



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
MESTRADO EM DIREITO PRIVADO E ECONÔMICO

SALOMÃO RESEDÁ

**A APLICABILIDADE DO *PUNITIVE DAMAGE* NAS AÇÕES
DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Salvador
2008

SALOMÃO RESEDÁ

**A APLICABILIDADE DO *PUNITIVE DAMAGE* NAS AÇÕES
DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodolfo Mário da Veiga Pamplona Filho.

Salvador
2008

R432 Resedá, Salomão.

A Aplicabilidade do *punitive damage* nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro / Salomão Resedá. – Salvador, 2008.

321f.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal da Bahia. Mestrado em Direito Privado e Econômico

Orientador: Prof. Rodolfo Mário da Veiga Pamplona Filho

1. Direito Privado - Brasil. 2. Dano Moral. 3. Responsabilidade Civil I.
Título.

CDU 347.426.4

TERMO DE APROVAÇÃO

SALOMÃO RESEDÁ

**A APLICABILIDADE DO *PUNITIVE DAMAGE* NAS AÇÕES
DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Dissertação julgada aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de
Mestre em Direito,
Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Dr. Rodolfo Mário da Veiga Pamplona Filho _____
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade de São Paulo (PUC).

Dr. Edivaldo Machado Boaventura _____
Livre-Docente e Doutor pela Universidade Federal da Bahia (UFBa)

Dr. Jonhson Meira Santos _____
Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP)

Salvador, de de 2008

AGRADECIMENTOS

Este é, certamente, o momento mais complicado de toda a dissertação. Agradecer é, antes de tudo, reconhecer a sua limitação física e intelectual. Não há esta pessoa que navegue pelos mares da vida numa rota solitária e independente. Todos nós temos a necessidade de interagir com os nossos semelhantes, para que seja possível alcançar uma evolução plena.

Durante esta construção espiritual é possível encontrar pessoas especiais que funcionam com catalisadores de conhecimento, de incentivo e de alegrias. São estes seres humanos ímpares que derrubam as barreiras e imposições impostas pelas batalhas diárias as quais somos forçados a encarar a cada nascer do sol.

Seja em razão da família; dos velhos amigos que permaneceram firmes e fortes, mesmo diante de todas as dificuldades e desencontros, ou dos novos conquistados ao longo deste caminho. Seja em razão do funcionário mais humilde que, numa manhã, ainda que chuvosa, nos lembra de que não somos esquecidos com um simples bom dia! Independente de qual for a razão, a todos, o meu muito obrigado por tudo!

Dentre todos aquele que atravessaram o caminho trilhado ao longo desses dois anos, há os que merecem destaque por suas peculiaridades que lhes agregam a unicidade perante os demais.

Acima de tudo, rogo a Deus, todo poderoso, os meus sentimentos de gratidão pela proteção e pela força de vontade concedida a cada dia: Pela saúde que me acompanhou durante todo o tempo e manutenção dos meus “suportes” físicos. Enfim, pela sua condição de superioridade e sabedoria que irriga meus sonhos e me faz seguir em busca de novos horizontes.

Agradeço primordialmente à minha mãe, Cléa Aparecida, que em incontáveis vezes me apoiou em decisões cruciais, e foi, e continuará sendo, um dos principais aportes para as minhas evoluções. A sua condição de mãe não lhe retira a postura crítica perante os erros, porém lhe dá a autoridade de incentivar diante das indecisões e festejar perante as conquistas.

Não poderia esquecer, em hipótese nenhuma, de conferir a minha gratidão à minha irmã, Maria Vitória Resedá, que, com toda a sua alegria, aposta “todas as fichas” no meu crescimento. Sempre buscando trazer palavras de incentivo, ela não abandona nem mesmo nos momentos em que tudo parece andar em sentido contrário. A essa querida figura, não remeto só o meu obrigado, mas também a certeza de que o seu desenvolvimento será maior do que o do seu irmão.

Um muito obrigado a meu pai, Emílio Salomão Pinto Resedá, que em boa parte do tempo instigou-me a superar desafios a partir dos seus questionamentos. Foi com as suas inquietações que passei a tentar chegar o mais próximo possível da perfeição, mesmo sabendo que esta não é uma meta fácil de ser alcançada.

Meus agradecimentos à minha namorada Suzana Viana. Seus auxílios e incentivos foram mais do que importante para a concretização desta obra e a conclusão da jornada. Sempre acreditou no alcance deste sonho. Seja através de uma ligação ou de uma visita, o incentivo estava sempre presente no companheirismo. Sinta-se proprietária de parte dessa obra. Com carinho, muito obrigado, Sú!

Não sei se agradecer seria suficiente. Assim, reverencio o meu orientador, Rodolfo Pamplona, por, absolutamente, toda a minha estruturação acadêmica e pelos novos conhecimentos adquiridos. O título de orientador somente lhe é conferido por mera formalidade, pois, esta barreira já foi quebrada desde datas anteriores. Hoje, Rodolfo Pamplona ultrapassa desta figura impessoal, para assumir a condição de pai-amigo-irmão ou qualquer outro *status* que lhe agregue este sentimento de fraternidade e admiração. Dentre as poucas coisas que exijo, uma delas é a manutenção deste vínculo para além do mestrado; determinação esta que, acredito, já ter sido chancelada.

Merecedor das mesmas deferências, Pablo Stolze figura no rol daquelas “conquistas” agradáveis do mestrado. Ao meu “orientador prático”, o meu muito obrigado por aceitar me conduzir nas aulas, passando-me os seus ensinamentos de magistério. Que nossa amizade permaneça em evidência por tempo indeterminado, pois a admiração certamente será contínua. Irmão, valeu por tudo!

Além do título de mestre, a jornada que aqui se finda trouxe-me alguns amigos, dentre os quais destaco, inicialmente, de forma genérica, a Família Figueiredo. Luciano e Beto, figuras ilustres que solidificaram seu “capítulo na minha biografia”. Pessoas ímpares que, com todo o prestígio, ocupam lugar de destaque no meu ciclo de amizades. Que Deus proteja a todos vocês, rogando paz e tranqüilidade ao seu pai que, certamente, está num lugar de bastante luz.

Não podem ser deixados de lado os meus velhos, tradicionais e firmes amigos. A eles, além do meu agradecimento, o meu pedido de desculpas pelo abandono e pelo contato reduzido. Alemão, Chupança, Magoo, Laércio, Dani, Érika, e os demais, cuja memória me furta neste momento, saibam que vocês possuem cadeira cativa na minha existência e que, apesar da

distância, ainda são peças fundamentais para a minha evolução. A culpa não é minha, é do tempo que é curto. Com vocês só tem graça aproveitando o máximo.

Por fim, muito obrigado a Junivo, Pedro, Luíza, Lúcia, Angélica e demais funcionários do Mestrado de Direito da UFBA; a todos os professores, pelos ensinamentos que me foram passados, e a todos os colegas e amigos que dividiram cada minuto das aulas ministradas no segundo andar da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Sei que os desafios nunca acabam, eles somente aumentam de tamanho. Mas acredito ainda mais que sonhar é fazer, e viver é ter coragem de realizá-los.

“Um direito concreto que se vangloria da sua existência para pretender uma duração ilimitada, eterna, recorda o filho que levanta a mão contra sua própria mãe. Insulta a idéia do direito, invocando-a, porque a idéia do direito será eternamente um movimento progressivo de transformação.”

(Rudolf Von Ihering)

RESUMO

O *punitive damage* é uma doutrina que ganhou bastante relevo no ordenamento jurídico americano. Segundo seus ditames, ao ofensor deve ser imputado um valor indenizatório que seja considerado passível de lhe desestimular na prática de novas condutas. Apesar da existência de embates dos operadores do direito daquele país, alguns juristas brasileiros aceitam a possibilidade de inserção desta doutrina no âmbito do direito nacional no intuito de sanar a problemática do *quantum* da indenização por danos morais. Assim, o presente trabalho tem como objetivo analisar a aplicabilidade do *punitive damage* nas ações de indenização por danos morais no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, será construído o conteúdo a partir da abordagem histórico-evolutiva da responsabilidade civil como um todo, passando pelo caminho desenvolvido pelo dano moral ao longo dos tempos, até os dias atuais. Então, serão consultadas as teorias nacionais que buscam encontrar meios para facilitar a quantificação do dano moral e em seguida a doutrina do *punitive damage* no intuito de se familiarizar com seus requisitos. Por fim, a partir da colheita de todos esses predicados desenvolver-se-á o estudo em torno do tema principal. A busca pela resposta ao problema em questão se faz de suma importância para uma possível mudança de pensamento no que se refere à responsabilidade civil em razão de fatos ilícitos que venham a causar danos morais ao ofendido.

Palavras-chave: dano moral; *punitive damage*; responsabilidade civil; aplicabilidade; direito brasileiro.

ABSTRACT

The punitive damage is a doctrine that gained relief in the American legal system sufficiently. According to its orientation, to the injurer a indemnification value must be imputed that is considered viable of discouraging to it in practices of new behaviors. Despite the existence of you strike of the operators of the right of that country, some Brazilian jurists accept the possibility of insertion of this doctrine in the scope of the domestic law in intention to cure the problematic one of quantum of the one of the indemnity for pain and suffering. In spite of the existence of collisions of the operators of the right of that country, some Brazilian jurists accept the possibility of insert of this doctrine in the extent of the national right in the intention of curing the problem of the quantum of the one of the compensation for moral damages. Thus, the present work has as objective analyzes the applicability of the punitive damage in the compensation actions for moral damages in the Brazilian law. For so much, the content will be built starting from the historical-evolutionary approach of the torts as a whole, going by the road developed by the moral damage along the times, until the current days. Then, they will be consulted the national theories that you/they look for to find means to facilitate the quantification of the moral damage and soon afterwards the doctrine of the punitive damage in the intention of familiarizing with their requirements. Finally, starting from the crop of all those predicates he/she will grow the study around the main theme. The search for the answer to the problem in subject is made of addition importance for a possible thought change in what refers to the torts in reason of illicit facts that come to cause moral damages to the offended.

Key-words: moral damage; *punitive damage*; torts; viability; Brazilian law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CPC	Código Processo Civil
CPP	Código Processo Penal
DJ	Diário da Justiça
EUA	Estado Unidos da América
HC	Habeas Corpus
Min	Ministro
RDA	Revista de Direito Administrativo
RE	Recurso Especial
Rel.	Relatório
RJ	Recurso Julgado
RT	Revista do Tribunal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TF	Tribunal Federal
TFR	Tribunal Federal Regional
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 UMA VISÃO GERAL SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL	19
2.1 ASPECTOS INICIAIS	19
2.2 DO ATO ILÍCITO	21
2.2.1 Aspectos do Ato Ilícito	24
2.3 DO ABUSO DE DIREITO	26
2.3.2 O Abuso de direito no direito brasileiro.	28
2.4 DA RESPONSABILIDADE	32
2.4.1 A moral na responsabilidade	33
2.4.1.1 A responsabilidade moral e a defesa da integridade social	35
2.4.2 O significado da responsabilidade	36
2.4.3 A responsabilidade a partir do viés penal	38
2.4.4 Breves aspectos evolutivos da responsabilidade civil	40
2.4.4.1 A Lei Aquília e a evolução da responsabilidade	43
2.5 DA RESPONSABILIDADE CIVIL	47
2.5.1 A conduta do agente	50
2.5.2 A culpa ainda posiciona-se como requisito fundamental?	52
2.5.3 As mudanças sociais e a responsabilidade objetiva	54
2.5.4 O nexu causal na responsabilidade civil	59
2.5.4.1 As teorias acerca do nexu causal	61
2.5.5 A peça principal da responsabilidade civil: o dano	64
2.5.5.1 As faces do dano	66
2.5.5.1.1 Aspectos sobre os lucros cessantes e o dano emergente	69
2.6 A MUDANÇA DE PARADIGMA E UMA NOVA FORMA DE OBSERVAR AS RELAÇÕES JURÍDICAS	71
3 O DANO MORAL NO TRANSCORRER DOS TEMPOS	73
3.1 BREVE INTRODUÇÃO	73
3.2 A EVOLUÇÃO O DANO MORAL	76
3.2.1 O dano moral na antiguidade	76
3.2.2 Aspectos gerais do dano moral no direito clássico	78

3.2.2.1 O dano moral no direito romano	78
3.2.2.2 O dano moral no direito canônico	80
3.2.3 O dano moral no direito moderno	81
3.3 O SER HUMANO COMO FOCO PRINCIPAL	84
3.3.1 O princípio da dignidade da pessoa humana	87
3.4 A EVOLUÇÃO DO DANO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO	92
3.4.1 Primeiro momento: a negação absoluta ao dano moral	93
3.4.2 Segundo momento: o reconhecimento taxativo do dano moral	98
3.4.2.1 O dano moral e o Código Civil de 1916	102
3.4.3 Terceiro momento: da constituição federal de 1988 até os dias atuais	107
3.4.3.1 A Constituição Federal no centro do ordenamento jurídico brasileiro	109
3.4.3.2 Os direitos da personalidade com pilar fundamental	111
3.4.3.3 Constituição Federal, direitos fundamentais e danos morais	115
3.4.4 A personalização das relações civis	117
4 ELEMENTOS DO DANO MORAL	121
4.1 INTRODUÇÃO	121
4.2 DANO MORAL E DANO PATRIMONIAL: DUAS REALIDADES DISTINTAS	122
4.3 AFINAL, O QUE VEM A SER O DANO MORAL?	125
4.3.1 O conceito excludente do dano moral	128
4.3.2 O dano moral como modificação do estado anímico	130
4.3.3 Dano moral como ofensa a direitos da personalidade	137
4.4 MERO ABORRECIMENTO X DANO MORAL: UMA DIFERENCIAÇÃO NECESSÁRIA	144
4.4.1 Quando a vítima é a fonte do dano moral	151
4.5 AS FACES DO DANO MORAL	153
4.5.1 Dano moral reflexo ou em ricochete	154
4.5.2 O dano moral transmissível	157
4.5.3 Dano moral coletivo	160
4.6 A PROVA NO DANO MORAL	165
5 A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL: UMA DIFÍCIL TAREFA A SER CUMPRIDA	173

