo é a infração de dever legal ou contratual, cometida com a vontade do infrator, com plena consciência de inadimplemento da prestação, o indivíduo, por livre escolha, opta pelo não cumprimento consciente de seu dever obrigacional. Inclusive, por vezes, a vontade do autor pode ser de causar o mal, atingir um resultado maléfico, e mesmo sabendo de todos os males possíveis gerados por sua conduta inadequada opta pela mesma. É claro que esse conceito não é consenso em todas as suas palavras e direções, adotamos um conceito clássico de Caio Mário

da Silva Pereira. Contemporaneamente não é mais necessária, conforme defendia Ruggiero, a preordenada vontade de violar a obrigação. Basta, a consciência da infração e de seu respectivo dano. Tal concepção moderna de se preocupar apenas com a consciência da transgressão e do conhecimento do dano é adotada em virtude da grande dificuldade de detecção do aspecto subjetivo do conceito clássico, o aspecto volitivo, no questionamento acerca do desejo pelo agente do efeito maléfico. O animus nocendi, ou seja, a intenção de causar o mal, embora muito importante numa ótica mais detalhista, torna-se de dificílima constatação, até de impossível objetivação prática em razão de extrema subjetividade e pequeno grau de exteriorização. Mais fácil é apegar-se aos efeitos externos e objetivos, se o agente sabia que transgredia e que causaria resultado diverso do inicial e danoso para outrem, deve ser considerado agindo com dolo. O ilustre civilista brasileiro Clóvis Beviláqua assim definiu dolo: "O dolo consiste na intenção de ofender direito ou prejudicar o patrimônio por ação ou omissão", tal acepção de dolo veio no bojo de explicações sobre o Código civil, inclusive o trecho foi retirado de uma edição comentada do mesmo. A culpa é caracterizada pelo inadimplemento, mas sem a consciência da violação, sem a intenção de transgredir sem preocupações com efeitos danosos. A ação é voluntária, no que diz respeito a materialidade do ato gerador das consequências danosas. Mas o agente não procura o dano como objetivo de sua conduta, não mesmo procede com a consciência de sua infração. Para Beviláqua culpa é "a negligencia ou imprudência do agente, que determina violação do direito alheio ou causa prejuízo a outrem. Na culpa há, sempre, a violação de um dever pré-existente" e vai além "se esse dever se funda em um contrato, a culpa é contratual, se no princípio geral do direito que manda respeitar a pessoa e os bens alheios, a culpa é extracontratual ou aquiliana". Da ação derivam consequências prejudiciais e que não podem ficar isentas de reparação. Há um desencadeamento de causas e consequências: uma atuação voluntária, ainda que sem consciência da transgressão, um dano a alguém, uma obrigação de repará-lo, porque a conduta foi contrária à imposição da norma. Analisada originariamente esta série de fatos constata-se que o fundamento da responsabilidade por culpa está na infração mesma de um dever que deveria ter sido atendido e não o foi, mesmo que sem intenção de infringir.

# 5 A EVOLUÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR: O DANO MORAL

Seria mais simples se o tratássemos como os romanos: a própria lei, por vezes, trazia os valores a serem restituídos diante de delitos praticados. Mas, certamente, seria mais injusto diante da complexidade do mundo atual e da exponencial magnitude dos danos ligados à pessoa e não ao patrimônio.

O dano patrimonial pode estar adstrito à perturbação nas condições de ânimo de uma pessoa, por exemplo. Atualmente, há grande proeminência na dignidade da pessoa humana, logo, não se pode prescindir do debate acerca da mensuração do dano moral como garantidor da dignidade.

Talvez, tanta controvérsia acerca do dano moral, seja resultado da inexistência de soluções e sistematizações a esse respeito no Direito Romano. Conforme já constatamos, o direito romano vinculava às indenizações de caráter extracontratual aos delitos e fixava os valores no próprio texto da lei, não havendo o processo de quantificação do dano, tampouco da análise objetiva de valores subjetivos, talvez tivessem eles pensado no assunto e a evolução hoje fosse muito mais significativa. Talvez até uma "dosimetria" civil em casos indenizatórios fosse possível, acredito que essa hipótese, mas certamente vinculada ao trabalho exaustivo de grandes juristas, seria uma excelente opção.

Pequena parte da doutrina (Pothier, Keller, Chironi), apegada a argumentos exegéticos, defende a idéia de incompatibilidade intrínseca e invencível entre dois elementos tão heterogêneos, como a dor e o dinheiro, e que sendo assim, não cabe a idéia de dano moral, por ser impossível a avaliação monetária da dor.

Além de melhor doutrina repugnar idéia tão desapegada dos valores humanos de dignidade e honra, a própria legislação vigente já supera tal opinião. Se o dinheiro não pode ser comparável a dor, ao menos serve de compensação a uma ofensa, além de servir como uma punição para o ofensor (argumento defendido na moderna doutrina) sobretudo quando tratar-se de grandes empresas que ignoram valores sentimentais no trato com clientes, caberia, aqui, a idéia de "punitive damage".

O fundamento primário da reparação está no erro de conduta do agente, no procedimento contrário à predeterminação da norma, que condiz com a propria noção de culpa e dolo. Se o agente procede em termos contrários ao direito, desfere o primeiro impulso, no rumo do estabelecimento do dever de reparar, que poderá ser excepcionalmente ilidido, mas que em princípio constitui o primeiro momento da satisfação de perdas e interesses.

O segundo momento é a ofensa a um bem jurídico, no caso de caráter subjetivo, vale ressaltar que adotamos a existência e exigibilidade do dano moral ao longo do trabalho.

O terceiro momento é o estabelecimento de uma relação de causalidade entre a antijuridicidade da ação e o dano causado. Não basta que o agente cometa um erro de conduta e que o queixoso aponte para o prejuízo. Torna-se indispensável a sua interligação, de molde a existir a certeza de ter havido o dano porque o agente procedeu contra o direito.

Assim, verificados os pressupostos essenciais, está determinado o dever de reparação, daí deve ser estabelecida uma equação entre o montante do indenização, o "quantum" indenizatório e o bem lesado. Predomina o entendimento de que a indenização não pode ser fonte de enriquecimento, não se institui com o objetivo de proporcionar ao credor uma vantagem, de lucro capiendo, porém se subordina ontologicamente ao fundamento de restabelecer o equilíbrio rompido pela prática do ato culposo, e destina-se a evitar o prejuízo. Caio Mário defende da seguinte forma "Numa palavra, a indenização há de compreender a totalidade do dano, porém, limitar-se a ele, exclusivamente". Entretanto essa concepção deve ser contextualizada com a postura de alguns agentes econômicos contemporâneos. No sistema jurídico nacional, muitas empresas se utilizam da lentidão judiciária e dos baixos valores ligados às indenizações para reiterar a prática de atos lesivos e ensejadores de danos morais e até patrimoniais. Tal situação é de fato insustentável e contrária a todos os princípios de justiça e equidade. Nesse sentido, há o fortalecimento do "Punitive Damage", as empresas devem receber punições significativas e inibidoras de tal postura, mais uma vez, o objetivo não deve ser enriquecer o lesado, mas punir o ofensor para que não incida inúmeras vezes no mesmo erro, lançando para escuridão os objetivos primordiais de nosso ordenamento jurídico. Ainda mais, no atual cenário de valorização a dignidade humana.

No caso brasileiro há nítida adesão à indenização proveniente de dano moral. O Código de 1916 já adotava hipóteses casuísticas em que o dano moral era reparável. Por exemplo, a ofensa corpórea que deixasse seqüelas de lesão ou deformidade. Mas no código revogado, em situações como esta, o problema vinha equacionado pelo próprio legislador, que assentava a condição de pagamento à vítima, à título de reparação do dano sofrido, conscientemente desprezando a apuração se o ato lesivo atingiu o seu patrimônio, cogitando a reparação sem o dano material.