5.1 UMA ANÁLISE PRELIMINAR	173
5.2 INDENIZAR, RESSARCIR OU COMPENSAR? EIS A QUESTÃO	176
5.3 O DINHEIRO NA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL	182
5.4 O STJ E O DANO MORAL	186
5.5 A NATUREZA JURÍDICA DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS	189
5.5.1 A indenização e sua função sancionadora	190
5.5.2 Os danos morais compensatórios	191
5.5.3 O caráter misto da indenização	193
5.6 A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL	196
5.6.1 Critério matemático	199
5.6.2 O tabelamento do dano moral:	200
5.6.3 O arbitramento do valor indenizatório	206
5.6.3.1 O magistrado como peça fundamental	208
5.6.3.2 A condição econômica do sujeito passivo.	212
5.6.3.3 A repercussão do dano	216
5.6.3.4 A gravidade do ato ofensivo	219
5.6.3.5 A análise do montante a partir do ofensor	220
6 APONTAMENTOS SOBRE O <i>PUNITIVE DAMAGE</i>	223
6.1 INTRODUÇÃO	223
6.2 O <i>PUNITIVE DAMAGE</i>	224
6.2.1 O que vem a ser <i>punitive damage</i>?	224
6.2.2 Por que <i>punitive damage</i> e não “danos punitivos”?	229
6.2.3 Outras formas de indenização no direito norte-americano	232
6.2.3.1 <i>Compensatory Damages</i>	233
6.2.3.2 <i>Nominal Damage</i>	233
6.2.3.3 <i>General Damages</i>	233
6.2.3.4 <i>Special Damage</i>	234
6.2.3.5 <i>Aggravated damages</i>	235
6.3 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO <i>PUNITIVE DAMAGE</i>	236
6.3.1 O <i>punitive damage</i> no direito inglês	236
6.3.2 O <i>punitive damage</i> no direito norte americano	240
6.3.2.1 O <i>punitive damage</i> e suas indenizações milionárias	243
6.3.2.2 Caso “ <i>Ford Pinto Case</i> ”	243

6.3.2.3 Caso “ <i>Mc Donald’s Coffee Case</i> ”	245
6.3.2.4 O caso “ <i>Curtis Publishing Co. v. Buttus</i> ”	246
6.4 O <i>PUNITIVE DAMAGE</i> NA ATUALIDADE AMERICANA: ALGUMAS RESISTÊNCIAS	247
6.4.1 O caso <i>gore v bmw</i>: repensando o <i>punitive damage</i> no direito americano	249
6.4.2 Alegações contrárias ao <i>punitive damage</i> no direito norte-americano	251
6.4.2.1 A inconstitucionalidade do <i>punitive damage</i> perante as emendas Oitava e Décima	251
6.4.2.2 O <i>punitive damage</i> como fonte de enriquecimento sem causa à vítima.	252
6.4.2.3 O <i>punitive damage</i> como ofensa ao Due Process Clause e ao <i>Amendment XIV</i>	254
6.5 AINDA É VIÁVEL O <i>PUNITIVE DAMAGE</i> ?	257
6.6 REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DO <i>PUNITIVE DAMAGE</i> .	258
6.6.1 A conduta reprovável	259
6.6.2 O elemento pedagógico-desestimulador do <i>punitive damage</i>	261
6.6.3 O ofensor no <i>punitive damage</i>	262
6.6.4 O ofendido no <i>punitive damage</i>	264
7 A APLICAÇÃO DO <i>PUNITIVE DAMAGE</i> NAS AÇÕES DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS NO DIREITO BRASILEIRO	266
7.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	266
7.2 RESISTÊNCIAS AO <i>PUNITIVE DAMAGE</i>	268
7.2.1 O <i>punitive damage</i>, o direito público e o direito privado	270
7.2.1.1 A necessária mudança de paradigma	270
7.2.1.2 A fragilização da dicotomia direito público x direito privado	272
7.2.2 O <i>punitive damage</i> e o princípio <i>nulla poena sine lege</i>	274
7.2.3 A pena x o <i>punitive damage</i>	278
7.2.3.1 O <i>punitive damage</i> é semelhante à pena?	280
7.2.4 A liberdade do magistrado na aplicação do <i>punitive damage</i>	281
7.2.4.1 <i>Punitive Damage</i> , juri e direito brasileiro: incompatibilidade	282
7.2.5 O <i>punitive damage</i> como fonte de enriquecimento sem causa ao ofendido	284
7.2.5.1 É necessário observar o ofensor e não somente o ofendido	285
7.2.5.2 O erro na ordem de análise pode levar ao enriquecimento sem causa	286
7.3 O CARÁTER DUPLO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS	290
7.3.1 O <i>punitive damage</i> como uma arma preventiva	294

7.4 A FUNÇÃO SOCIAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS A PARTIR DO <i>PUNITIVE DAMAGE</i>	295
7.5 A ATUAL APLICAÇÃO DO <i>PUNITIVE DAMAGE</i> NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	299
7.5.1 O punitive damage nos danos morais coletivos	301
7.5.2 O <i>punitive damage</i> nos danos morais individuais	304
8 CONCLUSÃO	308
REFERÊNCIAS	313

1 INTRODUÇÃO

Apesar da sua individualidade, o ser humano necessita da convivência com seu semelhante para que possa suprir suas carências. Por ser uma realidade muito distante da vida das pessoas, a inexistência de auto-suficiência torna o convívio social indispensável. É exatamente a partir desta interação coletiva que surgem inúmeros conflitos de interesses.

Ao mesmo tempo em que figura como dependente, o homem possui como característica o egoísmo. Na ânsia de saciar necessidades básicas, - e, também, as superficiais - ele ultrapassa seu campo de atuação, indo de encontro diretamente aos direitos conferidos ao seu semelhante. Este, por sua vez, numa reação contrária, busca oferecer resistência à esta ameaça no intuito de assegurar a incolumidade dos seus direitos.

Instalado o embate, cumpre ao Estado, na função primordial de mantenedor da paz social, garantir sua regulação através de mecanismos diversos, inclusive a repressão. Para evitar a auto-tutela, esta imposição deve ser feita diretamente a partir de um organismo imparcial e que se encontre afastado dos interesses envolvidos. Em conseqüência, o ordenamento jurídico passa a ganhar forma, já que a sua existência justifica-se a partir do desequilíbrio das interações interpessoais.

Dentro das ferramentas utilizadas para garantir a sustentação da ordem, evitando-se, com isso, a inércia perante o prejuízo causado por livre vontade do agressor, o Poder Judiciário lança mão da responsabilidade civil. O ser humano deve responder pela sua conduta, na medida em que a ele é conferido o livre arbítrio com o conseqüente reconhecimento da capacidade plena. A vítima não poderá ficar descoberta mediante uma ação ou omissão danosa.

A busca pela manutenção da ordem social não se concretiza tão simples como pode transparecer num primeiro momento. A contínua evolução da sociedade passa a apresentar ao indivíduo uma gama de carências muito maior do que aquela existente num passado próximo. Com isso, a insatisfação passa a ser uma constante na vida das pessoas.

Instigado pelas novidades trazidas com a evolução tecnológica e as descobertas da ciência, o homem torna-se alvo fácil de abusos e condutas consideradas desconexas com o anseio social. A incidência de comportamentos nocivos passa a ocorrer com uma freqüência cada vez maior. Em conseqüência, com o passar dos anos há, também, uma gama crescente de demandas contendo ações que agregam em si danos e prejuízos.

A garantia de proteção do homem acima de qualquer patrimônio foi conseguida a partir de

longos conflitos que estamparam marcas de sangue na história. Ao elevar o princípio da dignidade da pessoa humana ao patamar mais alto do ordenamento jurídico, o legislador reconheceu a necessidade de desvencilhar-se da ânsia de acúmulo de patrimônio para passar a agregar o devido valor à pessoa em razão da sua simples e fundamental condição de ser pessoa.

As transformações instituídas ao longo dos tempos na responsabilidade civil foram indispensáveis, porém não podem ser consideradas como suficientes. Seja com o reconhecimento da responsabilidade civil objetiva, e conseqüente desconexão da idéia de culpa; seja com o reconhecimento do coletivo como sujeito passivo deste tipo de ação, o fato é que este instituto ainda não ganhou os contornos necessários para açambarcar todos os entraves sociais.

A cada novo passo da tecnologia, o ser humano caminha para uma exposição mais ampla de direitos a ele intrínseco. A sede pela busca da satisfação individual faz com que os indivíduos esqueçam da necessidade de convívio em harmonia com o seu semelhante, desrespeitando-a. Aumentam as formas e quantidades de agressões. Isso impõe ao sistema jurídico a elaboração de escudos anteriormente desnecessários.

O dano moral é uma conseqüência direta da carência de proteção surgida no transcurso dos anos. Anteriormente desprotegido, o âmbito imaterial passou a ser merecedor de atenção por parte dos julgadores. A limitação apenas ao aspecto patrimonial já não supria as demandas sociais que eram levadas a juízo. A evolução se deu, principalmente, na forma como o ordenamento passou a encarar a responsabilidade civil. Agora, muito mais ampla do que anteriormente.

Porém, tão difícil como foi aceitar a possibilidade de ampliar a prestação jurisdicional a uma espécie de agressão que não afeta, em boa parte das vezes, o âmbito econômico é dirimir os embates existentes em seu âmago. O agravo imaterial nunca foi, e até um futuro próximo não será, algo fácil de ser digerido pelos operadores do direito. A sua intrínseca subjetividade não autoriza a norma a estabelecer parâmetros fixos para o seu regramento.

Apesar da sua incontestável existência no ordenamento jurídico, o dano moral demanda inúmeras discussões no âmbito da sua aplicação prática. Os embates mais fervorosos encontram-se na delimitação do valor, ao tempo da sua quantificação. As mais diversas teorias foram suscitadas, como, por exemplo, a que busca inserir no âmbito do dano moral um valor tabelamento para a indenização. Alguns parlamentares passaram, então, a elaborar

projetos de leis voltados, exclusivamente, à regulamentação do prejuízo imaterial. Por sua vez, há juristas que defendem a importação de preceitos constantes na doutrina alienígena para aplicação no ordenamento pátrio.

Neste sentido, o *punitive damage* apresenta-se como aquela teoria que agrega consigo um maior número de adeptos, e, ao mesmo tempo, de opiniões contrárias. Proclamada, por alguns, como uma maneira viável para garantir uma efetividade mais ampla aos danos morais na sociedade moderna, esta doutrina traz consigo opositores ferrenhos que, a partir de fundamentos diversos, suscitam a sua incompatibilidade com o sistema jurídico brasileiro.

É exatamente dentro deste conflito de opiniões que o presente trabalho procura se desenvolver. O questionamento central encontra-se na viabilidade do *exemplary damage* no âmbito do direito pátrio. Seria ela uma opção válida para, pelo menos, dirimir a problemática da quantificação dos danos morais? Esta e outras dúvidas serão trazidas à tona com a evolução dos escritos.

No capítulo segundo será possível encontrar um apanhado evolutivo da responsabilidade de uma forma geral. A partir de uma abordagem mais ampla tentou-se iniciar o caminho mediante a apresentação dos percalços enfrentados por este instituto no transcorrer dos tempos. A descrição da condução histórica conduz ao surgimento da responsabilidade civil propriamente dita e das suas características advindas das modificações introduzidas ao longo dos anos.

A inserção da proteção contra danos caracterizados como não-patrimoniais foi uma das principais transformações inseridas no âmbito da responsabilidade civil. Neste sentido, dedica-se o terceiro capítulo à sua transformação no transcorrer dos tempos. A apresentação da trilha deixada no tempo pelo dano moral é de fundamental importância. Os conflitos e os passos mais relevantes dados até o seu reconhecimento pleno se reveste de importância salutar para a continuação do trabalho.

Estabelecido os marcos históricos, urge a necessidade da apresentação dos pilares de sustentação do prejuízo não-patrimonial. Apesar de originar da mesma fonte do dano material, qual seja, o ato ilícito, o âmbito imaterial possui peculiaridades que devem ser apontadas a fim de individualizar o instituto na sua aplicação. Por isso, o capítulo quarto da obra é destinado a uma abordagem mais detalhada do dano moral. Serão apresentados os elementos para a sua configuração e características próprias como, por exemplo, a questão envolvendo a prova e legitimidade.

Ademais, apesar de ter um local próprio para expor todos os requisitos do instituto em apreço, foi, propositalmente, deixado para o quinto capítulo a abordagem referente à sua quantificação. Fonte de homéricas discussões, a missão de encontrar um valor considerado adequado é árdua e inquieta muitos operadores do direito. Em consequência, projetos de lei e doutrinas são construídos para tentar açambarcar este vácuo legal existente. Ao juiz, por sua vez, cumpre utilizar mecanismos análogos para sanar esta problemática, pois impedido ele está em negar a dirimir o conflito. Assim sendo, necessário se faz uma apuração mais minuciosa deste requisito que, atualmente, pode ser considerado como o ponto mais conturbado do dano moral.

Amplia-se os horizontes para buscar na doutrina alienígena uma solução para a problemática em questão. Porém, adequá-las à realidade nacional torna-se um desafio. Por isso, a inserção da doutrina do *punitive damage* no direito brasileiro se configura como uma tentativa bastante árdua.

Neste sentido, necessário se faz extrapolar as fronteiras para consultar a forma de sua aplicação em sua terra de origem. É impossível estabelecer parâmetros sem que antes haja uma investigação do seu funcionamento nas suas raízes. Em razão disso, o penúltimo capítulo foi destinado a apresentar o *exemplary damage* a partir da visão norte-americana. A consulta à doutrina daquele País se fez de suma importância para as conclusões construídas.

Por fim, a partir da reunião dos requisitos, opinativos, e dos preceitos do *punitive damage* foi possível erigir uma forma de pensar acerca da possibilidade, ou não, de utilizá-la no âmbito do dano moral brasileiro. Seria possível trazer esta doutrina americana para terras brasileiras? Este foi um dos questionamentos que permeou a construção do sétimo capítulo. As falhas e acertos, assim como os posicionamentos contrários e a favor, foram fundamentais para que pudesse ser exposto o pensamento constante na última parte do trabalho.

Assim, diante da dedicação e do carinho com que foi desenvolvida esta dissertação, espera-se que os objetivos traçados no seu nascedouro tenham sido atingidos. Não se busca por um ponto final na questão envolvendo a quantificação do dano moral. Essa meta seria audaciosa demais para um humilde trabalho como este. O que se visualiza, é a possibilidade de trazer subsídios para esta discussão que tanto instiga os juristas, e, quem sabe, inspirar os julgadores em suas decisões.

2 UMA VISÃO GERAL SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 ASPECTOS INICIAIS

A vida humana é uma constante sucessão de interações. Seja, por exemplo, através da inserção de novas experiências decorrentes de conhecimentos antes inexistentes, ou dos embates ideológicos travados com seu semelhante, o homem está sempre se relacionando em sociedade. Não é por outro motivo que, em razão da própria limitabilidade, uma das suas características mais marcantes é a condição de ser gregário.

A vinculação do indivíduo ao coletivo é de tal forma intensa que este acaba por tangenciar os caminhos a serem seguidos por aquele. “A ampliação gradativa dos círculos sociais em que o homem se vê envolvido no desenrolar de sua existência faz crescer, proporcionalmente, o grau de influência que a sociedade exerce em sua formação”¹.

Em contrapartida, apesar de necessária, a vida em sociedade não garante a harmonia plena dos anseios nela existentes. O livre-arbítrio possibilita a cada ser humano posicionar-se de forma diversificada diante de situações jurídicas semelhantes, agregando-lhes, para tanto, apenas anseios particulares.

Instala-se, a partir de então, o conflito de interesses que deve ser regulado e, em alguns casos, reprimido, por um poder assegurador da paz social e mantenedor da ordem. Onde não há interação entre pessoas, não poderá haver a incidência de normas jurídicas, haja vista a inexistência de qualquer embate de anseios a ser tutelado. Assim, por exemplo, na ilha onde vivia Robinson Crusoe², o Direito não possui qualquer razão que justifique a sua vigência.³

¹ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.3.

² Robinson Crusoe é fruto do célebre romance intitulado “A Vida e as Estranhas Aventuras de Robinson Crusoe”, criado por Daniel Defoe e publicado em 1719. Inspirado a partir de uma histórica verídica ocorrida com o marinheiro de origem escocesa Alexander Selkirk que fora abandonado numa ilha do arquipélago Juan Fernández, vivendo isolado e solitário durante 05 anos (1704 à 1709), o personagem literário representa o mito da solidão perante o ser humano. Após o naufrágio da sua embarcação, ele passa a vir sem qualquer companhia, apenas encontrando seu semelhante vinte e oito anos depois da sua chegada em terra firme quando se depara com o personagem de nome sexta-feira, nativo da região.

³ Sigmund Freud desenvolveu um artigo intitulado “Psicologia das Massas e a Análise do Eu” no qual ele desenvolve uma análise acerca da psicologia do grupo em relação à psicologia individual. Segundo o autor quando a análise é voltada ao coletivo é possível observar que: “Um grupo é impulsivo, mutável e irritável. É levado quase que exclusivamente por seu inconsciente. Os impulsos a que um grupo obedece, podem, de acordo com as circunstâncias, ser generosos ou cruéis, heróicos ou covardes, mas são sempre tão imperiosos, que nenhum interesse pessoal, nem mesmo o da autopreservação, pode fazer-se sentir (p.41). Nada dele é premeditado. Embora possa desejar coisas apaixonadamente, isso nunca se dá por muito tempo, porque é incapaz de perseverança. Não pode tolerar qualquer demora entre seu desejo e a realização do que deseja. Tem um sentimento de onipotência: para o indivíduo num grupo a noção de impossibilidade desaparece.

A existência de direitos se dá exatamente em decorrência da relação social. Falar em direito anterior à vida coletiva é estudar o nada. Somente a partir da interação entre duas ou mais pessoas é que surgem limites à liberdade de escolha de cada indivíduos, na medida em que o campo de atuação subjetiva de cada um deve ser respeitado, não podendo vir a sofrer ataques, nem mesmo ameaças, por parte de terceiros.

O direito é essencial ao homem enquanto *homo socialis*, isto é, ao homem considerado integrante da sociedade. O *homem sozinho* não necessita de direito ou de qualquer outra norma de conduta. Por isso, o direito *não está na natureza* do ser humano, sendo-lhe estranho e dispensável. Somente quando o homem se vê diante de outro homem ou da comunidade e condutas interferirem entre si é que exsurge a indispensabilidade das normas jurídicas, diante da indefectível possibilidade dos entrecosques de interesses que conduzem a inevitáveis conflitos.⁴ (destaques no original)

Porém, nem sempre esta intangibilidade é respeitada.

Dominado pelo egoísmo e pela ambição na busca de saciar suas necessidades particulares, o ser humano ultrapassa a “linha limítrofe” pertencente ao campo de atuação subjetiva do seu semelhante. Sendo assim, o direito torna-se compelido a dispor de mecanismos que assegurem ao sujeito passivo desta relação a interrupção da ameaça a ele perpetrada, além da restituição do seu direito ao *status quo ante*.

Como a ninguém é dado o direito de interferir no patrimônio material ou imaterial de outrem, responderá o ofensor pelo acontecimento que venha trazer prejuízos ao ofendido, surgindo então a responsabilidade civil⁵.

Um grupo é extremamente crédulo e aberto à influência; não possui faculdade crítica e o improvável não existe para ele. Pensa por imagens, que se chamam umas às outras por associação (tal como surgem nos indivíduos em estados de imaginação livre), e cuja concordância com a realidade jamais é conferida por qualquer órgão razoável. Os sentimentos de um grupo são sempre muito simples e muito exagerados, de maneira que não conhece a dúvida nem a incerteza.” (grifo no original) (FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e a análise do eu*. Disponível em: <<http://www.traco-freudiano.org/tra-lacan/formacoes-inconsciente/sem-25-04junho1958.pdf>>. Acesso em: 15. jan. 2008).

⁴ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 5-7.

⁵ J.J Calmon de Passos, em seu artigo intitulado “o imoral nas indenizações por dano moral”, apresenta ao leitor a passagem bíblica envolvendo Caim e Abel, agregando a ela o título de marco inicial do instituto da responsabilidade civil. Segundo o autor: “o relato bíblico consigna também esse primeiro momento. No episódio de Abel e Caim, está o começo da história da nossa responsabilidade. Abel, que sem dúvida morreria um dia, morreu, contudo por ato de vontade de Caim. Por isso, Deus o interpelou perguntando-lhe sobre seu irmão. E pouco lhe valeu ter respondido: *serei eu acaso guardião do meu irmão?* Foi amaldiçoado, por haver matado o que ainda não tinha chegado à hora de seu perecimento, segundo o imperativo das leis que obrigam inelutavelmente tudo quanto existe.” (PASSOS, Calmon J. J. O imoral nas indenizações por dano moral. In: AUGUSTIN, Sérgio (coord). *Dano Moral e sua quantificação*. 4. ed. rev. amp. Caxias do Sul: Plenum, 2007, p.167).

Assim, sendo capaz, o homem torna-se, também, plenamente responsável por suas atitudes⁶. A partir do momento em que lhe é conferida a prerrogativa de relacionar-se de forma livre com os seus semelhantes, também deve ser agregada a obrigação de responder pelas conseqüências decorrentes da prática do ato danoso que, sem a sua vontade, jamais teria ocorrido.

2.2 DO ATO ILÍCITO⁷

Nem todo comportamento humano adequa-se de forma perfeita aos anseios sociais. É, exatamente a partir desta desobediência que surge a base para a configuração do ato ilícito⁸, porém ela não é por si só suficiente para delinear a ilicitude. Há situações em que, mesmo atingindo a incolumidade da esfera jurídica de terceiros, não poderá lhe ser agregada qualquer repreensão jurídica. Nestes casos, mesmo que haja produção de danos não existirá ilicitude⁹.

Nesta esteira, ao ser praticado um ato em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido, não será possível falar em configuração de ato ilícito. A mesma regra é aplicada quando, em razão de perigo iminente, a ser afastado, houver deterioração ou

⁶ Vale lembrar que além de responsável pela prática de seus próprios atos, há situações nas quais a pessoa capaz é responsável também por atos praticados por terceiros. São casos específicos previstos legalmente como os pais em relação aos filhos menores, tutores e curadores em relação aos pupilos e curatelados. Este tipo de responsabilidade é denominada indireta, pois como já dito, ela não decorre de ato praticado pelo responsável, mas sim por outrem a ele vinculado.

⁷ Cristiano Chaves, em sua obra *Direito Civil*, defende que a terminologia correta a ser utilizada deva ser fato ilícito e não ato ilícito. Segundo o autor: “é que a ilicitude pode decorrer, também, de situações em que eventos puramente imputados à natureza implicam contrariedade ao direito e, por conseguinte, caracterizam a ilicitude. Exemplo de fato *stricto sensu* ilícito pode ser formulado através da *avulsão* que gere dano ao imóvel avolto, que recebeu a porção de terra deslocada abruptamente Neste caso, há fato jurídico em sentido estrito (decorre da natureza), cuja conseqüência é ilícita, dele decorrendo o dever de indenizar” [...] “Também é possível visualizar a figura do *ato-fato ilícito*, quando há contrariedade ao direito a partir de um ato-fato, iniciado pelo sujeito, porém para cuja produção de efeitos a norma jurídica abstrai a vontade de praticá-lo, considerando, apenas seu resultado.” (FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil: teoria geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 514).

⁸ Sobre o tema, Marcos Bernardes de Mello sentencia que “para configurar a contrariedade a direito caracterizadora da ilicitude, não importa a que ramo do direito pertença a norma jurídica violada; *não há diferença ontológica entre ilícito civil, penal, administrativo ou qualquer outra espécie*, em razão da contrariedade a direito.” [...] “porque todos têm o mesmo cerne sob o aspecto da contrariedade a direito, a distinção que se faz entre eles é meramente metodológica, estabelecendo-se em razão da natureza da norma jurídica incidente sobre o suporte fático concreto. Assim, será peal o ilícito quando incidentes normas de direito penal, como será administrativo quando se contrariam normas de direito administrativo. Para os demais casos de ilícitos reserva-se, genericamente, a expressão *ilícito civil*. A substância ontológica de todos eles é a mesma, no entanto.” (MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 220).

⁹ Esta regra é referente ao artigo 188 do Código Civil que determina: “Não constituem atos ilícitos: I- os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II- a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único: No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.”

destruição de coisa alheia ou lesão à pessoa desde que seja tal atitude absoluta e estritamente necessária para esquivar-se da ameaça¹⁰.

Isso implica em dizer que a idéia de contrariedade do direito é mais abrangente do que a de ilicitude.

Ao analisar o tema ora proposto deve-se ter em mente que a conceituação de ilícito é ampla e abrange os diversos ramos do direito. A divisão estanque entre o patamar civil e o penal possui aspectos meramente acadêmicos e doutrinários. A prática de uma conduta contrária à determinação normativa poderá incidir concomitantemente nestas duas esferas, dependendo apenas da vastidão do dano por ela provocado. “A diferença fundamental entre os ilícitos reside na aplicação do sistema sancionatório, pois o direito penal pode afetar a liberdade da pessoa do infrator, como o direito de ir e vir, enquanto que o âmbito civil irá atingir sua esfera pessoal, sua subjetividade, mas preferencialmente o seu patrimônio.”¹¹

Neste mesmo sentido Caio Mário sintetiza que inexistente diferença substancial entre ambos, mas apenas em relação ao resultado imputado à consciência do agente quando:

Assinala-se, porém, uma diversificação que se reflete no tratamento deste, quer em função da natureza do bem jurídico ofendido, quer em razão dos efeitos do ato. Para o direito penal, o delito é um fator de desequilíbrio social, que justifica a repressão como meio de restabelecimento: para o direito civil, o ilícito é um atentado contra o interesse privado de outrem, e a reparação do dano sofrido é a forma indireta de restauração do equilíbrio rompido.¹²

O ato ilícito surge a partir de uma conduta voluntária, que, por sua vez pode ser uma ação ou uma omissão, conforme estabelece o art. 186 do Código Civil¹³. Não há que responsabilizar um agente que não externou a sua vontade, mesmo que tal pensamento seja voltado à ocorrência de um dano.

O fundamento lógico da disposição genérica do art. 186 do Código Civil

¹⁰ O Código Penal Brasileiro elenca em seu art. 23 algumas situações nas quais, ao praticá-las o sujeito estará isento de sofrer imposição sancionatória por parte do sistema jurídico. Eugênio Raúl Zafaroni e José Henrique Pierangeli verberam que “assim como o tipo proibitivo requer uma congruência entre seus aspectos objetivos e subjetivos, também ela é requerida no tipo permissivo, nele abarcando aspectos cognoscitivos que são pressupostos necessários dos volitivos. Os elementos particulares dependem de cada tipo permissivo em especial: assim, a legítima defesa requer o reconhecimento da situação de defesa e a finalidade de defender-se; o estado de necessidade requer o reconhecimento da ameaça sobre o bem maior e a finalidade de evitá-lo, etc.” (ZAFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal*: parte geral. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 545).

¹¹ LEITE, Gisele. *Considerações sobre ato ilícito*. Jus Vigilantibus. Vitória, 22 jan. 2006. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/19847>. Acesso em: 05 jun. 2007.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: fonte das obrigações. 3. ed. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 452-453.

¹³ Artigo 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

reside na necessidade prática de que sejam alcançadas, na ordem civil, todas as espécies possíveis de violações de direitos que resultem danos, materiais ou imateriais, em razão da impossibilidade concreta de se preverem e definirem todas as hipóteses de direitos e deveres infringíveis. A amplitude da norma do art. 186 permite que se tenham como incluídas na categoria de ilícitos todas as situações em que direitos, dos mais concretos aos mais abstratos, como os direitos transindividuais (chamados, comumente, interesses difusos), sejam violados.¹⁴

Sendo assim, pode-se afirmar, em sentido amplo¹⁵, que o ato ilícito é o comportamento humano – ação ou omissão – que, ao ser deflagrado, não se encontra de acordo com a expectativa da norma. Pode ser eivado de dolo ou de culpa, pouco importando se o agente praticou com intenção latente ou se o mesmo foi fruto de mero desleixo. No que se refere à previsão normativa, esta pode ser tanto contratual, como legal.

Uma vez atingida a incolumidade do âmbito jurídico de terceiros, e causando danos que podem ser patrimoniais ou morais, incidirá sobre o ofensor a responsabilidade civil contratual ou aquiliana¹⁶, a depender de qual modalidade de fato gerador tenha sido transgido. O sujeito ativo do ilícito torna-se obrigado a prover o retorno da situação jurídica do ofendido ao seu *status* anterior, seja através do instituto da indenização ou pelo ressarcimento do bem ofendido.