O atual Código traz, embasado pela Constituição Federal, inúmeros casos de garantias dadas à pessoa humana e sua dignidade, inclusive, como não poderia deixar de ser, prevendo a indenização. A Obrigação de indenizar foi contemplada no artigo 927 do Código Civil Brasileiro:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Nesse artigo e seu respectivo Parágrafo Único existem inúmeras remissões, o que revela a imenso alcance dos dispositivos. Há, ainda, o dispositivo constitucional garantidor do dano moral:

Art. 5°, V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

Existem muitos outros dispositivos, entretanto não é apenas no Brasil que o dano moral possui relevância, vejamos em outros países:

Alemanha – o direito germânico reconhece a dupla função da indenização da dano imaterial ou não patrimonial. O Superior Tribunal Alemão (BGH) determinou que o artigo 847 de seu respectivo Código Civil, relacionado aos casos específicos de danos imateriais, assegurava a indenização em pecúnia para "propiciar ao lesado uma compensação adequada à injustiça que sofreu" e para "levar em conta que o autor do dano deve ao ofendido uma satisfação pelo que lhe fez". Na doutrina alemã a satisfação citada nas decisões teria três finalidades:

- a) "apaziguar o senso de justiça do ferido";
- b) "impor ao ofensor um sensível sacrificio patrimonial"; e
- c) "atuar preventivamente para o futuro"

A doutrina e as decisões alemãs vão além: "o montante fixado deve atuar em primeira linha sobre o ofensor, além disto e de modo preventivo, também sobre o público"

**Argentina** – os doutrinadores argentinos se dividem quanto ao caráter punitivo n afixação de patamares indenizatórios do dano moral, inclusive alegam a falta de dispositivos que viabilizem o caráter punitivo. Contra esse argumento, Zavala de Gonzalez, observa que, embora a falta de dispositivos inviabilizem as indenizações punitivas, "algumas condenações

por dano moral revelam que se disfarça sob montantes elevados um excesso por punição, que não pode ser separado ou demonstrado porque o prejuízo espiritual não é mensurável nem traduzível em dinheiro".

Áustria – a indenização é baseada exclusivamente na idéia de compensação, com isso a postura do ofensor é considerada na indenização conforme o agravamento do dano imaterial gerado. Um aspecto interessante é que a Suprema Corte da Áustria já decidiu que a posição social, o nível cultural e a situação financeira das partes não constituem fatores relevantes para estimativa do montante, do "quantum" indenizatório.

**Bélgica** – o dano moral consiste na aplicação do princípio da *restitutio in integrum*, ou seja, na impossibilidade de restabelecer a situação anterior ao dano, por isso a indenização tem caráter compensatório, como a situação não volta ao status inicial que o individuo lesado goze de outros prazeres a partir da indenização.

**França** – O valor indenizatório vincula-se à gravidade do dano, mas na prática jurídica a conduta do lesante é fator considerado e que influencia no montante. Inclusive, algumas decisões discrepantes demonstram que nem sempre a gravidade do dano é o fator primordial, por vezes, estupros são indenizados com valores inferiores aos danos à imagem, certamente com menor grau de ofensividade que o estupro.

**Grécia** – não costuma apresentar valores elevados para indenização e vincula a posição social e financeira da vítima nos montantes indenizatórios.

**Holanda** – apresenta fatores senão objetivos de maior grau de abstração para estabelecimento do "quantum" indenizatório. Parte de aspectos como a natureza, a gravidade e a duração do dano e o grau de reprovabilidade da conduta lesiva.

**Itália** – o *danno alla salute ou danno biológico* estão vinculados à integridade física e psíquica do indivíduo. O caráter é compensatório, já no *danno morale*, o grau de culpa do agente desempenha um papel importante no montante.

**Portugal** – apresenta fatores objetivos para mensuração do dano dentro de seu sistema legislativo, o artigo 194 aponta para o grau de culpabilidade do agente e a situação econômica deste e do lesado para fixação equitativa do montante indenizatório.

## 5.1 A Doutrina dos "Punitive Damages"

Em regra, os autores apontam para tempos remotos na busca pela origem dos "punitive damages", ou em melhor termo pátrio: indenizações punitivas. Os autores chegam até Hammurabi, Lei das XII Tábuas e Código de Manu. Entretanto, ao longo do trabalho nada foi detectado que pudesse ser indiscutivelmente vinculado a idéia que será detalhada nesse capítulo.

Segundo doutrina mais recente e de alto teor qualitativo, a origem do molde atual do instituto está na Inglaterra. O mais antigo caso remonta ao século XIII, ao Estado de Gloucester, com uma indenização punitiva que estabelecia a "treble damages" (indenização triplicada) em casos envolvendo a antiga action of waste, que era uma ação de natureza mista (real e pessoal) e tinha por objetivo a recuperação da propriedade imobiliária danificada por inquilino ou arrendatário. Todavia, somente no século XVIII a doutrina da indenização punitiva teve seu início.

No direito consuetudinário (ou costumeiro) britânico, chamado também de *common law*, o caso concreto é muito importante para decisão dos processos, tendo em vista a reduzida produção de códigos e o caráter restrito, mas que dita as diretrizes jurídicas, da Constituição. Grande parte das decisões são baseadas em casos anteriores, ou seja, um caso serve de base para casos similares posteriores.

A primeira articulação da doutrina dos "punitive damages" remonta ao ano de 1763 no julgamento do caso Wilkes v. Wood. Nesse caso, o jornal semanal The North Briton publicou um artigo anônimo altamente ofensivo à pessoa e à reputação do rei George III, assim como de alguns ministros. Em decorrência de tal artigo, o secretário do rei expediu um mandado de prisão dos suspeitos envolvidos na publicação do artigo, no total 49 presos. O mandado era genérico, ou seja, não continha o nome das pessoas. O autor do artigo John Wilkes (daí o Wilkes do caso), membro de oposição do parlamento, teve sua casa vasculhada e bagunçada por agentes que abriram gavetas, livros e todo e qualquer material que pudesse servir como prova contra o mesmo, mas sem inventariá-los. Diante disso, Wilkes ingressou com uma ação contra o Sr. Wood (dái o Woods do caso), que era subsecretário de Estado. A ação era uma action for trespass, na qual o autor Mr. Wilkes exigia exemplary damages (punições exemplares), sob o argumento de que uma indenização de reduzido valor não seria suficiente

para impedir a prática de condutas semelhantes. O júri estabeleceu a soma, considerável para época, de mil libras a título de "*punitive damages*".

Outro caso foi de extrema importância para assentar as bases doutrinárias da indenização punitiva. Trata-se do caso *Huckle v. Money*. Huckle era um tipógrafo de renda modesta e vida simples, que foi detido com base no mesmo mandado genérico do caso estudado acima, o general warrant. Por isso, ajuizou uma actio for trespass, assault and imprisionment. Segundo os autos, o tipógrafo ficou confinado por seis horas apenas e tenha recebido tratamento cortês, o júri decidiu por uma indenização punitiva (punitive damages) no montante de trezentas libras (algo em torno de trezentas vezes seu salário semanal) contra seu empregador. Em apelação, o réu, que era seu empregador, admitiu a sua responsabilidade, mas defendeu que a indenização era excessiva pelo tempo ter sido curto e pelo fato de que o tipógrafo possuía uma renda reduzida e posição econômica e social compatível à renda, baixa. Tal argumentação foi rejeitada pelo Lord Chief Justice Camden, que considerou que se o dano fosse apenas pessoal, talvez vinte libras bastassem, mas que a punição era baseada em "exemplary damages", portanto, justa. Finalizou dizendo que um policial entrar na casa de um indivíduo com base em um mandado genérico, sem indicação do nome do investigado, para procurar evidências constituía um dos mais ousados ataques à liberdade individual, conforme a decisão na íntegra:

"To enter a man's house by virtue of a nameless warrant, in order to procure evidence, is worse that the Spanish Inquisition; a law under which no Englishman would wish to live na hour; it was a most daring public attack made upon the liberty of the subject"

Esses dois casos constituíram a base da doutrina dos "punitive exemplary damages", invocados contra ofensores maliciosos, opressores ou que se utilizavam da fraude. Percebemos uma forte ligação coma conduta do ofensor e os meios utilizados para ofensa na doutrina, além, é claro, da idéia de indenização punitiva visando inibir a reiterada prática do ato. Um aspecto muito importante é o fato de que as vultosas indenizações não visam, de forma alguma, o enriquecimento da vítima, mas sim possuem um efeito educativo e preventivo, pois, punindo exemplarmente o ofensor outros ficarão inibidos diante da possibilidade de praticar tais atos. Essa é a essência tão especial de tal doutrina. Para isso o direito existe, para defender a dignidade e a justiça, inibindo a prática de ilícitos.

Nos Estados Unidos da América a doutrina ganhou seguidores sendo aplicada inúmeras vezes até que, em 1851, a Suprema Corte dos Estados Unidos deliberou que

consistia em princípio bem estabelecido do *common law* a imposição pelo júri, em ações de indenizações e em todos os casos de responsabilidade civil, de *exemplary*, *punitive e vindictive damages*, tendo em consideração o grau de ofensa praticado pelo réu.

Em razão da reincidência de aplicação nos Estados Unidos, o instituto ganhou força na jurisprudência americana que, portanto, oferece os melhores elementos para análise do instituto. Nos Estados Unidos existem diferentes modalidades de indenização, previstas no *law of torts*, são exemplos:

- a) Actual damages ou Compesatoty damages, integram a categoria do substancial damages e constituem uma "soma estabelecida em favor da vítima para compensação de perdas e danos comprovados". São as indenizações reparatórias ou compensatórias baseadas na comprovação do dano sofrido pela vítima e objetivam e restauração da situação patrimonial anterior ao dano sofrido.
- b) *Nominal damages*, previstas em casos menos graves, nos quais a lesão não causa dano substancial, constituem somas muito reduzidas e simbólicas. O objetivo desse instituto é identificar a prática de um ilícito contra direito indiscutível e importante para vítima, mesmo que não tenha causado danos significativos. Pode funcionar como um desestímulo à reincidência, pois embora de valor simbólico, marca o momento de uma possível primeira atitude ilícita, fornecendo subsídios legais para uma posterior condenação mais gravosa na reincidência do ilícito.
- c) General damages, também chamadas direct damages ou necessary damages. São danos que não podem ser reduzidos a valores pecuniários, de profunda perda sentimental, que independem de comprovação, por exemplo, a perda de um ente querido, à diminuição à expectativa de vida. È empregada para indicar a soma estabelecida para compensar esses tipos de danos.
- d) *Special damages*, estão ligadas tanto aos prejuízos que não podem ser deduzidos com exatidão a valores em pecúnia, quanto às perdas e danos comprovados pelo lesado, por exemplo, em acidentes de trânsito, despesas médicas, o reparo do automóvel, o aluguel do veículo para substituir seu automóvel avariado no período de conserto, a perda de remuneração, entre outros.

Figuras semelhantes, mas que não se confundem com a doutrina dos *punitive damages* são os *multiple damages,doyble damages e treble damages* (ou *triple damages*). Tais recursos

são utilizados como multiplicadores de valores das somas estabelecidas como compensatórias para vítima. Diferem dos *punitive damages* ao passo que são um fator fixo, enquanto as indenizações punitivas não possuem limites, tampouco são fixas.

Há ainda, no Direito Inglês, a figura do *aggravated damages*, formas de compensações adicionais em casos de especial angústia ou sofrimento mental imposto à vítima. Entretanto, para casos de agravamento ou exacerbação dos danos morais existem alguns requisitos a serem observados:

- a) existência de conduta dolosa excepcionalmente maliciosa, insultante, arrogante, humilhante ou insolente por parte do agente;
- b) um sofrimento mental ou estado psicológico negativo da vítima como conseqüência desse comportamento do agente.

Os aggravated damages são considerados exclusivamente compensatórios, não existe neles a finalidade punitiva, visam apenas compensar os danos aos sentimentos da vítima quando a indenização básica não fosse suficiente forma de compensação. Entretanto, a vinculação da indenização à conduta engendrada pelo agente coloca o instituto a meio caminho entre compensação e punição.

Torna-se oportuno o debate acerca de uma definição conceitual dos *punitive damages*. Seria uma "Indenização outorgada em adição à indenização compensatória quando o ofensor agiu com negligência, malícia ou dolo.". O grande conhecedor brasileiro, talvez de vanguarda em sua forma de análise, dos *punitive damages*, assim define:

"São também usualmente denominados *exemplary damages*. Constituem uma soma de valor variável, estabelecida em separado dos *compensatory damages*, quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão. Se a conduta do agente, embora culposa, não é especialmente reprovável, a imposição dos *punitive damages* mostra-se imprópria".

O insigne autor ainda ressalta que devem ser excluídos do âmbito de *punitive damages* as condutas lesivas decorrentes de "ignorância (*ignorance*), culpa simples (*mere negligence*) ou engano (*mistake*)."

Existem outras denominações para o instituto: vindictive damages, punitory damages, speculative damages, imaginary damages, presumptive damages, added damages, smart money, punies, penal damages, retributory damages.

Outro aspecto importante que não se confunde com o conceito é a finalidade das indenizações punitivas, na verdade, toda a essência do instituto navega pela seara da não-reincidência. O objetivo maior é punir o transgressor com uma sanção que o iniba de praticar novamente o ato, deve-se evitar ao máximo a reincidência. Aos que estão no mesmo contexto social a punição deve servir de exemplo para novas atitudes similares, por isso exemplary damages, são punições exemplares. O American Law Institute, formado por advogados, juízes e professores, que possui considerável influencia nas Cortes Americanas, produz textos doutrinários denominados Restatements que apresentam conceitos e finalidades abarcando inúmeros institutos jurídicos do common law. O Restatement (Second) of torts, § 908 (1) (1979) realça a finalidade primordial do instituto:

"Punitive damages são a indenização diversa dos compensatory ou nominal damages, estabelecida contra alguém para puni-lo por sua conduta ultrajante e para dissuadi-lo e a outros de praticar conduta semelhante no futuro."

Percebe-se que como finalidade principal atua a inibição à reincidência, seja particular, num caso específico, seja social, ante a punição exemplar que poderia ser reproduzida contra quem cometesse ato semelhante. Mas, além disso, a punição exemplar acaba, indiretamente, evitando ou inibindo práticas fraudulentas, por exemplo, lesivas aos consumidores.

O instituto, previsto em diversos estados americanos, chega mesmo a ser positivado em alguns. Na Califórnia existe a previsão em seu *Civil Code*, 3294 (a):

"In an action for the breach of na obligation not arising from contract, where it is proven by a clear and convincing evidence that the defendant has been guilty of oppression, fraud, or malice, the plaintiff, in addition to the actual damages may recover damages for the sake of example and by way os punishing the defendant."