O ato ilícito não poderá ser considerado como uma simples declaração de vontade. Ele é um ato voluntário derivado de uma conduta, pois, para sua configuração, é necessária uma ação ou omissão por parte do ofensor. É um comportamento positivo ou negativo que afeta diretamente o anseio legal, penetrando na área de proteção da intangibilidade dos direitos de terceiros.

¹⁴ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da existência. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 233.

¹⁵ Sérgio Cavalieri aponta da direção de que a conceituação clássica de ato ilícito não mais abarca as situações fáticas com a necessária exatidão. Para tanto ele conclui que “o conceito estrito de ato ilícito, tento a culpa como um dos seus elementos, tornou-se insatisfatório até meso na responsabilidade subjetiva. Em sede de responsabilidade civil objetiva, cujo campo de incidência é hoje vastíssimo, só tem guarida o ao ilícito *lato sensu*, assim entendido como a mera contrariedade entre a conduta e a ordem jurídica, decorrente de violação de dever jurídico preexistente.” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade civil*. 6. ed. rev. aum. atual. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Malheiros Editores, 2006, p. 33).

¹⁶ Os tipos de responsabilidade serão apresentados no transcórre do presente trabalho. Porém para uma compreensão mais detalhada afirma-se que a responsabilidade civil contratual é aquela decorrente de descumprimento de obrigações derivadas de emanações de vontade, enquanto a aquiliana é resultado da infringência à uma determinação legal.

2.2.1 Aspectos do ato ilícito

Sérgio Cavaliéri Filho aponta que a doutrina, até os dias atuais, ainda digladiava-se em torno da conceituação do que venha a ser o ato ilícito. Segundo seus estudos, doutrinadores clássicos como Caio Mário e Antunes Valera apontam no sentido de vincular o conceito de ato ilícito ao de culpa, o que causa grandes conflitos quando se aborda a temática referente à responsabilidade civil objetiva, já que, nesta hipótese, não há que se falar em aspectos subjetivos do agressor.¹⁷

A transformação social fez com que a tradicional responsabilidade subjetiva, informada pela teoria da culpa e por um princípio de imputabilidade moral, se mostrasse insuficiente para a tutela das situações jurídicas presentes numa sociedade de grandes massas e, cada vez mais, de consumo. Dentro desta nova realidade social, a reparação da vítima não mais poderia ser engessada num sistema em que a indenização dependesse, em qualquer hipótese de uma prova (quase impossível) pra identificar quem, de fato, agiu de forma culposa.¹⁸

O ato ilícito, portanto, deve ser observado sob dois aspectos: o objetivo e o subjetivo. Esse duplo enfrentamento seria indispensável para a configuração desta espécie de ato jurídico.

No primeiro caso há de ser considerada apenas a conduta propriamente dita em detrimento da vontade do legislador, ou seja, a sua desconformidade com a previsão normativa. “Aqui, leva-se em consideração apenas se certa conduta – ou o resultado desta – é socialmente vantajosa ou nociva.”¹⁹. Em outras palavras, sendo contrário ao desejo emanado pelo legislador, deverá tal atividade inserir-se nesta espécie de ato, já que esta antijuridicidade é valorada de acordo com determinados valores sociais.

Sempre que há transgressão a uma previsão existente, haverá ofensa a um bem jurídico protegido pelo legislador, desde que comprovado o liame conector entre a conduta e o resultado obtido.

Por sua vez, no aspecto subjetivo, voltar-se-á para o juízo de valor agregado à conduta ilícita, o que implica em dizer que somente será considerado passivo de intervenção judicial o comportamento que vier acompanhado da vontade do agente de atingir aquele resultado. Para que haja a configuração da responsabilidade civil do agente, além do dano e do nexo de

¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade civil*. 6. ed. rev. aum. atual. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Malheiros Editores, 2006, p. 30.

¹⁸ TOLOMEI, Carlos Young. A noção de ato ilícito e a teoria do risco na perspectiva do Novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. (coord.). *A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.360.

¹⁹ *Ibidem*, p. 32.

causalidade existente entre ele e a conduta, será necessária a observância do aspecto volitivo, ou seja, a identificação de dolo ou culpa por parte do sujeito ativo.²⁰

A norma legal, em seu art. 186, estampa como um dos elementos do ato ilícito a ação ou omissão do agente que, por sua vez, nada mais é do que a delineação de uma atitude culposa ou dolosa. “A conduta ativa geralmente constitui-se em ato doloso ou imprudente, enquanto a conduta passiva é estampada normalmente pela negligência”²¹. Porém, apesar deste não ser o momento ideal para tal abordagem, necessário se faz alertar no sentido de que o elemento subjetivo da culpa não transparece mais como fundamental para a configuração da responsabilidade civil.

Seja através da obediência a um comportamento legal desejado, ou da execução de um ato contrário à norma, é necessário frisar que o ato ilícito pode decorrer tanto a partir de um conjunto de atos, como oriundo de apenas uma única prática.

Ademais, para que haja a configuração do ato ilícito e, conseqüentemente, do dever de indenizar, é indispensável a existência do nexó de causalidade. Há situações, como no caso da culpa exclusiva da vítima, que, apesar da existência do dano, não haverá o dever de indenizar, pois há uma mitigação deste segundo elemento.

Por fim, é indispensável a presença do dano. “Não existindo dano, para o Direito Privado o ato ilícito é irrelevante.”²². Seja no aspecto patrimonial, como no aspecto moral, a configuração do dano é precedente indispensável para a concretização do ato ilícito.

Assim, após esta abordagem sumária, torna-se necessário dar continuidade ao desenvolvimento da presente obra para adentrar no conteúdo atinente à responsabilidade civil, onde serão novamente analisados tais tópicos de forma mais apurada. Porém, antes de cumprir com a orientação metodológica aqui delineada, não se pode furtar em tecer comentários, por mais breves que sejam, acerca do abuso de direito, pois somente desta forma será possível abarcar de maneira mais ampla o conteúdo constante no Título III do Livro III do Novo Código Civil.

²⁰ Orlando Gomes, em sua obra *Introdução ao Direito Civil*, elenca mais um elemento ao rol apresentado. Segundo este autor, além da ação ou omissão do agente; da culpa do agente e do dano a outrem, haverá a violação de norma jurídica de direito privado. (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. rev. atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.438).

²¹ VENOSA, Sílvio de Sávio. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. atual de acordo com o novo código civil. estudo comparado com o código civil de 1916. São Paulo: Atlas, 2003, p. 593.

²² *Ibidem*, p. 594.

2.3 DO ABUSO DE DIREITO

Uma das novidades trazidas com a vigência do Novo Código Civil está na previsão expressa constante no art. 187 do chamado abuso de direito. Apesar de atualmente ser esculpido no título referente aos atos ilícitos, este instituto não possuía previsão no diploma normativo antecessor²³, mesmo sua existência remontando ao século XIX com a doutrina e jurisprudência francesa.

A liberdade de exercício dos direitos, tão almejada pelos burgueses da época, passou a ser encarada como uma forma legítima de agressão a direitos do semelhante. A sociedade convivia com a prática feroz e intangível do individualismo. Sendo assim, tornou-se necessária a intervenção do direito no sentido de estancar este comportamento, a partir da formulação de uma teoria que viesse a regular tais liberdades.

A atual denominação “abuso de direito” é de autoria do autor belga Laurent²⁴ que a instituiu para nomear diversas questões esculpidas pela jurisprudência francesa²⁵ na vigência inicial do Código de Napoleão onde, apesar de reconhecida a existência do direito do sujeito passivo processual, este era condenado pela Corte em razão de irregularidades constantes no exercício destas prerrogativas.

Outra colaboração bastante salutar veio com a doutrina Alemã que a partir de estudos baseados em comportamentos socialmente reprováveis, à semelhança do que ocorreu na França, passou a instituir em seu Código Civil – BGB – previsões tais que viessem a mitigar o exercício exacerbado do direito por parte do seu titular.²⁶

²³ Vale salientar que mesmo antes do Código Civil atual, o Código de Defesa do Consumidor já possuía previsões em seu corpo normativo que delineavam o abuso de direito, conforme pode ser constatado nos arts. 6º, IV; 28; 37; 51; 60 e 67 da Lei Consumerista.

²⁴ Diversos autores remontam a autoria do termo em questão ao civilista Belga. Por todos eles, vide CORDEIRO, Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. v. 2. Coimbra: Almedina, 1984, p. 670.

²⁵ Neste sentido, afirma Ricardo Seibel de Freitas Lima: “ocorre, porém, que o Código de 1804 não só não compreendia qualquer referência ao abuso de direito, como sequer consagrava limitações genéricas aos direitos subjetivos, razão pela qual é de se considerar a originalidade da construção jurisprudencial francesa, formulação inicial da moderna teoria do abuso do direito” [...] “Assim, respectivamente em 1908 e 1920, condenou-se um proprietário de uma oficina de chapéus que provocava evaporações desagradáveis à vizinhança, e um construtor de fornos que, pela ausência de precauções, causava danos a morador confrontante. Em 1853, temos a célebre decisão que condenou o proprietário que construiu, em seu terreno, uma falsa chaminé para vedar a luz do dia de uma janela do vizinho. Entre inúmeras outras decisões, cite-se outra famosa, confirmada pela Corte de Cassação em 1915, pela condenação, por abuso do direito, do proprietário que erguera, em seu imóvel, uma estrutura com barras de ferro destinada a danificar os dirigíveis construídos pelo vizinho.” (LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Pautas para a interpretação do art. 187 do novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.838, ano 94, ago.2005, p.18).

²⁶ Ao sintetizar a evolução sentida pelo Direito Alemão sobre o abuso de direito, Ricardo Seibel de Freitas afirma que: “o abuso de direito na Alemanha, não nasceu de um aprofundamento doutrinário em termos centrais

Apesar de todo o seu desenvolvimento ocorrer no transcurso do século XX, o abuso de direito passou a ser germinado no período medieval, com sua constatação feita a partir dos atos denominados de emulativos (*aemulatio*), ou seja, aqueles praticados com intuito deliberado de causar prejuízos a terceiros. Num momento em que o Estado encontrava-se atrofiado, qualquer anseio social tornava-se fonte de conflitos e exacerbação de poder. Sendo assim, era por demais comum a prática de atos que em vez de objetivar alcançar um benefício para o sujeito ativo, buscavam, flagrantemente, prejudicar o sujeito passivo.

Fora, portanto, através das normas da *aemulatio* que se intentou a relativização do direito subjetivo de propriedade, o qual, até então, era compreendido de maneira absoluta. Dessa forma, passou-se a relativizar o direito subjetivo, deixando de lado seu caráter absoluto a fim de se iniciar o império da função social dos direitos.²⁷

O transcorrer dos tempos foi o responsável por toda a evolução, ainda que lenta e gradativa, do abuso de direito. Desde o direito medieval, passando de “forma tímida” pelo direito romano²⁸, o instituto foi sendo fecundado até eclodir no famoso caso Clement Bayard, datado de 1912, que é apontado pela doutrina como sendo o *leading case* no que se refere à aceitação taxativa da teoria do abuso de direito.²⁹

Neste sentido, pode-se afirmar que, desde a sua origem, o abuso de direito, configura-se como um instrumento viável para evitar a incidência demasiada de um ato volitivo que viesse a trazer nocividade ao campo de atuação de outrem. Ao comentar sobre o tema, Rui Stoco traz à baila ensinamentos de Pontes de Miranda que sintetizam de forma perfeita a idéia do instituto ao afirmar que “quando o legislador percebe que o contorno de um direito é demasiado, ou que a força, ou intensidade, com que se exerce é nociva, ou perigosa a extensão em que se lança, concebe as regras jurídicas que o limitem, que lhe ponham menos avançados os

relativamente ao próprio conceito de abuso, mas, ao contrário, foi construído pela sedimentação jurisprudencial e doutrinária de uma série de situações tipicamente abusivas, reconduzidas principalmente à boa-fé objetiva como princípio e critério jurídico distintivo e basilar para a configuração das hipóteses.” (*Ibidem*, p. 19).

²⁷ BARROS, João Álvaro Quintiliano. *Abuso de direito*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 727, 2 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6944>>. Acesso em: 08 jul. 2007.

²⁸ No que se refere à existência do abuso de direito, no direito romano, Paulo Nader afirma que: “a figura do abuso do direito, se não chegou a ser teorizada pelos romanos, pelo menos foi conhecida do ponto de vista doutrinário”. (NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 404.).

²⁹ Segundo prelecionam, tal julgamento ocorreu na Corte de Amiens, no início do século XX. Clement Bayard era proprietário de uma área de terras que tinha como zona limítrofe um campo de pouso de dirigíveis e balões. Incomodado com a situação de ter sobre a sua propriedade balões sobrevoando-a diariamente, Clement Bayard decidiu, deliberadamente e sem qualquer justificativa plausível – a não ser a sua irritação – construir lanças enormes que possuíam suas extremidades pontiagudas, objetivando atingir os balões e dirigíveis que tentassem pousar na área ao lado da sua propriedade, colocando em perigo as aeronaves. Ao ser levado o caso ao Tribunal, a corte reputou abusiva tal conduta, constatando o exercício anormal do seu direito de propriedade.

marcos, que lhe tirem um pouco da violência ou do espaço que conquista.”³⁰

2.3.2 O Abuso de direito no direito brasileiro.

No que se refere ao direito brasileiro, conforme dito anteriormente, não existia previsão expressa do abuso de direito ao tempo do Código de Beviláqua. À época, havia o tratamento legal referente aos atos ilícitos em apenas dois dispositivos: um tratava do aspecto geral a partir de uma previsão mais abstrata (art. 159), enquanto que o outro se referia a alguns casos que excluía a ilicitude ou contrariedade do ato praticado. (art. 160)³¹.

Partindo desta escassez legal, a identificação do abuso de direito se deu de forma reflexa à previsão constante no art. 160 do diploma revogado. Segundo o seu inciso I, “não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”. Isso implicava dizer que, a contrário senso, não havendo a subsunção da norma ao ato praticado este se adequaria nos moldes do instituto do abuso de direito.³²

A influência mais marcante da disposição em pauta parece ser a doutrina francesa, especialmente na vertente expressada por Saleilles, que identifica o abuso como o exercício anormal do direito, tanto que o art. 160, I, se refere ao uso irregular de um direito. A tradição germânica, que em outras partes influenciou a elaboração de nosso Código de 1916, nesse ponto não se fez tão presente.³³

A ausência de apuramento maior por parte do legislador civil pátrio fez com que pouco se desenvolvesse a teoria atinente ao abuso de direito. Apesar de estar evidente que todo direito deve ser considerado relativo quanto ao seu exercício, mesmo diante do seu caráter absoluto, não houve uma dedicação maior quanto aos estudos sobre tema, que, por sua vez, passou a ganhar forma, à semelhança do que ocorreu com os franceses, quase que exclusivamente, a partir de decisões emanadas pelos Tribunais.