A situação de aplicabilidade dos *punitive damages* e o grau de reprovação da conduta para estabelecimento do quantum indenizatório são fatores que variam muito entre regiões e países, inclusive, não são sequer aplicáveis em alguns sistemas jurídicos e debatidos noutros. Alguns países e casos merecem destaque nesse trabalho, tendo em vista de que o cerne seja a evolução da obrigação de indenizar se faz necessário o conhecimento do instituto que mais estimula debates jurídicos, a obrigação de indenizar o dano moral (ou não), em sistemas legislativos, ao menos em parte, derivados dos sistemas antigos analisados no princípio do trabalho. Vejamos alguns:

Austrália – Membro da *Commonwealth* (Comunidade Britânica criada em 1931 e que conta com 53 países), a Austrália apresenta suas raízes jurídicas no direito britânico, no *common law*. Detentor do terceiro melhor IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) da ONU (Organização das Nações Unidas) apresenta significativos graus de evolução social e jurídica. Tal aspecto histórico é importante pois justifica o alto grau de influência inglesa nas leis e decisões australianas. O *common law* australiano segue muitas decisões inglesas, mesmo não sendo obrigatório seguir na Comunidade Britânica as decisões das Cortes Inglesas. Devido a essa influência, *os exemplary damages* são aplicados no direito australiano em larga escala, e até, com mais intensidade. Os *exemplary damages* são aplicados sem as limitações do direito Inglês. Há uma aplicabilidade mais extensa em casos de danos morais, por exemplo, pode ser imposta em casos de ilícitos baseados em "condutas ultrajantes por parte do réu e insultante desrespeito pelos direitos do autor".

**Brasil** – A aplicabilidade da Indenização Punitiva no direito brasileiro poderia ser, tranquilamente, tema para outra dissertação, entretanto, uma breve análise de fatos e dispositivos terá grandes préstimos para o presente trabalho, que busca a evolução da obrigação de indenizar em termos gerais de direito comparado. Como as indenizações punitivas já estão sendo tratadas na lógica dos sistemas de *common law*, nada mais coerente para o presente trabalho, que uma abordagem dentro da lógica jurídica pátria.

A principal resistência quanto ao estabelecimento de indenizações punitivas decorre da dificuldade de aceitação por parte da doutrina brasileira de que a indenização tenha função punitiva dentro da esfera civil, que deveria ser resguardada para reparação apenas, enquanto a esfera penal seria a punitiva. Afinal, esse o grande paradigma para elaboração das Teorias de Responsabilidade Civil no Brasil. Entretanto, o aprofundamento desse debate será realizado mais a frente, nas críticas à indenização punitiva.

Por ora, como é tratado o instituto no Brasil no tocante à legislação Infraconstitucional? A função punitiva da indenização do dano moral é perceptível na legislação pátria. O art. 53 da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250 de 1967), no que se refere ao arbitramento da indenização do dano moral indica critérios, de caráter punitivo, à indenização, vejamos:

"Art. 53. No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:

I – a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;

II – a intensidade do dolo ou grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício de liberdade de manifestação do pensamento e informação;

III – a retração espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido."

Na análise do artigo, percebe-se que a vinculação do julgamento com a conduta do ofensor, no que tange a intenção (dolo ou culpa), com a sua situação pessoal e com seus antecedentes de condenação em outras esferas, determina para o julgador, uma necessidade de discernimento para aplicação de uma sanção de caráter punitivo ou não, afinal, para simples compensação bastaria a análise do fato e suas repercussões e não da situação que cerca o ofensor e seu ato.

Outro artigo importante encontra-se na Lei nº 4.117 de 1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações), em seu artigo 84. O artigo indicava que o juiz deveria, ao fixar a indenização do dano moral, levar em conta a situação econômica do ofensor e o interesse e a intensidade no ato ofensivo. Vejamos:

"Art. 84. Na estimação de dano moral, o juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou pública do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do animo de ofender, e gravidade e a repercussão das ofensas."

O Código Civil Brasileiro não contempla expressamente a indenização punitiva. Ao contrário, a regra geral acerca da matéria é a do artigo 944, estabelecendo que a extensão do dano constitui a medida e o limite da indenização.

"Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo Único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização."

O parágrafo único, mesmo sem trazer a indenização punitiva realça o debate. Afinal, confere relevância à culpa do agente como critério para estabelecimento ou ajuste do quantum indenizatório. Todavia, não afeta o caráter exclusivamente compensatório, já que não há possibilidade de majoração em casos de possíveis indenizações punitivas, ao contrário,

restringe uma quantia com "excessiva desproporção" o que na prática forense tem servido para reduzir os valores das indenizações, retirando, assim, qualquer caráter punitivo.

Contudo, o legislador relacionou indenização e o dano e valorizou princípio da equidade, que serve de fundamento para minimizar a indenização, mas que em outra acepção, relacionada à assimetria entre sujeitos poderia justificar indenizações mais vultuosas.

Logo, a legislação brasileira, embora não tenha um dispositivo expresso e que legitime a aplicação da indenização punitiva nas decisões judiciais, mostra sinais de encaminhamento para o debate.

Aprofundando a questão legislativa brasileiro no que concerne à indenização punitiva, existe um Projeto de Lei (Projeto de Lei nº 6.960/2002), do deputado Ricardo Fiúza, que prevê a inclusão de um parágrafo 2º no artigo 944, com a seguinte redação:

"§ 2º A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante"

Para argumentação em defesa do parágrafo, o deputado alega que a redação atual adequa-se apenas ao dano material. Há nitidamente uma menção à idéia de inibição de práticas ilícitas reiteradas para evitar abusos, inclusive Fiúza defende da seguinte forma a mensuração dos danos:

"Inserem-se nesse contexto fatores subjetivos e objetivos, relacionados às pessoas envolvidas, como a análise do grau de culpa do lesante, da eventual perticipação do lesado no evento danoso, da situação econômica das partes e da proporcionalidade ao proveito obtido com o ilícito (...) Ao juiz devem ser conferidos amplos poderes, tanto na definição da forma como da extensão da reparação cabível, mas certos parâmetros devem servir-lhe de norte firme e seguro, sendo estabelecidos em lei, inclusive para que se evite, definitivamente, o estabelecimento de indenizações simbólicas, que nada compensam à vítima e somente servem de estímulo ao agressor".

Diante disso, percebe-se o fortalecimento do debate na elaboração de leis, fato que pode ser visto como uma evolução, independentemente da corrente adotada pelo legislador. Abre-se o diálogo e a melhora legislativa. Busca-se a justiça.

Canadá – A questão relacionada aos *punitive damages* já é tratada no Canadá há muito tempo. A forte influência americana é uma das justificativas para tal debate. Desde 1886 há o reconhecimento do instituto no direito canadense, sobretudo devido ao reconhecimento pela Suprema Corte Canadense. O emprego do *exemplary damage* é recente e

estabelecido em casos em que a conduta do agente é maliciosa, opressiva ou arrogante ofendendo o senso de "decoro da Corte", *Sense of decency*". Um dos aspectos mais importantes da aplicação do instituto no Canadá foi a decisão baseada em critérios claros para o estabelecimento da punição exemplar. Em um caso iniciado em 1994 e decidido pela Corte em 2002, uma seguradora foi obrigada a pagar um alto valor a título de exemplo para prevenir possíveis posturas similares de outras seguradoras. Os requisitos foram os seguintes:

- a) punitive damages constituem mais uma exceção do que uma regra;
- b) devem ser impostos apenas em casos de arrogância, malícia, arbitrariedade ou conduta altamente reprovável do agente;
- c) o montante deve manter proporcionalidade com alguns fatores, tais como, o dano causado, o grau de reprovabilidade do ato lesivo, a vulnerabilidade da vítima e qualquer vantagem ou proveito obtido pelo agente;
- d) devem ser levadas em consideração quaisquer multas ou penalidades recebidas pelo agente em razão do ilícito;
- e) geralmente, são aplicados apenas em situações nas quais o ato ilícito, por qualquer motivo, iria ficar sem punição ou em casos em que outras penalidades sejam inadequadas para realizar os objetivos da retribuição, dissuasão e repreensão pública;
  - f) seu propósito não é apenas compensar a vítima;
- g) seus objetivos são o de atribuir ao agente um castigo (retribuição/*punishment*), para desestimulá-lo e a outros de praticar atos semelhantes no futuro (dissuasão/*deterrence*) e marcar a desaprovação da coletividade em relação ao fato ocorrido (repreensão/*denunciation*);
- h) são estabelecidos apenas quando os *compensatory damages* são insuficientes para cumprir esses objetivos;
- i) o valor da indenização não deve ultrapassar o racionalmente necessário para alcançar seus propósitos;
- j) embora normalmente o Estado seja o destinatário de qualquer multa ou penalidade, o autor manterá os *punitive damages* como um "fruto caído da árvore" ("windfall"), em adição aos *compensatory damages*; e

k) indenizações moderadas a título de *punitive damages*, que já transmitem um estigma para o réu perante a comunidade, em geral são suficientes.

Ainda no Canadá, mas com conotação diversa, os *punitive damages* são tratados em Quebec, província que consagra o sistema de civil law.

Quebec mantém um sistema jurídico relativamente independente do resto do país. Tal fato é decorrência de um predomínio populacional de ascendência francesa (cerca de dois terços) na região de Quebéc e consequentemente de manutenção de valores franceses, como o direito. A tradição escrita francesa dificulta a aplicação da doutrina de *exemplary damages* na província, mas não inviabiliza, até porque a influência da evolução do *case law* do restante do país e do vizinho americano é determinante nos julgados. Em 1994, o Novo Código Civil de Quebec introduziu os "dommages-intérêts punitifs" em seus artigos, sendo o mais claro o seguinte:

"Art. 1621. Quando a lei preveja a atribuição de indenização punitiva, esta não pode exceder, em valor, o que seja suficiente para assegurar sua função preventiva"

A determinação do valor punitivo leva em consideração a gravidade da falta, a situação econômica e a extensão da reparação obrigatória, mas também está vinculada aos casos específicos de aplicabilidade, ao passo que não o estabeleceu como regra geral, mas apenas "quando a lei preveja a atribuição". O próprio código elenca ao longo de seu texto as hipóteses possíveis de aplicação, punindo, por exemplo, a má-fe do locador.

Estados Unidos da América – O caso estadunidense vem sendo trabalhado em diversos pontos ao longo do trabalho, apesar disso, é retomado aqui como forma de fixação do critério mais moderno com relação aos requisitos exigidos em casos de *punitive damages*. Um dos casos mais importantes para atualidade dos patamares indenizatórios é o caso BMW of North América, Inc v. Gore, de 1990. Ira Gore, que comprou um carro da BMW, percebeu que seu carro havia sido repintado antes de comprá-lo. Com isso impetrou ação em face da empresa alegando fraude. A empresa reconheceu que havia adotado, em 1983, uma política nacional acerca de automóveis danificados durante a fabricação ou o transporte: se o custo excedesse 3% do preço sugerido de venda, o carro era vendido como novo sem advertência ao revendedor de reparos feitos. Sustentando um custo de 1,5% do preço sugerido de venda, a ré entendeu que não estava obrigada a revelar para o revendedor tal reparo que havia feito. Gore, com base no testemunho do revendedor constatou o valor de um BMW repintado era 10%

inferior ao de um sem tal reparo. Além disso, comprovou a venda de 983 carros repintados, sendo 14 no Alabama, sem revelar o fato aos revendedores. Tendo com base o valor de US\$ 4 mil por veículo, pleiteou uma indenização punitiva na ordem de US\$ 4 milhões. Ao final, o júri condenou a ré ao pagamento de *compensatory damages* de US\$ 4 mil e *punitive damages* no valor de US\$ 4 milhões, afirmando tal política da BMW como maliciosa e fraudulenta. A Suprema Corte do Estado do Alabama reduziu para US\$ 2 milhões. A Suprema Corte Americana considerou a punição "*grossly excessive*", ou seja, exagerada. Alegou que o dano fora puramente econômico, pois não afetou a performance, segurança ou aparência, sendo a postura da ré desprovida de má-fé ou indiferença em relação à vida do consumidor. O proceso foi então devolvido para Suprema Corte do Alabama para novo julgamento com base nos critérios determinados pela Suprema Corte Americana. Em 1997, o caso foi julgado e o montante reduzido para US\$ 50 mil, a título de *punitive damages*.

Mas, o ponto mais importante dessa decisão foram os requisitos (*guideposts* ou *guidelines*) que ficaram como necessários para evitar excesso em *punitive damages*, são eles:

- a) grau de reprovabilidade da conduta do réu;
- b) proporção entre dano efetivo ou potencial e a indenização punitiva; e
- c) diferença entre a indenização e as penalidades civis ou criminais previstas para casos similares.

Esse modelo (denominado *Model Punitive Damages*) foi aprovado pela *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* em 1996 e recomendado como modelo de lei para estados americanos, sendo pormenorizados os requisitos:

- a) natureza da conduta ilícita do réu e seus efeitos sobre o autor e outras pessoas;
- b) o valor dos *compensatory damages*;
- c) as multas, penalidades, indenizações ou outras formas de reparação pagas ou que devam ser pagas pelo réu em relação ao ato ilícito praticado;
- d) a condição econômica atual e futura do réu e o efeito que a indenização pode causar em cada uma delas;

- e) qualquer proveito ou ganho obtido pelo réu com seu ato ilícito, em excesso daquilo de que o réu provavelmente será despojado no processo e em outras ações de indenização ou reparação em face dele ajuizadas;
  - f) qualquer efeito adverso que a indenização pode causar a pessoas inocentes;
- g) quaisquer medidas reparatórias tomadas ou não tomadas pelo réu desde a prática do ilícito;
- h) a conformidade ou não da indenização com qualquer padrão aplicável que tenha sido promulgada por agência governamental, assim como agencia não-governamental ou organização reconhecida cuja função seja a de estabelecer padrões; e
- i) quaisquer outros fatos agravantes ou atenuantes relevantes para o montante da indenização.

Casos seguintes geraram as tendências acerca de valores indenizatórios, embora sem estabelecer valores padrões, os casos indicaram um patamar indenizatório sob a ótica da Suprema Corte Americana. A fixação de *punitive damages* em valores nove vezes superior ao valor do *compensatory damages* gozava de grandes chances de violar o Princípio do Devido Processo Legal, em casos genéricos, algo em torno de quatro vezes pode representar uma distância "teto" entre valores. Sendo que, em casos mais substanciais, o ideal seria a aproximação entre os valores.