Os crescentes reclames sociais quanto a atos praticados além do limite considerado como

³⁰ STOCO, Rui. *Abuso do Direito e Má-fé Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 56.

³¹ Art. 159, CC/16 “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código”

Art. 160 CC/16 “Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente”

³² Caio Mário aponta a existência de outro exemplo de abuso de direito constante no Código Civil de 1916. Segundo ele, o art. 554 previa uma hipótese de configuração do instituto em questão quando mencionava que “o proprietário, ou o inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam”. Em outras palavras seria o mesmo que dizer que ao possibilitar esta interferência do inquilino sobre o direito de propriedade do vizinho, dentro das hipóteses ali estabelecidas, estaria o legislador legitimando a teoria do abuso de direito.

³³ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Pautas para a interpretação do art. 187 do novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.838, ano 94, ago.2005, p. 21.

suportável passaram a pressionar o legislador pátrio quanto à orfandade legal relativa ao tema. A necessidade do regramento expresso era evidente. Não foi por outra razão, que a partir da vigência do Código Civil de 2002, o sistema jurídico pátrio passou a contar com a previsão expressa constante do art. 187 acerca do Abuso de Direito.

É justamente essa "lógica" que vem rompida pelo novo Código Civil. Alterou-se, profunda e significativamente, o regime da ilicitude, seja ao estatuir a regra do art. 187, seja ao desconectar, metodologicamente, a consequência geral (isto é, o dever de indenizar) da ilicitude, inserindo-a em título próprio (art. 927 e ss). Daí não ser "indispensável", para os efeitos da tutela conferida pelo art. 187, nem a ocorrência de um evento danoso, nem que o mesmo tenha sido causado por culpa: o art. 187 não é, nem de longe, a "reprodução" do art. 160, inciso I, do Código de 1916 (cuja regra foi apreendida, de resto, no art. 188 do novo Código), não estando, bem assim, limitado à versão subjetiva da Teoria do Abuso, de construção francesa, mas à doutrina do *exercício inadmissível de posições jurídicas*, que não se limita a operar com a noção de "direito subjetivo", preferindo a categoria das "situações jurídicas subjetivas", existenciais e patrimoniais.³⁴

Atualmente, para o ordenamento civil, o ato ilícito, é formado a partir de dois pilares: um decorrente da cláusula geral de ilicitude configurada a partir da culpa ou do dolo do agente, previsto no art. 186, e o outro relacionado ao abuso de direito constante no art. 187³⁵. Este último, por sua vez, caracteriza-se por ser objetivo³⁶, ou seja, independe da intenção do agente para que sejam delineados seus contornos, mas apenas o excesso manifesto. Neste sentido, comenta Ricardo Seibel de Freitas “que o art. 187 deve, sem dúvida, ser concebido como um modelo jurídico aberto e como uma cláusula geral, informada pelos princípios fundamentais e inserida nesse sistema aberto e móvel que está na base da idealização do novo Código Civil”.³⁷

O mais relevante, porém, é observar que nesse novo modelo a ilicitude não

³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no NCC (estruturas e rupturas em torno do art. 187)*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?op=true&cod=1726>. Acesso em: 01 jun. 2007.

³⁵ Art. 186, CC/2002 “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Art. 187, CC/2002 “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”

³⁶ Em sentido contrário há uma parte da doutrina, a exemplo de Humberto Theodoro, que afirma que o abuso de direito possui características subjetivas: Neste sentido, aponta o autor que o sistema jurídico atual “adotou claramente a orientação preconizada pela teoria subjetivista do abuso de direito. Primeiro ela definiu o ato ilícito absoluto, como fato humano integrado pelo elemento subjetivo (culpa) (art. 186). Em seguida, qualificou, de forma expressa, o exercício abusivo de direito como um ato ilícito (art. 187). (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. vol. III, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.118).

A corrente que assegura o caráter objetivo ao ato ilícito foi sedimentada a partir do enunciado 37 da I Jornada de Direito Civil que determina: “a responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

³⁷ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Pautas para a interpretação do art. 187 do novo Código Civil.. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.838, ano 94, ago.2005, p. 24.

é apenas "ilegalidade" nem "contrariedade culposa a preceito contratual", pressupondo uma idéia de direito subjetivo que – integrante das complexas situações jurídicas subjetivas, existenciais ou patrimoniais – não é "poder da vontade", antes situando-se na *integração de liberdades coexistentes*, como algo que já nasce "conformado" no jogo de ponderações entre os diferentes princípios que se põem como vetores axiológicos fundamentais do ordenamento.³⁸

Para que não venha a cair no pecado de fugir ao tema aqui proposto e, conseqüentemente, descarrilar do pensamento ora em desenvolvimento, torna-se imperioso abrir mão da análise das teorias negativistas e positivistas referente ao abuso de direito. Parte-se, portanto, diretamente para a apresentação do conceito esculpido pelo professor Cristiano Chaves a partir das palavras de Heloísa Carpena quando afirma que o abuso de direito nada mais é do que:

aquele pelo qual o sujeito excede os limites ao exercício axiológico, ou seja, o abuso surge no interior do próprio direito, sempre que ocorre uma desconformidade com o sentido teleológico, em que se funda o direito subjetivo. O fim - social ou econômico – de um certo direito subjetivo não é estranho à sua estrutura, mas elemento de sua própria natureza.³⁹

Tomando como base tal determinação conceitual percebe-se claramente que, no que se refere ao abuso de direito, não há uma transgressão direta à previsão normativa. Nestes casos, o sujeito estaria, em princípio, agindo no exercício de seu direito, porém violando os valores que justificam o reconhecimento desse direito pelo ordenamento jurídico.

Afirma-se, portanto, que, no ato ilícito há inobservância de limites lógico-formais, enquanto que no abuso de direito esta “desobediência” ocorre num patamar axiológico-material.⁴⁰ Neste sentido, alerta Heloísa Carpena: “a doutrina do abuso do direito está em sintonia com a mudança da racionalidade jurídica, que se dirige à superação do ideal de completude do ordenamento, ícone do positivismo e da conduta liberal, que não encontra guarida no direito civil contemporâneo.”⁴¹

³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*

³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil: teoria geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 519.

⁴⁰ CAPERNA, Heloísa. O abuso do direito no Código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPELINO, Gustavo. (coord). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 377-396.

⁴¹ Ademais, continua a autora a sua análise afirmando que: “é fácil verificar que há inúmeras hipóteses a partir das quais pode ser delineado o abuso de direito. Sendo assim, o legislador pátrio optou por um sistema aberto de identificação do ato praticado como abuso de direito, deixando ao aplicador a possibilidade de constatar a sua existência perante os conflitos cotidianos, ao revés de descrever taxativamente suas hipóteses de incidência. Sendo assim, tornou-se necessário o preenchimento do conceito do que venha ser exercício ilegítimo do direito, relacionando-o diretamente ao caso concreto, a fim de constatar o transbordamento dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Percebe-se claramente que o abuso de direitos apresenta-se como um instrumento hábil para o balizamento, e até mesmo a correção, de possíveis desvios morais fomentados a partir da prática de um direito inerente ao seu titular, mas que tem seu exercício distorcido pelo mesmo. “Desse modo, cada direito tem de ser exercitado com respeito ao seu espírito peculiar, sem desvio de finalidade ou de sua inafastável função social”⁴², não podendo esquecer, também, da sua estreita relação com o instituto da boa-fé objetiva que serve como parâmetro para a identificação dos atos anti-jurídicos.

Verifica-se, assim, que a adoção do abuso de direito pelo legislador civil busca adequar a norma ordinária ao estudo constitucional que deve permear todo o ordenamento jurídico pátrio. Isto porque, ao utilizar-se de conceitos abertos, vinculados a princípios basilares como o da boa-fé e o da função social, o legislador ordinário deu uma maior volatilidade à, antes engessada, engrenagem civil, possibilitando uma acessibilidade maior às constantes mutações sociais.

Diante de todos estes parâmetros, torna-se cristalina a importância do estudo da teoria em questão para o desenvolvimento da temática proposta. Ao suscitar as influências da boa-fé⁴³,

Os princípios contêm os valores que fundamentam o ordenamento, valores estes que se encontram em grande parte constitucionalizados e representam verdadeiros “vetores de aplicação da lei”, garantidores da unidade e coerência do sistema. O conteúdo axiológico a Constituição constitui o fundamento da ordem jurídica positiva, obrigando o julgador a resolver as questões que lhe são submetidas a partir da investigação desses valores. Essa valoração constitui expressão da normatividade dos princípios e permite a atualização do ordenamento como um todo, alcançando-se efetividade pela constante adequação às exigências de nosso tempo” (*Ibidem*, p. 383-384).

⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil: teoria geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 520.

⁴³ Numa abordagem bastante superficial pode-se afirmar que a expressão “boa-fé” foi cunhada inicialmente em primórdios bastante remotos que datam do império romano e era decorrente do termo “fides” que, por sua vez, significava, confiança, honestidade, lealdade, sinceridade.

Porém, com a Idade Média, a boa-fé foi bastante mitigada, já que, com a hegemonia da Igreja Católica, ela passou a ser considerada como significado de ausência de pecado. Com isso, deixou de ser aplicada à posse ou às obrigações, restringindo-se apenas a acordos meramente consensuais.

Ainda neste período histórico, a burguesia ganha grande ascensão, absorvendo o princípio da boa-fé em razão da autonomia da vontade. A ideologia de que os contratos faziam lei entre as partes e esta era suprema impedia o Estado de intervir nas relações. Este comportamento em relação à boa-fé continuou durante o período das codificações, que, com o absolutismo legal, não concebia o devido espaço para o desenvolvimento deste princípio. A grande reviravolta se deu com o BGB que esculpiu em seu § 242 previsão acerca da boa-fé.

Apesar de distanciar algumas décadas, quando se refere ao Brasil, somente é possível encontrar qualquer previsão acerca da boa-fé a partir da Constituição Federal de 1988 que, ao promover uma reinterpretação do ordenamento civilista, a partir da inserção do princípio da dignidade da pessoa humana, deu força ao princípio da boa-fé. Atualmente ele é considerado um dos princípios de maior importância e influência no ordenamento jurídico, reflexo da nova inserção da ética no fenômeno jurídico.

Hoje, sua existência se dá em duas vertentes: a boa-fé subjetiva e objetiva. Porém numa conceituação ampla e unitária, pode-se afirmar que ela busca pautar um comportamento voltado à moral social. Flávio Alves Martins preceitua com o seguinte posicionamento: “A boa-fé guarda em si uma antiga e (hoje) notória distinção entre a chamada boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. Aquela, considerada como a concepção na qual o sujeito ignora o caráter ilícito de seu ato, esta, um pouco mais exigente, considera-se como a que não protege o sujeito que opera em virtude de um erro ou de uma situação de ignorância o seu comportamento não é o mais adequado conforme a diligência socialmente exigível”. (MARTINS, Flávio Alves. *Boa-fé e sua formalização no direito das obrigações Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000, p. 16).

dos bons costumes⁴⁴ e da função social⁴⁵, o legislador trouxe indiscutível carga valorativa social aos direitos tratados, mais especificamente, no direito civil, sejam eles individuais ou coletivos.

Não é por outra razão que Heloísa Caperna afirma que “todo e qualquer ato jurídico que desrespeite tais valores, ainda que não seja ilícito por falta de previsão legal, pode ser qualificado como abusivo, ensejando a correspondente responsabilização.”⁴⁶

Por fim, frise-se que, apesar da diferenciação doutrinária existente entre o ato ilícito e o abuso de direito – mesmo tendo o Código Civil esculpido sua previsão normativa dentro do título dos atos ilícitos –, perfila-se com o posicionamento de que ambos os casos deságuam na ocorrência de responsabilização civil por parte daquele que pratica tal ato, lembrando sempre que no abuso de direito tal responsabilização configura-se como objetiva.⁴⁷

2.4 DA RESPONSABILIDADE

A vida em comunidade exige respeito a uma gama de direitos alheios, que devem ser mantidos incólumes para que haja o estabelecimento de uma ordem social. Somente a partir desta limitação é que será possível separar aqueles atos considerados como permitidos dos

⁴⁴ O termo “bons costumes” apresenta-se como sendo de conceito aberto, o que dificulta em muito a delimitação de parâmetros estanques o que demandaria uma análise muito mais aprofundada, extrapolando, assim, os objetivos deste trabalho. A sua volatilidade coaduna-se com a evolução social. Não há como dizer o que é efetivamente bons costumes, na medida em que com as transmutações que ocorre no âmbito social, a sua definição também acompanha este comportamento. Os “bons costumes” conforme determina a Lei de Introdução ao Código Civil deverá ser utilizada em caso de lacuna legal, orientando o julgador na hora de adotar um posicionamento diante do conflito que lhe é apresentado.

⁴⁵ A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, o País acompanhou um fenômeno inspirador de todo o ordenamento jurídico denominado de funcionalização. A própria Carta Magna trás em diversos momentos do seu texto a expressão função social, como, por exemplo, no caso da propriedade. Isso decorre dos chamados “direitos de terceira geração” que, por sua vez, possuem como características a solidariedade e fraternidade social. Neste mesmo trilhar, o Código Civil de 2002, valoriza a funcionalização com previsões diversas, como a estampada no art. 421 que trata da função social do contrato.

Em linhas gerais, a conceituação da função social surge a partir da prevalência do interesse público sobre o privado e a conseqüente magnitude do proveito coletivo em relação ao individual. Há portanto uma tendência a buscar a abordagem massiva, causando fissuras no antigo brocardo latino “*suum cuique tribuere*”. A natureza distributiva, com a conseqüente, tentativa de inclusão social dos excluídos, é uma ferramenta bastante importante para assegurar a meta de cumprimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Assim, pode-se dizer que a funcionalização do direito vem de encontro ao pensamento burguês, antes dominante, de manutenção hegemônica da capacidade econômica em detrimento à pessoa.

⁴⁶ CAPERNA, Heloísa. O abuso do direito no Código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. (coord). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 394.

⁴⁷ Cristiano Chaves de Farias anuncia que além da responsabilidade civil, o abuso de direito gera também a nulidade do ato, “em conformidade com o art. 166, VI, do Código Civil, quando se refere à fraude de lei imperativa.” (FARIAS, Cristiano Chaves de. FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil: teoria geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 522).

proibidos, mantendo, assim, a convivência harmoniosa perante os povos.

Não é de hoje que se busca o estabelecimento de pilares limítrofes à liberdade plena de exercício. Aquele que não obedece às normas morais ou legais determinadas socialmente sempre foi alvo de inúmeras constrictões a fim de torná-lo responsável pelos danos provocados em razão da atitude tomada⁴⁸.

Ao inaugurar a análise do tema atinente à responsabilidade civil, Antunes Varela afirma que:

Trata-se de figura que, depôs dos contratos, maior importância prática e teórica assume na criação de vínculos obrigacional, seja pela extraordinária frequência com que nos tribunais (sobretudo em países de educação cívica mais apurada ou de prática judiciária mais avançada) são postas ações de responsabilidade, seja pela dificuldade especial de muitos dos problemas que o instituto tem suscitado na doutrina e na jurisprudência. Dificuldades que se localizam quer na fixação das soluções, quer na sua fundamentação à face do direito constituído, que principalmente na sua sistematização doutrinária ou científica.⁴⁹

Por esta razão será necessário, preliminarmente, separar “as responsabilidades” apresentando a moral, penal para, por fim, mergulhar nas turbulentas águas da responsabilidade civil.

2.4.1 A moral na responsabilidade

A maioria dos indivíduos possuem a capacidade de reflexão e aprimoramento da conduta a ser externada antes da concretização de qualquer atitude. Em outras palavras: há a maturação, através do pensamento, do ato a ser praticado.

Em poucas palavras, a moral é o conjunto de regras de conduta do ser humano impostas pela sua consciência pessoal sem qualquer tipo de sanção externa. Há aqui o estabelecimento de relações entre o indivíduo e sua consciência, uma espécie de seno moral, desenvolvendo-se tais embates no íntimo de cada ser. À moral ficam reservados somente deveres a serem obedecidos pelo ser humano. Muitos são os deveres morais, como: a) expressar somente a verdade (não mentir nas oportunidades em que lhe for aberta tal possibilidade); com ofensa a esta regra moral deste exemplo, extraem-se as principais características da moral, quais sejam ser ela interna

⁴⁸ A preocupação em estabelecer regras que viessem a aplicar algum tipo de punição para aquele que transbordasse sua área de atuação sempre foi algo evidente no transcorrer da história. Seja num âmbito moral e religioso, ou até mesmo no universo jurídico, os escritos traziam consigo determinações com inúmeras conseqüências a prática de um ato não permitido. Segundo o salmo 1 das escrituras sagradas “bem-aventurado o homem que não anda segundo o conselho dos ímpios, nem se detém no caminho dos pecadores, nem se assenta na roda dos escarnecedores. Antes tem seu prazer na lei do Senhor, e na sua lei medita de dia e noite. Pois será como a árvore plantada junto às correntes de águas, a qual dá o seu fruto na estação própria, e cuja folha não cai e tudo quanto fizer prosperará. Não são assim os ímpios, mas são semelhantes à moinha que o vento espalha. Pelo que os ímpios não subsistirão no juízo, nem os pecadores na congregação dos justos; porque o Senhor conhece o caminho dos justos, mas o caminho dos ímpios conduz à ruína.”

⁴⁹ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 6. ed. vol. I. Coimbra: Almedina, 1989, p. 489.

(da consciência) e não contar com sanção; b) cumprir as promessas feitas livremente em qualquer ocasião; c) honrar os pais (não desonrar os pais dentro dos padrões estabelecidos pelo próprio núcleo familiar); d) agir corajosamente (não agir com covardia)⁵⁰

Vale salientar que nos primórdios da antiguidade, não havia previsão que especificasse uma preocupação entre a moral e o direito, já que ambos compunham o ideal de justiça. Não havia espaço destacado para o direito, sendo que este se misturava com a moral: ambos reinavam juntos. O mesmo preceito foi seguido pelos romanos que, por sua vez, passaram a buscar a diferenciação entre o honesto e o ilícito.

Sem querer adentrar nas entranhas mais profundas do entrave doutrinário e filosófico sobre o tema, afirma-se que a relação entre direito e moral é sentida desde períodos bastante pretéritos. É inegável que o direito e a moral assemelham-se no que se refere à apresentação como normas de conduta, onde, através delas, passa a ser exigido o cumprimento obrigatório das determinações. Há, por sua vez, algumas normas morais que são absorvidas pelo direito, perfazendo-se como regramentos de fundo moral.⁵¹

Porém, apesar da idéia de paridade, acredita-se que a moral antecede a idéia própria de direito. Ao comentar sobre o tema, Miguel Reale contorna a idéia de que:

pode ser reproduzida através da imagem de dois círculos concêntricos, sendo o círculo maior o da Moral, e o círculo menor o do Direito. Haveria, portanto, um campo de ação comum a ambos, sendo o Direito envolvido pela Moral. Poderíamos dizer, de acordo com essa imagem, que tudo o que é jurídico é moral, mas nem tudo o que é moral é jurídico.⁵²

Neste íterim, percebe-se que tanto o direito, como a moral, em muitos momentos, encontram-se unidos de tal forma que a primeira passa a ser dependente da segunda.

Sendo assim, não há como negar que a moral é uma peça chave para a formação do direito. A este cabe resguardar a preservação do mínimo existencial daquele, apesar desta tarefa não ser tão fácil como se pode deduzir num primeiro momento. “Como nem todos podem ou querem realizar de maneira espontânea as obrigações morais, é indispensável armar de força certos

⁵⁰ GAMA, Ricardo Rodrigues. Moral e Direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 83, ano 96, jan. 2005, p. 728.

⁵¹ Sobre o tema, Ricardo Rodrigues Gama lembra que “a vida em sociedade anima a ocorrência de transformações, como a conversão de regras morais em normas jurídicas, com se ocorresse a moralização do direito, sem que essas normas deixem de ser consideradas regras morais. Em sentido contrário, algumas normas deixam o mundo jurídico para se converterem em regras morais, como o adultério que deixou de ser crime em muitos países da Europa.” (*Ibidem*, p. 738). Nesta esteira, apesar de não ser o foco do presente trabalho, torna-se necessário lembrar que o adultério também foi descriminalizado no Brasil conforme a Lei n. 11.106 de 2005.

⁵² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 42.

preceitos éticos, para que a sociedade não soçobre”⁵³.

A desobediência de uma regra moral atinge o âmago, o aspecto interior do indivíduo, ao tempo em que, quando se fala em ilicitude, esta se apresenta no seu aspecto externo, ou seja, surge a partir da norma jurídica. Paralelamente ao direito, que se mostra como uma obrigação, a moral delinea-se como uma recomendação. Em razão disso, não se pode falar numa coercibilidade por parte de terceiros no que se refere ao descumprimento de uma norma não-jurídica.

2.4.1.1 A responsabilidade moral e a defesa da integridade social

No que se refere à responsabilidade, a diferenciação entre ambos os planos torna-se ainda mais evidente. Sendo assim, a doutrina fomenta dois aspectos atinentes à responsabilidade: a jurídica e a moral.

A responsabilidade moral possui uma ligação com o aspecto íntimo do agente. Geralmente, ela é vinculada ao ato pecaminoso, pois imprime o sentimento de responsabilidade do ser humano perante sua própria consciência, seus preceitos fundamentais. Em consequência, há também a vinculação direta à sua concepção religiosa, o que implica em dizer que “para apurar se há, ou não, responsabilidade moral, cumpre indagar do estado de alma do agente: se aí se acusa a existência do pecado, de má ação, não se pode negar a responsabilidade moral”⁵⁴.

Assim, não há que se falar na existência, ou não, de prejuízos, já que a sua configuração permeia por entre vias intrínsecas à pessoa e restritas exclusivamente a ela, o que escapa à amplitude do direito que, por sua vez, é destinado a assegurar a harmonia e o equilíbrio das relações entre os indivíduos.

Por sua vez, no âmbito jurídico, refuta-se a sua inserção, enquanto não houver a configuração do prejuízo. Sendo assim, ao ameaçar a ordem e a paz social, o ofensor deve ser “ferido” através da “arma” da responsabilidade com o propósito de impedir que venha a praticar novamente tal ato, preservando, com isso, os anseios da coletividade ou simplesmente a integridade individual.

Ulpiano foi o responsável pela elaboração de três grandes bases fundamentais para a

⁵³ *Ibidem*, loc.cit.

⁵⁴ DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. rev. atual. vol 1. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 4.

sustentação do direito nos contornos atualmente conhecidos. O filósofo estabeleceu como vigas estruturais três princípios indispensáveis que são: *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribure*⁵⁵. Estas, por sua vez, são normas que ultrapassam o aspecto jurídico puro e isolado para agregar-lhe valor moral.

A fulminação de um destes pilares acarretará em sanções abrangentes ao foro íntimo de cada um, ou seja, na consciência do indivíduo, e que, a depender da gravidade e da amplitude de interferência deste, poderá também refletir no aspecto jurídico.

A tríade principiológica apresentada forma uma cadeia de dependência conectora dos princípios ali existentes de tal maneira que um passa a transformar-se em requisito, ou consequência, do outro. Por exemplo: para que o homem possa viver de forma honesta (*honeste vivere*), ele deve respeitar os direitos pertencentes ao seu semelhante, (*neminem laedere*) ou então dar ao que pertence a ele (*suum cuique tribure*).

O desrespeito a estes limites acarreta na prática do ato ilícito.⁵⁶

Atendo-se ao aspecto do *neminem laedere*, pode-se afirmar que tal preceito é fonte para a existência da responsabilidade imposta ao sujeito em razão do seu ato contrário aos preceitos socialmente aceitos. Havendo dano causado em razão do comportamento do agente, surge a necessidade de repará-lo. “Quando violado o dever genérico de não lesar o próximo, ocorre, para o ofensor, um outro dever que, como se fosse o reverso da medalha pode ser moral ou jurídico, obrigando-o a indenizar.”⁵⁷

2.4.2 O significado da responsabilidade

A palavra “responsabilidade” caracteriza-se por ser uma expressão polissêmica. Sua utilização pode ser diversificada. Quando se diz que alguém “é responsável”, depara-se com dois caminhos que serão escolhidos de acordo com o contexto ao qual está inserido. Num primeiro aspecto pode-se significar que esta pessoa é diligente, atenciosa e compromissada; por sua vez, pode, também, ser agregada a semântica de que tal pessoa é quem responderá pela prática de determinado ato.

⁵⁵ Viver honestamente, não lesar o próximo, dar a cada um o que é seu. (RODRIGUES, Dirceu. *Brocardos Jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1948, p. 165).

⁵⁶ A semântica adotada aqui no que se refere ao ato ilícito é pertinente ao aspecto *lato sensu*, ou seja, abrangendo tanto o ato ilícito decorrente do art. 186 do CC, como o abuso de direito previsto no art. 187 do mesmo diploma.

⁵⁷ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. rev. amp. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 33.

Sob a ótica jurídica, a palavra “responsabilidade” tem suas raízes na expressão latina “*respondere*”, fonte do verbo “responder”. Nesta esteira, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho esclarecem que: “a palavra “responsabilidade” tem sua origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as conseqüências jurídicas de sua atividade, contendo, ainda, a raiz latina *spondeo*, fórmula através da qual se vinculava, no Direito Romano, o devedor nos contratos verbais.”⁵⁸

Neste mesmo sentido, ao consultar o significado do termo *responsabilidade*, os dicionários brasileiros⁵⁹ apresentam-no como sendo: “obrigação de responder pelas ações próprias ou dos outros; caráter ou estado do que é responsável; dever jurídico resultante da violação de determinado direito, através da prática de um ato contrário ao ordenamento jurídico”.

Rui Stoco, em sua obra clássica sobre responsabilidade civil, declara que “a responsabilização é meio e modo de exteriorização da própria justiça e a responsabilidade é a tradução para o sistema jurídico do dever moral de não prejudicar a outro, ou seja, *neminem ledere*”⁶⁰

A questão da responsabilidade civil sai do quadro já muito amplo do Direito para suscitar um problema moral. E, assim, a discussão jurídica vai ultrapassando o domínio da técnica do direito civil para afetar, por conclusões, toda a escala de valores. É uma área na qual o jurista não pode se separar do filósofo e do moralista. [...] O jurista deve, pois considerar ao lado das questões econômicas, o problema moral, e somente estudando a responsabilidade civil sobre esses dois planos é que se lhe poderá dar uma solução satisfatória.⁶¹

Por sua vez, com a evolução social, esta responsabilidade social ganhou duas facetas sob a forma de Responsabilidade Penal e Civil, que eram elencadas a depender do interesse a ser protegido e do ato praticado. Apesar de, como dito, este instituto não apresentar qualquer dicotomia durante seu primórdios, é possível afirmar que a primeira vertente apresenta-se como anterior à existência da segunda, pois, nesta época, buscava-se muito mais afligir o causador do dano com uma dor equivalente, ou superior àquela que ele causou.

⁵⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. vol. III. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 2.

⁵⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2. ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1496.

⁶⁰ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 5. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 90.

⁶¹ WALD, Arnold. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.845, ano 95 mar. 2006, p. 86.

2.4.3 A responsabilidade a partir do viés penal

A responsabilidade penal – também conhecida como responsabilidade criminal – surge a partir da prática de um ato tipificado pela norma como delituoso, podendo ser tanto na forma comissiva como omissiva. Neste sentido, afirma Aguiar Dias:

Como a pena tem por objetivo a defesa da sociedade, há, de um lado, domínios onde se reprimem o ato, sem indagação sobre a responsabilidade moral do agente, como sucede nas contravenções e delitos de imprudência, onde se pune a falta de senso social e não a de senso moral; de outra parte, a lei penal faz influir, na dosagem da pena, o resultado do ato, ao lado do grau de culpabilidade, como nas medidas de segurança.⁶²

Vale salientar, que durante o período romano, não havia que se falar em tal distinção. A responsabilidade era única, devendo o agressor restituir em pecúnia o dano por ele provocado. Foi apenas a partir da *Lex Aquilia*⁶³ que se passou a identificar estas áreas atualmente conhecidas. O pagamento em dinheiro foi relacionado como forma de contraprestação para os atos considerados excluídos da esfera penal.