**Inglaterra** – Embora já estivessem na tradição jurídica inglesa, os *exemplary damages* só foram assentados na segunda metade do século XX. A *House of Lords* (Câmara dos Lordes), distinguiu *exemplary damages* de *aggravated damages*, de forma simples e concisa, em 1964:

"O objetivo da indenização, no sentido comum do termo, é compensar. O objetivo do exemplary damages é punir e dissuadir"

Fato interessante é que o *Lord* que proferiu tal distinção também argumentou ser a idéia dos *exemplary damages* uma anomalia no âmbito do direito civil, mas já enraizada no direito inglês. Mas defendeu que a punição serve de reforço na autoridade judicial, com isso defendeu a aplicação do instituto, desde que observada três categorias de aplicabilidade, são elas:

a) casos que envolvessem ações opressivas, arbitrárias ou inconstitucionais por agentes do Estado (posteriormente conferiu-se a expressão *servants of government* para essa categoria);

b) casos em que a conduta do ofensor foi por ele calculada (posteriormente, definiu-se a desnecessidade de cálculos aritméticos, mas da mera consciência proporcional de valores) para lhe proporcionar proveito econômico que exceda a indenização compensatória que tenha de pagar ao ofendido; e

c) os demais casos autorizados em lei.

Posteriormente, em 1972, outra restrição foi estabelecida para casos de *punitive damages*, era necessário que o ato ilícito constituísse uma *cause of action*. Em 1997, um relatório da *Law Commission for England and Wale* recomendou que os atos ilícitos sejam cabíveis sempre que o agente ao praticar o ato ilícito demonstre deliberada desconsideração para com os direitos da vítima. Todavia, a *House os Commons* (Casa dos Comuns) rejeitou esta ultima recomendação, ficaram valendo as recomendações até 1972.

## 5.2 Críticas aos "Punitive Damages" e a Doutrina Pátria

Antecedendo a análise concentrada na doutrina brasileira, faz-se mister a postura crítica da doutrina norte americana acerca dos *punitive damages*.

Nos Estados Unidos o movimento mobilizado para reformar a responsabilidade civil cresce e merece destaque. A tort reform vai no sentido de restrição aos punitive damages. Embora as reformas estejam ainda muito concentradas ao âmbito estadual, inclusive, como já foi visto cinco estados americanos não aplicam punitive damages e outros o aplicam com inúmeras restrições, como por exemplo, o Estado de Connecticut, a reforma busca leis federais restritivas. A American Tort Reform Association (ATRA), que representa grandes corporações e possui grande força econômica defende a limitação dos punitive damages e dos noneconmics damages em geral. Basicamente, por ter sido fundada, em 1986, por grandes organizações representativas de empresas de engenharia e médicos, respectivamente, a American Council of Engineering Companies e American Medical Association, a ATRA defende a restrição ou o término das indenizações punitivas nesses setores e em outros ligados

a outras empresas conexas à associação. Na essência os argumentos contrários aos *punitive* damages são os seguintes:

- a) Serem contrários à longa tradição do Direito que distingue direito civil de direito criminal, sendo este responsável pela punição e aquele pela reparação ou compensação apenas;
  - b) O caráter anômalo da sanção penal na esfera civil;
- c) O destinatário dos *punitive damages* seriam os próprios cidadãos quando, na verdade, deveria ser o Estado;
- d) O fato da finalidade dissuasória não ser alcançada, pois os contratos de seguro cobrem grande parte dos valores impostos a título de *punitive damages*;
- e) A preocupação com relação aos valores indenizatórios, os critérios para estabelecer o quantum, e possíveis desproporcionalidades, além do estabelecimento de critérios claros que comprovem o dano; e
- f) A preocupação com a saúde financeira das empresas e possíveis consequências sociais resultantes de indenizações por demais gravosas.

Conclui-se que a aplicação dos *punitive damages* contraria pesados interesses econômico-empresariais, as empresas não querem estar sujeitas, por razões óbvias, a possíveis punições astronômicas. Há razão em parte de seus argumentos, por exemplo, sem sombra de dúvidas, a indenização deve acompanhar o porte da empresa, a indenização não pode resolver um problema e gerar outro. A empresa deve poder arcar com o valor sem comprometer sua competitividade. Entretanto, alegar razões formais históricas entre diferenciação de ramos do direito, que não passam de tradição desapegada de necessidade práticas, mas de cunho didático para facilitar aprendizagem e evolução de institutos, seria retroceder às fórmulas romanas, embora tenham elas seu caráter de excelência jurídica em muitos aspectos e não se pretenda esgotar os debates que devem ser sociais e abrangentes.

Mas o debate não acaba na doutrina estadunidense, no Brasil, o debate está começando. A pressão contrária é intensa, afinal grande parte dos grandes conglomerados citados, a título de curiosidade, como membros da ATRA já atuam e detêm grande poder político no Brasil.

Portanto, um primeiro fator não de crítica, mas de difícil solução para possível implantação da indenização punitiva no Brasil seria superar o possível "lobby" realizado junto ao nosso Congresso Nacional, que infelizmente, historicamente, mostra-se inclinado a atender grandes "lobbistas".

Mas, deixando a discussão política para o momento adequado, vejamos o debate jurídico acerca do tema.

A principal resistência quanto ao estabelecimento de indenizações punitivas decorre da dificuldade de aceitação por parte da doutrina brasileira de que a indenização tenha função punitiva dentro da esfera civil, que deveria ser resguardada para reparação apenas, enquanto a esfera penal seria a punitiva. Afinal, esse o grande paradigma para elaboração das Teorias de Responsabilidade Civil no Brasil.

O primeiro ponto importante a ser debatido é a renovação pela qual passa a Responsabilidade Civil atualmente, fruto da monumental reorganização de valores sociais e econômicos resultantes da nova lógica da globalização. Uma grande mudança está na concepção de culpa, antes pressuposto fundamental para responsabilidade. Uma "sociedade de risco" produz uma responsabilidade civil fundada no risco das atividades nela desempenhada. Mas a reformulação social altera concepções outrora predominantes, a idéia vigente de responsabilidade civil atendendo aos objetivos sociais e restabelecendo a situação anterior ao dano está cada vez mais superada, à idéia predominante na sociedade atual é a de prevenção de danos. Com isso, o direito, e no caso, a responsabilidade civil devem se adequar às demandas, aos anseios sociais. O porte atual das empresas, transnacionalizadas e multibilionárias certamente viabiliza os investimentos nos setores de prevenção, o nível de conhecimento cultural e de valores sociais dos dias atuais, possibilita o conhecimento da rapidez e do estrago que palavras caluniosas mal intencionadas geram na vida pessoal e profissional do ser humano, hoje, conectado me tempo real. A preocupação da sociedade atual é cada vez mais evitar danos com posturas ilícitas que poderiam ser prevenidas. Se a idéia, superada, é de recompor à situação antes da postura ilícita, atendendo ao princípio da restitutio in integrum, por que não adotar mecanismos que inibam a mesma? Por que ter que restituir, quando poderíamos evitar? Dentro dessa lógica cresce a idéia da indenização punitiva.

Decerto, antes mesmo de qualquer debate acerca de valores e metodologias de quantificação, alguns casos devem ser excluídos da aplicabilidade das indenizações punitivas.

É o caso, por exemplo, de danos resultantes de culpa leve, de danos sem culpa (responsabilidade objetiva) ou sem culpa comprovada (presunção de culpa).

No caso da culpa leve, mesmo tendo decorrido de ato ilícito, o ato praticado com violação do dever de cuidado não caracteriza a punição do ofensor, pois, não haveria caráter de prevenção de danos, justificando-se apenas a compensação ou satisfação. Mesmo com uma possível lesão corporal, o que deve ser analisado não é a extensão, mas a conduta do agente. Portanto, se o agente provocar, em casos similares, uma extensão de dano menor, mas o fizer e obter vantagem pecuniária, deve, aí sim, ser imputado na indenização punitiva, pois obter vantagem causando dano está na natureza do instituto, a mera compensação não retiraria o ganho advindo da prática do ilícito.