Da prática do ato contrário à norma poderá decorrer um dano que, a depender da sua gravidade e do sujeito passivo, será inserto ou no âmbito penal ou no civil. Naquele encontram-se os ilícitos de maior sisudez ou os que vão de encontro a interesses sociais. Nestes, por sua vez, estão abrangidos os atos de menor gravidade, que atingem apenas interesses que não necessitam da severidade trazida pelo direito penal.

Assim, desde que seja considerado como imputável, o agente responsável pela prática do ato delituoso deverá ser submetido a uma pena⁶⁴ como uma forma de punição decorrente da sua transgressão legal. Porém, antes de ser atribuída a responsabilidade a quem quer que seja, deve-se alertar para os aspectos destacados por Alexandre Valença, Miguel Chalub, Mauro Mendlowicz, Kátia Mecler e Antônio Egidio Nader, quando afirmam que:

Na fixação do pressuposto da responsabilidade penal com base na culpa

⁶² DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. rev. atual. vol 1. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 5-6.

⁶³ A *Lex Aquilia* será abordada com mais cuidado no próximo tópico referente à responsabilidade civil.

⁶⁴ Vale lembrar que aos inimputáveis serão aplicadas medidas de proteção ou medidas sócio-educativas a depender da idade do agente ou, até mesmo, as medidas de segurança. A Constituição Federal determinou no seu art 228 que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial. Sendo assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8069/90 – estipula que aos menores de 12 anos (considerados como crianças) devem ser aplicadas as medidas de proteção que buscam reintegrar o infante ao seio familiar. Por sua vez, para os maiores de 12 anos e menores de 18 anos, aplica-se as medidas sócio-educativas que são elencadas num rol taxativo de sete graduações, que vão da advertência ao internamento. Por sua vez no que se refere aos maiores de 18 anos, é considerado inimputável e, conseqüentemente, isento de pena, conforme preleciona o art. 26 do Código Penal brasileiro, “o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”

moral, existem três critérios fundamentais: o biológico, o psicológico e o biopsicológico ou misto. O critério biológico condiciona a responsabilidade à saúde mental, à anormalidade da mente. Dessa forma, se o agente apresenta uma doença mental ou deficiência mental grave, deve ser considerado irresponsável, sem necessidade de posterior indagação psicológica. O critério psicológico não indaga se há uma perturbação mental mórbida: declara a irresponsabilidade se, ao tempo do crime, estava abolida no agente, seja qual for a causa, a faculdade de apreciar a criminalidade do fato (momento intelectual) e de determinar-se de acordo com essa apreciação (momento volitivo). Finalmente, no critério biopsicológico, que é a reunião dos dois primeiros, a responsabilidade só é excluída se o agente, em razão de doença mental ou retardamento mental, era, no momento da ação, incapaz de entendimento ético-jurídico e de autodeterminação. É importante salientar que o nosso código penal vigente adotou este último critério.⁶⁵

Outro ponto de divergência refere-se à culpabilidade. No âmbito civil, segue-se o preceito de que *in lege aquilia et levissima culpa venit*⁶⁶, ou seja, até mesmo a culpa levíssima gera obrigação de indenizar. Por sua vez, apesar de conceitualmente possuírem similitudes, a culpa no âmbito penal não implica necessariamente na condenação do réu, posto que deverá analisar a intensidade desta quanto ao ato praticado, haja vista que o Juízo criminal não se atém em relação a culpa levíssima.

Na esfera civil, porém, é diferente. A regra *actio inbumbit probatio*, aplicada à generalidade dos casos, sofre hoje muitas exceções, não sendo tão rigorosa como no processo penal. Na responsabilidade civil não é o réu mas a vítima que, em muitos casos, tem de enfrentar entidades poderosas, como as empresas multinacionais e o próprio Estado. Por isso, mecanismos de ordem legal e jurisprudencial têm sido desenvolvidos para cercá-la de todas as garantias e possibilitar-lhe a obtenção do ressarcimento do dano.⁶⁷

Não se deve concluir que tais classificações encontram-se separadas e hermeticamente isoladas uma das outras. Indubitavelmente, haverá situações em que incidirá apenas a configuração da responsabilidade penal e outras em que somente existirá a influência do preceito civil. Por sua vez, existem também acontecimentos nos quais incorrerão diretamente ambas as responsabilidades, devendo o sujeito ativo responder por ambas indistintamente⁶⁸.

Por isso, ao tratar do tema, Sergio Cavalieri sentencia no sentido de que “a separação entre

⁶⁵ VALENÇA, Alexandre; CHALUB, Miguel; MENDLOWICZ Mauro; MECLER, Kátia; NADIR, Antônio Egidio. *Conceito de responsabilidade penal em psiquiatria forense*. Disponível em: <[http://www.ipub.ufrj.br/documentos/JBP\(3\)2005_\(248-252\).pdf](http://www.ipub.ufrj.br/documentos/JBP(3)2005_(248-252).pdf)>. Acesso em: 01 jul. 2007.

⁶⁶ Segundo Dirceu Rodrigues, o referido brocardo significa: “na lei Aquília trata-se até da culpa levíssima” (RODRIGUES, Dirceu. RODRIGUES, Dirceu. *Brocardos Jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1948, p. 182).

⁶⁷ GONÇALVES. Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. rev. de acordo com o novo código civil (lei n. 10.406 de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2005, p.21.

⁶⁸ O exemplo clássico utilizado por boa parte da doutrina refere-se ao acidente automobilístico provocado por atropelo no qual o agente causador deverá indenizar a vítima no âmbito civil e, concomitantemente, também incidirá sobre ele a responsabilidade penal caso venha a ocasionar algum ferimento ou a morte da vítima.

uma e outra ilicitude atende apenas a critérios de conveniência ou de oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço.”⁶⁹

Apesar de coexistirem, como preceitua o art. 91, I do Código Penal⁷⁰, não se pode falar em dependência entre ambas responsabilidades. O artigo 935 do Código Civil é cristalino ao tratar do tema quando estampa para o operador do direito que “a responsabilidade civil é independente da criminal”⁷¹. Sendo assim, não há que se falar em *bis in idem*.

Nesta esteira, já que as normas criminais têm um caráter subjetivista e visam a assegurar a defesa da sociedade pela aplicação da pena entendida extracontratual, seja como fator intimidativo ou repressivo, ou até mesmo como meio de readaptar o infrator à vida social, pode-se dizer que a responsabilidade penal importa-se apenas com o resultado coletivo da agressão, não relevando, na maioria das vezes, valor aos prejuízos particulares que, por sua vez, seriam destinados ao âmbito civil⁷².

2.4.4 Breves aspectos evolutivos da responsabilidade civil

Atualmente, o adjetivo “turbulento”, certamente, é o que melhor se adequa ao momento em que vive a responsabilidade civil. O surgimento de situações antes inimagináveis justifica a constante reciclagem do instituto em questão. Apesar de toda ebulição existente em torno do tema, tal instituto tem suas origens em momentos bastante pretéritos da história.

⁶⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. rev. aum. e atual. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 37.

⁷⁰ Art. 91, I, CP “são efeitos da condenação: I tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;”

⁷¹ Art. 935, CC “a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”

⁷² Em artigo disponível na rede mundial de computadores, Alexandre Valença, Miguel Chalub, Mauro Mendlowicz, Kátia Mecler e Antônio Egidio Nardir, ao citar Palomba afirmam que: “em Direito Penal, para que alguém seja responsável penalmente por um determinado delito, são necessárias três condições básicas: 1. ter praticado o delito; 2. à época dele ter tido entendimento do caráter criminoso da ação; 3. à época ter sido livre para escolher entre praticar e não praticar. Existem três situações possíveis na avaliação da responsabilidade penal: 1. responsabilidade total significa que o agente era capaz de entender o caráter criminoso do seu ato e de determinar-se totalmente de acordo com esse entendimento. Nesse caso o delito que praticou lhe é imputável, podendo o agente ser julgado responsável penalmente pelo delito; 2. responsabilidade parcial, significando que o agente era, à época do delito, parcialmente capaz de entender o caráter criminoso do fato e/ou parcialmente capaz de determinar-se de acordo com esse entendimento. Nesse caso, o delito que praticou lhe é semi-imputável e o agente poderá ser julgado parcialmente responsável pelo que fez (o que na prática implicará redução da pena de um a dois terços ou medida de segurança); 3. responsabilidade nula, quando o agente era, à época do delito, totalmente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou totalmente incapaz de determinar-se de acordo com este entendimento. Nesse caso o delito praticado lhe é imputável e o agente será julgado irresponsável penalmente pelo que fez. (VALENÇA, Alexandre; CHALUB, Miguel; MENDLOWICZ Mauro; MECLER, Kátia; NADIR, Antônio Egidio. *Conceito de responsabilidade penal em psiquiatria forense*. Disponível em: <[http://www.ipub.ufrrj.br/documentos/JBP\(3\)2005_\(248-252\).pdf](http://www.ipub.ufrrj.br/documentos/JBP(3)2005_(248-252).pdf)>. Acesso em: 01 jul. 2007).

Nos primórdios evolutivos da responsabilidade, não havia que se cogitar qualquer consideração acerca da culpa do agente. Ao ser praticado ato ou omissão que viesse a causar prejuízo a terceiros, surgia para o ofendido a possibilidade de responder imediatamente e instintivamente à agressão sofrida. Era uma época onde predominava o aspecto primitivo do ser humano numa clara configuração da vingança privada, onde o Estado permanecia ao largo das relações sociais.

Esta vindita imediata em nada resolvia o dano sofrido, pois apenas gerava mais caos e discórdia na sociedade. Consertar o prejuízo a partir da agressão ao sujeito ativo não trazia quaisquer benefícios para o ofendido, a não ser a satisfação da sua sede por vingança.

Quando a espada decidia ainda a disputa do *meu* e do *teu*, quando o cavaleiro da Idade Média enviara um cartel ao seu adversário, qualquer terceira pessoa, muito embora desinteressada, era obrigada a reconhecer que não se lutava somente pelo simples valor do objeto, para evitar uma perda pecuniária, mas que alguém expunha e defendia, neste objeto o seu direito, a sua honra, a sua própria pessoa.⁷³

A grande problemática decorrente da adoção desta forma de satisfação do direito agredido era saber qual o limite aceitável para o ato reflexo de vingança. A partir de qual patamar de agressividade seria verificada a linha limítrofe entre ela e o abuso? Qual seria a dosagem de violência necessária para satisfazer o sedento ofendido? Na realidade, não havia parâmetros objetivos.

Isso veio a transformar o ânimo vingativo do ofendido numa verdadeira exacerbação da força bruta, o que, conseqüentemente, poderia causar danos maiores ao antigo ofensor, que, por sua vez, se transmutaria à condição de sujeito passivo. O resultado seria o direito deste de vingar-se do seu agressor, o que acaba por levar a sociedade ao absoluto caos e à indiscutível insegurança jurídica, pois todos terão direito de revidar o abuso de direito sofrido, aplicando uma força ainda maior, ou seja, uma eterna “bola-de-neve”, banhada de sangue e ódio.

Com o evoluir das sociedades, instaurou-se a soberania estatal que passou a controlar as relações sociais. O legislador, então, proíbe a justiça pelas próprias mãos, obrigando a todos aqueles que venham a ser vítima de agressão ou omissão danosa a pleitear a composição meramente econômica⁷⁴. É neste momento que surgem as primeiras linhas da

⁷³ IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.13.

⁷⁴ Ao tratar do tema atinente ao dever jurídico e a responsabilidade Hans Kelsen alude que “o dever jurídico tem, tal como a norma jurídica, que com ele se identifica, um caráter geral ou individual. A norma jurídica que prescreve a indenização de um prejuízo causado a outrem estatui – ou melhor: é – um dever jurídico geral. A decisão judicial, ou seja, a norma individual que, num caso concreto, prescreve que um determinado indivíduo, A, deve indenizar um determinado prejuízo por ele causado a outro indivíduo determinado, B, através da

responsabilidade civil com leis como Código de Ur-Nammu, Código de Manu e da Lei das XII Tábuas⁷⁵.

O Estado passa a ser o único a deter a função de punir. Em consequência, os agentes do conflito não podem expor a sua selvageria para vingar-se, mas, sim, devem apresentar os fatos a um terceiro que se encontra completamente adstrito do conflito de interesses. Este, por sua vez, deverá decidir qual a atitude a ser tomada no caso específico. Surge, então, a responsabilidade civil com a intenção de buscar o equilíbrio e a harmonia das relações. As condutas humanas passam a ser reguladas através de limites impostos pelo próprio legislador que coordena os atos de cada indivíduo.

A partir do momento em que o legislador estampa na norma a forma como alguém deve se portar perante a sociedade, significa afirmar que comportamentos diversos não devem ser tolerados pelo Estado, sob pena de tornar instável a paz e a ordem social. “Dizer que uma conduta é prescrita e que um indivíduo é obrigado a uma conduta, que é seu dever conduzir-se de certa maneira, são expressões sinônimas”⁷⁶.

Portanto, havendo subsunção do fato social à determinação legal, surge uma obrigação que deve ser seguida pelo agente. A sua não observância resulta na prática de um ato ilícito, que, por conseguinte, poderá desaguar na concretização da responsabilidade civil. Neste sentido, pode-se afirmar que “embora alguns juristas tratem dos termos obrigação e responsabilidade como sinônimos, devem ser diferenciados. Eles exprimem situações diversas”⁷⁷.

O homem não possui a liberdade plena e irrestrita. Há que se preservar a incolumidade do

prestação de uma determinada soma pecuniária, estatui – melhor: é – o dever jurídico individual de A. (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1988, p. 129).

⁷⁵ O Código de Ur-Nammu é originário da Suméria por volta do ano de 2040 a. C e relata costumes antigos sob o aspecto da norma escrita, enfatizando as penas pecuniárias para delitos diversos ao invés das conhecidas penas de talião. Ele é considerado como um dos códigos mais antigos que se tem notícia. Foi encontrado em 1923 por uma expedição americana nas ruínas de templos da época do rei Ur-Nammu, localizado na região da mesopotâmia, atualmente o Iraque.

Por sua vez, o Código de Manu teve sua vigência entre os séculos II a. C e II d. C. Este corpo normativo servia para balizar o comportamento dos Hindus de classe média ou inferior já que pregava a ideologia de utilização do castigo e da coação como meios essenciais para evitar a implantação do caos social. Em seu conteúdo era possível encontrar opinativos sobre valores, como verdade, justiça e respeito.