No caso da responsabilidade objetiva a exclusão é mais simples ainda, afinal o risco proporcionado por uma determinada atividade gera ausência de culpa, afastando a necessidade de indenizações punitivas. Vale lembrar, que o instituto aceita prova em contrário, mas são casos difíceis de se materializar.

Existem inúmeras ressalvas a inserção dos *punitive damages* na legislação brasileira, vejamos as principais:

O excesso nas indenizações. Fato de grande repercussão internacional, sobretudo em julgados norte americanos. Mas são muitas as diferenças entre Brasil e EUA. A decisão americana, em primeiro grau, é tomada por um júri de leigos acerca de muitas questões técnicas, até em função disso, muitas indenizações são restringidas e reduzidas pelas Cortes. No Brasil o juiz togado não seria levado por questões emocionais e teria todo o amparo jurídico diante de questões técnicas, analisando o caso com muito mais preparo, e, consequentemente, aplicando valores mais proporcionais.

Enriquecimento sem causa da vítima. O principal problema está no fato de que a dignidade humana e os atributos da personalidade não possuem mensuração em pecúnia, disso decorrem distorções. Entretanto, o foco deve estar na prevenção do ilícito, no impedimento da reincidência por receio da penalidade em pesados valores monetários. A idéia é que a sociedade ganhe com a postura correta das empresas em casos similares futuros. Quanto às seguradoras, normalmente a apólice não cobre na integralidade os valores, ou se cobrir, na

renovação serão imputados valores mais altos a serem pagos, as empresas não poderiam acar com esse ciclo inflacionário em hipóteses de reincidência. Seria muito melhor investir em prevenção.

Incentivo à indústria do dano moral. Primeiro ponto a ser defendido deve ser o direito de todos de acesso aos tribunais. Entretanto a solução contra ações infundadas deve vir de uma consistente e firme jurisprudência que seja um repelente de pretensões desmedidas e que estabeleça indenizações proporcionais e razoáveis para determinados tipos de danos, evitando assim a expectativa de enriquecimento às custas de indenizações. Além disso, uma aplicação rigorosa da litigância de má-fé, inclusive com possíveis sanções aos litigantes. Sem desejar aqui propor soluções milagrosas, mas apenas enriquecer o debate, talvez a doutrina devesse pensar em requisitos objetivos para quantificação do dano moral. Por exemplo, liminarmente o juiz poderia avaliar alguns requisitos, como a existência de conduta notoriamente contrária aos costumes por parte do ofensor e dano moral nitidamente materializado social ou pessoalmente, caberia aqui talvez uma interação com a psicologia para determinação de critérios. Que o trabalho seria árduo é fato, do contrário já existiriam fatores objetivos para ingresso de causas relacionadas ao dano moral. A idéia principal é a constituição de critérios preliminares que excluam a possibilidade de ações desprovidas de dano moral. E assim, desestimulassem a "indústria do dano moral".

Estímulo ao sentimento de vingança. O direito deve impedir a Lei de Talião, quanto a isso, não há dúvidas. No início do trabalho concluímos que não havia indenizações em Talião, era "olho por olho, dente por dente", logo não há que se falar em evolução da obrigação de indenizar e considerar qualquer hipótese baseada em Talião. O Direito pune a vingança. O simples sentimento é inerente à natureza do ser humano e o direito nada pode fazer para impedir, apenas pode buscar o justo. Todavia, o justo pode acabar sendo considerado injusto pelo punido por seu ato de injustiça anterior, afinal a indenização punitiva é resultado de uma decisão que visa impedir novos atos carregados de injustiça. Mas entra-se numa seara perigosa, a definição de justiça, quando, na verdade, o debate não é filosófico. Basta uma idéia bem superficial baseada numa noção coletiva de atitude correta esperada e de punição da atitude contrária, desde que comprovadamente fraudulenta, maliciosa.

Risco de resultados social e economicamente danosos. Não se podem aplicar decisões que inviabilizem a continuação da saúde econômica da empresa. O uso adequado do

instituto, sem exageros, afasta a possibilidade de riscos econômicos e sociais e atrai o efeito positivo de preocupação com possíveis desvantagens para consumidores e usuários de produtos e serviços.

#### **6 CONCLUSAO**

A análise evolutiva da obrigação de indenizar da presente pesquisa foi iniciada com a análise do tempo de Hamurábi, mas que raramente fazia uso desse instituto. Basicamente, seu código, contemplava a indenização em casos que envolvessem aspectos comerciais. Os danos advindos de ataques à honra ou à pessoa eram tratados com penas materiais que envolviam o próprio ofensor, por vezes, respondendo com seu corpo pelo ato.

No Código de Manu, a Lei de Talião era a máxima. Uma sociedade altamente discriminatória e que preteria mulheres e indivíduos de classes inferiores não podia mesmo contemplar um instituto como a indenização, que visa equilibrar relações assimétricas no seio social.

Nas XII Tábuas romanas, a obrigação de indenizar ganhou força, embora não tenha atingido o potencial atual. A legislação previa indenização em casos de injúria e em algumas relações comerciais. Vale lembrar, que o conceito de *iniuria* não se parece com o atual, muito mais restrito. A injúria romana abarcava um leque bem maior de atos do cotidiano.

Um aspecto importante no estudo das XII Tábuas é o estabelecimento de indenizações partindo da condição sócio-econômica do ofendido. Mesmo que de forma discriminatória e num contexto social distinto, que, por exemplo, permitia a escravidão, o critério baseado na condição social de uma das partes ao menos já serve de orientação para estudos e melhorias posteriores. Outro ponto interessante é a previsão da negligência ensejando indenização, inclusive, impondo responsabilidade para o transportador. Atualmente, a doutrina evoluiu muito, mas não podemos esquecer a contribuição romana para o início dessa evolução.

No Corão não há muito para enriquecer a evolução da obrigação de indenizar. Talvez, um estudo que fosse direcionado para legislação atual dos países seguidores do Corão permitisse a checagem da adaptação do livro sagrado às necessidades sociais atuais, principalmente, no que concerne às relações de direito internacional desses países, tendo em vista que, internamente, muitas sociedades ainda mantêm grande fidelidade aos escritos. Mas,

uma abordagem se mostra interessante: o tratamento dado aos devedores. Há uma benevolência muito maior do que nas legislações ocidentalizadas.

Embora a Lei das XII Tábuas tenha sido de grande valia para análise da obrigação de indenizar em tempos remotos, havia necessidade de aprofundamento na doutrina romana, seus conceitos geniais acerca das obrigações, inclusive, muitos dos quais permanecem inalterados até os dias atuais.

Com relação ao conceito romano, a essência é a mesma da atual. A obrigação era e ainda é vista como um vínculo de caráter patrimonial, com a essência na prestação, seja ela de dar, fazer ou não fazer. Nesse ponto um tema relevante: o *praestare* romano, seria a obrigação de indenizar atual? Vimos que alguns autores, como Betti, defendem que sim, mas como outros de grande renome negam, não foi possível realizar tal afirmação. Pelo menos, havia uma obrigação de indenizar em Roma.

No momento do inadimplemento obrigacional, as regras eram complexas. Havia, por exemplo, a necessidade de reconhecer a existência de dolo ou culpa. Um fator essencial é que o inadimplemento de uma obrigação civil não gerava o dever de indenizar tendo em vista que a indenização era vinculada ao delito e não ao contrato. Portanto, a obrigação de indenizar, em Roma, se confundia com a pena, na verdade, era fruto dela.

Passada a análise romana, o conceito atual de obrigação, não mudou nada. Todavia, em relação aos efeitos, sobretudo quanto à obrigação de indenizar, muitas diferenças.

Atualmente, o dano pode ser material ou imaterial. O dano material não gera polemicas é de fácil detecção. O dano imaterial é o ponto mais interessante e fruto de grande parte do trabalho.

No trabalho percebe-se que a real evolução da obrigação de indenizar culmina no dano moral. Em função do caráter reparatório da obrigação de indenizar, a doutrina não conseguiu, ainda, evoluir totalmente a obrigação. Ainda não sabemos com exatidão reconstituir da melhor maneira um dano gerado. Há quem defenda a reconstituição pela pecúnia, outros ainda defendem que não há mensuração no dano, pois o sentimento não é mensurável. Em suma: há muito para evoluir.

Dentro da busca pela evolução para um ponto ideal na doutrina brasileira, apareceu um instituto secular, mas "estranho" ao direito brasileiro, baseado na doutrina dos *punitive damages*.

Diante de doutrina tão interessante coube um estudo de direito comparado e um aprofundamento da possível adequação do instituto ao direito brasileiro.

Após o estudo, a conclusão é da possibilidade real de introdução do instituto na legislação brasileira. Na verdade, existe uma necessidade premente de inserção do instituto no ordenamento jurídico nacional.

Atualmente a "indústria do dano moral" gera uma intensa banalização da obrigação de indenizar em seu conteúdo moral. Os julgados tendem a desvalorizar o sofrimento das pessoas baseados na idéia de que todos procuram o enriquecimento sem causa nas suas ações.

Essa é a injustiça que não se pode cometer. O julgamento deve ser caso a caso, se muitos ingressam pedidos desprovidos de direito material, que o ordenamento jurídico os afaste por meio de uma jurisprudência firme, mas nunca se penalize o possuidor do direito por um vício social, um desvio da finalidade da prestação jurisdicional.

A doutrina da indenização punitiva não deve vir para simplesmente majorar as indenizações, mas principalmente para dar termo às ações, criar parâmetros, patamares e inibições. È plenamente possível, desde que, adequadamente aplicada.

Os grandes conglomerados econômicos não podem continuar optando por pagar uma "ninharia" nos juizados especiais, em detrimento de investimentos de melhoria e qualificação nos setores de prevenção. Atualmente, devido a essa valorização do discurso de que todas as causas são motivadas pela "indústria do dano moral", todas passam a merecer baixas indenizações. Tal concepção avulta o estado de direito e a democracia. Seria um ordenamento baseado em premissas preconceituosas e que favorece os praticantes de ilícitos.

Não se defende a explosão de indenizações, mas a aplicação de punições para evitar a prática reiterada de um ato ilícito, prejudicial para satisfação social e credibilidade da justiça.

O trabalho desenvolvido tentou demonstrar que a evolução da obrigação de indenizar é no sentido de aplacar os anseios sociais por justiça. Inicialmente o ofensor respondia com o próprio corpo. Era demasiado rigoroso o critério. Passaram então ao patrimônio. Ótima passagem, que promoveu um grande avanço nas desavenças jurídicas e as vítimas puderam

obter algum tipo de reparação. Pois bem, então, a busca pelo enriquecimento sem causa por parte de algumas pessoas gerou um novo desequilíbrio. Até onde no patrimônio? Quando relacionado ao dano material vai até a integral reparação. Mas, e o dano moral?

Esse é o cerne da evolução da obrigação de indenizar. Sem pretensões de propor a solução inequívoca do assunto, defende-se a opção pela doutrina dos "*punitive damages*" por parecer o melhor caminho. Sem exacerbar, tampouco minimizar. Apenas o justo.

## **REFERÊNCIAS:**

ALTAVILA, Jayme. *Origem dos direitos dos povos*. Ícone Editora. 11ª edição. São Paulo. 2006.

ALVES, Jose Carlos Moreira. *Instituições de Direito Romano*: Parte Especial; Direito das obrigações; direito de família; direito das sucessões.  $02^a$  edição. vol. II. Editora Forense. Rio de Janeiro. 1972.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil, Introdução* (04ª edição). Editora Renovar, Rio de Janeiro. 2002.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva. Os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense. 2006.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Por Clóvis Beviláqua. 08ººa edição. Vol. I. Rio de Janeiro. Editora Paulo de Azevedo LTDA. 1949.

BOUZON, Emanuel. *O Código de Hamurábi*. Editora Vozes. 08ª edição. Petróplois, Rio de Janeiro. 2000.

CARRILHO, Fernanda. *Dicionário de Latim Jurídico*, Editora Almedina, Gráfica de Coimbra. Coimbra. 2006

CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e do Brasil*. Lúmen Júris Editora. Rio de Janeiro. 2003.

CAVALIERI, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. Malheiros Editores. 06 ª edição. São Paulo. 1997.

CRETELA, José Cretella Junior. *Curso de Direito Romano*. 30ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2007.

CRUZ, Sebastião. *Direito Romano (Ius Romanum) I. Introdução. Fontes.* 04ª edição. Coimbra. 1984.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Martins Fontes. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 04ª edição. São Paulo. 2002.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI, Sérgio. *Comentários ao Novo Código Civil. Da Respomsabilidade Civil. Das preferências e Privilégios Creditórios*. Arts. 927 a 965. Vol. XIII. 02ª edição. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2007.

GIBBON, Edward. *Declínio e queda do Império Romano*. Companhia das Letras. Edição Abreviada. São Paulo. 2005.

GIORDANI, Mário Curtis. *História de Roma*. Editora Vozes. 16ª edição. Petrópolis, Rio de Janeiro

\_\_\_\_\_. *Iniciação ao Direito Romano*. Lúmen Iuris Editora. 05ª edição. Rio de Janeiro, 2003.

JUSTO, A. Santos. *Direito Privado Romano I. Parte Geral (Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos*). Coimbra Editora. 03ª edição. Universidade de Coimbra. 2006.

\_\_\_\_\_\_, *Direito Privado Romano – II. Direito das Obrigações*. 02ª edição. Coimbra Editora. Universidade de Coimbra. 2006.

LEONI, J. M. Leoni Lopes de Oliveira. *Novo Código Civil Anotado. Arts. 233 a 420. Direito das Obrigações.* 2ª edição. Lúmen Iuris. Rio de Janeiro. 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações. 1<sup>a</sup> Parte.* Editora Saraiva. 33<sup>a</sup> edição, revista por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo. 2007

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol. II. 20<sup>a</sup> edição. Atualizada por Luiz Roldão de Freitas Gomes. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2004.

PETIT, Eugène. *Tratado Elementar de Direito Romano*. Tradução de Jorge Luís Custódio Porto. Editora Russel. )1ª edição. Campinas, São Paulo. 2003.

RIPERT, Georges. *A Regra Moral nas Obrigações Civis*. Tradução da 03ª edição francesa por Ozório de Oliveira. 02ª edição. Bookseller Editora, Campinas, São Paulo. 2002.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Parte Geral. Vol. I. Editora Saraiva. 2007.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. Traduzido da 06ª edição italiana e atualizado por Paolo Capitanio. 02ª edição, vol. III. Editora Bookseller. Campinas. 2005.

SCHREIBER, Anderson. Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos. Jurídico Atlas. São Paulo. 2007.

SCIASCIA, Gaetano. *Regras de Ulpiano*. Edipro. Edição bilíngüe: Português-Latim. Bauru, São Paulo. 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Coordenador. *A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na perspectiva Civil-Constitucional.* 03ª edição. Renovar. 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Editora Forense. 04ª edição. Rio de Janeiro. 2007.

\_\_\_\_\_. Fundamentos de História do Direito. 04 edição. Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2007.