Já a lei das Doze Tábuas - *Lex Duodecim Tabularum* ou simplesmente *Duodecim Tabulae* – consistia numa legislação que data do período do direito romano e que formava o cerne da constituição da República Romana e das antigas leis não-escritas (as regras de condutas, conhecidas na época como *mos maiorum*). Não se pode considerar as Doze Tábuas como um código na concepção moderna, pois ela era nada mais do que um conjunto de definições e procedimentos de direito privado. Além disso, consideravam de conhecimento geral algumas instituições como a família.

Para consultar maiores informações acerca da evolução histórica do dano moral, sugere-se compulsar a obra de Clayton Reis, Dano Moral. (REIS, Clayton. *Dano moral*. 4. ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Forense, 1995).

⁷⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1988, p. 129.

⁷⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Responsabilidade Civil. *Revista Jurídica*, São Paulo, ano 55, n. 353, mar. 2007, p.11.

direito dos terceiros que com ele convivem na rede de relações sociais. O desrespeito a este preceito fundamental implica diretamente na prática de um ato ilícito, ou seja, na realização de um comportamento contrário à norma. “Quando um indivíduo é lesado nos seus direitos, deve perguntar-se se ele os sustentará, se resistirá ao seu adversário, e por conseqüência se ele lutará, ou se, efetivamente, para escapar à luta, abandonará, covardemente, o seu direito”.⁷⁸

2.4.4.1 A Lei Aquília e a evolução da responsabilidade

A grande evolução inicial⁷⁹ no estabelecimento de normas referentes a este instituto se deu com a *Lei Aquília*⁸⁰ que passou a delinear princípios gerais que versassem acerca da reparação dos danos. Foi neste momento que o aspecto subjetivo passou a ser considerada como pedra fundamental para a responsabilidade civil. Com isso os atos praticados involuntariamente foram isolados deste sistema, pois não haveria como ser analisada a culpabilidade do agente em razão da sua inexistência.

A reparação do dano foi elevada à forma pecuniária. Isso implica em dizer que o ordenamento não tolerava mais a imposição de penalidades que viessem a atingir o ser, ou seja, não mais eram aceitas as chamadas punições pessoais. O patrimônio do ofensor transformou-se na fonte da restituição da agressão sofrida⁸¹.

Com efeito, regulava ela o *dammum iniuria datum*, consistente na destruição ou deterioração da coisa alheia por fato ativo que tivesse atingido coisa

⁷⁸ IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Trad. João Vasconcelos. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.14.

⁷⁹ José Carlos Moreira Alves aponta que mesmo antes da *Lex Aquília* existiam disposições, ainda que pontuais, relacionadas aos danos causados à coisa alheia que davam ao proprietário da coisa danificada direito a revidar, a saber: “*actio de pauperie* (contra o proprietário do animal que danificou coisa alheia); *actio de pastu pecoris* (contra o proprietário do animal que pasta em terreno alheio); *actio de arboribus succisis* (contra o que cortou árvores alheias)” e continua o autor “mas são disposições casuísticas, não se podendo dizer que se encontra na Lei XII Tábuas, com delito autônomo, o *dammum iniuria datum*”. (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 6. ed. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 234).

⁸⁰ Nos dizeres de José Carlos Moreira Alves, a Lei Aquiliana é decorrente de um plebiscito ocorrido por volta dos século III a.C que passou a configurar a *dammum iniuria datum* e que possuía três capítulos que dividiam-se da seguinte forma: O primeiro era destinado àquele que matava escravo ou animal alheio, sendo obrigado a ressarcir ao proprietário o valor máximo alcançado pelo rebanho ou pelo escravo no ano anterior à sua morte. O segundo capítulo relacionava-se à fraude contra credores segundo o qual, quando comprovada, extinguiu-se o crédito ficando o fraudador obrigado a pagar o seu valor. Por fim, o terceiro capítulo versava sobre a proteção contra o terceiro que causava qualquer espécie de danos a qualquer tipo de bem alheio (a lei dizia animada ou inanimada), à exceção do caso de morte que se encontrava previsto no capítulo primeiro, era obrigado a indenizar seu proprietário no valor máximo alcançado pela coisa nos 30 dias anteriores à data em que ocorreu o dano. (*Ibidem*).

⁸¹ Atualmente, o Código Civil fundamenta a execução do patrimônio do devedor na primeira parte do seu art. 942, determinando que: “os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos á reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”

corpórea ou incorpórea, sem justificativa legal. Embora sua finalidade original fosse limitada ao proprietário da coisa lesada, a influência da jurisprudência e as extensões concedidas pelo pretor fizeram com que se construísse uma efetiva doutrina romana da responsabilidade extracontratual.⁸²

Para a configuração do instituto do *damnum iniuria datum* era necessária a existência de três requisitos: O primeiro deles estava previsto na contrariedade com a norma – conhecido como *iniuria* -, ou seja, o ato praticado deveria ser disforme com previsão normativa, excluindo, a ação praticada por exercício de direito próprio, mesmo que em consequência houvesse a ocorrência de danos à coisa alheia.

O segundo requisito encontrava-se incrustado no subjetivismo do agente. Somente seria possível considerar responsável aquele indivíduo que praticou o ato positivo sob o manto da culpa ou dolo. Por fim, o último dos pilares era o *damnum*, ou dano. Apenas quando o comportamento provocava um prejuízo ao patrimônio do terceiro é que seria possível configurar uma agressão passível de incidir a obrigação jurídica ao sujeito ativo.

Ainda no direito clássico, o pretor e a jurisprudência – tendo em vista que, pelos termos restritos da Lei *Aquilia*, muitos fatos causadores de dano não se incluíam na sua conceituação de *damnum iniuria datum* – alargaram o círculo dos que eram reprimidos com as penas decorrentes do *damnum iniuria datum*. Assim, com a concessão de *actiones legis Aquiliae utiles* [...] ou de *actiones in factum*, sancionaram-se hipóteses em que o dano era causado sem que ocorresse o requisito *corpore corpori*, e em que ela resultava de simples omissão, desde que esta se vinculasse a ato anteriormente realizado pelo ofensor (por exemplo: era responsabilizado o médico que, depois de iniciado o tratamento do escravo, abandonasse o doente e este viesse a falecer)⁸³

Já no que se refere, mais especificamente, ao aspecto civil da responsabilidade, o Diploma Civil Francês⁸⁴ foi a primeira codificação propriamente dita a tratar das idéias fomentadas pela doutrina romana, adicionando à previsão clássica contribuições outras que enriqueceram a idéia tradicional da responsabilidade civil.

Ademais, foi também a partir dos estudos desenvolvidos pela doutrina francesa acerca do instituto em apreço que começaram a germinar os seus contornos conhecidos atualmente.

⁸² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. vol. III. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 12.

⁸³ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 6. ed. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 235.

⁸⁴ Ao comentar acerca da responsabilidade civil no Código Francês, mesmo reconhecendo a importância da influência deste diploma legal no ordenamento pátrio, Rui Stoco afirma que “a responsabilidade decorrente de delitos ou quase-delitos, ou seja, em razão da responsabilidade aquiliana, mereceu poucos artigos no Código de Napoleão, mostrando-se, portanto, bastante restritivo nessa área do direito, ao menos na visão de hoje, quando a responsabilidade civil alcançou autonomia, notável avanço e importância” (STOCO, Rui. *Responsabilidade civil no código civil francês e no código civil brasileiro (estudos em homenagem ao bicentenário do código civil francês)*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.831, ano 94, jan. 2005, p. 16).

Deixou-se de lado a tipificação de situações acobertadas pela norma para, em seu lugar, passar a estabelecer um princípio geral. A culpa ganhou uma valorização ainda maior na análise da reparação.

A noção de culpa *in abstracto* e a distinção entre culpa delitual e culpa contratual foram inseridas no Código de Napoleão, inspirando a redação dos arts. 1.382 e 1.383. A responsabilidade civil se funda na culpa – foi a definição que praticou daí pra inserir-se na legislação de todo o mundo. Daí por diante observou-se a extraordinária tarefa dos tribunais franceses, atualizando os textos e estabelecendo uma jurisprudência digna dos maiores encômios.⁸⁵

É indiscutível também que a revolução industrial funcionou como uma das engrenagens de maior importância para o desenvolvimento da estrutura que envolve o tema da responsabilidade civil. Os entraves surgidos diariamente fizeram com que este instituto ganhasse predominância nos tribunais, monopolizando grande parte dos processos e incentivando os doutrinadores a elaborarem doutrinas e teorias para a solução dos conflitos. “A evolução tecnológica, as novas condições econômicas e a idéia da solidariedade social têm feito da responsabilidade civil o rumo das questões mais discutidas do Direito Privado Contemporâneo.”⁸⁶

No que se refere à influência do pensamento francês no direito brasileiro, pode-se afirmar que este ocorreu muito mais a partir da evolução da doutrina e da jurisprudência do que propriamente de textos codificados como o próprio Código de Napoleão⁸⁷. Apesar do Código Civil de 1916 ter como pilar inspirador o modelo decorrente do Código Civil alemão – BGB, *Bürgerliches Gesetzbuch* - - ele abeberou-se de alguns preceitos normativos constantes no ordenamento francês⁸⁸. Para Rui Stoco, tal influência se deu muito mais no aspecto principiológico do que no literal propriamente dito.

Mas cabe advertir que a influência do Código francês no direito brasileiro decorreu menos do seu texto escrito do que do seu contexto principiológico e axiomático e da sua excelência epistemológica, descobertos pela notável doutrina francesa e vistos pelos olhos da jurisprudência por meio de um rico trabalho de interpretação criativa e expansiva, de modo a adaptar e a fazer subsumir a lei às novas tendências principalmente, às necessidades

⁸⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. rev. de acordo com o novo código civil (Lei 10.406 de 10-1-2002). Saraiva: São Paulo, 2005, p. 6.

⁸⁶ WALD, Arnold. *A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 845, ano 95, mar. 2006, p. 86.

⁸⁷ Ao comentar sobre a influência da doutrina e jurisprudência francesa perante o seu ordenamento jurídico, Arnold Wald lembra a questão da responsabilidade civil decorrente de acidente de trânsito que foi inserido na legislação da França a partir de uma mobilização encampada por professores de direito. (*Ibidem*, p. 81-94).

⁸⁸ Frise-se que apesar de toda a influência decorrente do código civil francês, no que se refere às fontes da responsabilidade civil, o direito brasileiro, desde o código de 1916 refutou a idéia existente da distinção entre “delito” e “quase-delito”, preferindo adotar a denominação de ato ilícito para ambos os casos.

decorrentes da Revolução Industrial e da evolução da sociedade no plano das relações de consumo.⁸⁹

Ao tempo da promulgação do Código Civil de 1916, a sociedade brasileira era, em sua grande maioria, agrária e com poucos contatos com a industrialização e com evoluções tecnológicas. Com isso, no que se refere ao instituto da responsabilidade civil este ainda dava os seus primeiros passos evolutivos, interferindo de maneira marcante na sua regulação normativa.

Já em relação ao diploma civil de 2002, apesar de ser considerado em alguns momentos como um arcabouço inovador⁹⁰, suas modificações, no que tange à responsabilidade civil, ocorreram a partir da inserção de diretrizes jurisprudenciais e posicionamentos consolidados pela doutrina no transcorrer dos tempos. Há pontos importantes que não tiveram o devido tratamento normativo, como no caso da quantificação do dano moral que será tratada ao longo do presente trabalho.

o atual Código melhor sistematizou a matéria, dedicando um título especial e autônomo à responsabilidade civil. Contudo, repetiu, em grande parte, *ipsi litteris*, alguns dispositivos, corrigindo a redação em outros, trazendo, porém, poucas inovações. Perdeu-se a oportunidade, por exemplo, de se estabelecer a extensão e os contornos do dano moral, bem como de se disciplinar a sua liquidação, prevendo alguns parâmetros básicos destinados a evitar decisões díspares, relegando novamente à jurisprudência esta tarefa.⁹¹

O avanço contínuo da tecnologia, a inserção de novos paradigmas – como a latente preocupação com a preservação ecológica – e a ampliação da abrangência dos interesses coletivos transformam a fisionomia deste instituto que, assim como ocorre no direito de família, por exemplo, é alvo de profundas e cruciais transformações decorrentes da volatilidade dos conceitos e anseios sociais. A estabilidade parece uma meta não muito simples a ser atingida e que, certamente, demandará inúmeras construções filosóficas daqueles que se dedicam a desvendar os rumos dos modernos pensamentos concernentes à responsabilidade civil.

⁸⁹ STOCO, Rui. Responsabilidade civil no código civil francês e no código civil brasileiro (estudos em homenagem ao bicentenário do código civil francês). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 831, ano 94, jan. 2005, p. 17.

⁹⁰ Gerson Branco aduz que: “o novo Código é arrojado e ao mesmo tempo tímido na função de conformação da realidade. É arrojado porque estabelece as bases a partir das quais o direito pode evoluir, mudar e se adaptar às novas realidades. Essa possibilidade de mudança está na estrutura aberta e flexível, nas cláusulas gerais e conceito jurídicos indeterminados, os quais vão manter o novo Código jovem independentemente das transformações da sociedade. Porém, o Código de 2002 é tímido porque não inova em suas regras, somente consolidando modelos jurídicos que a doutrina e a jurisprudência haviam recepcionado.”(BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo Código Civil. In: BRANCO, Gerson L. C; MARTINS-COSTA, Judith (orgs.). *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 79).

⁹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.7.

2.5 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Ao conceituar o que venha a ser responsabilidade, além do patamar jurídico, deve-se observar o seu aspecto sociológico, haja vista que, o instituto encontra-se intimamente vinculado aos fatos sociais em seus mais diversos aspectos. Ela concretiza-se a partir da repercussão sentida pelo autor do ato por ele praticado e socialmente censurável. Em outras palavras, nada mais é do que a concretização da idéia de contraprestação oriunda de um comportamento não condizente com os anseios da coletividade.

Isso implica em afirmar que, como as modalidades de relações sociais são incontáveis, também serão tendentes ao infinito as formas originárias de responsabilidade civil. “A responsabilidade não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, antes se liga a todos os domínios da vida social”⁹²

Da prática do ato ilícito – seja ele um abuso de direito ou um ato ilícito *stricto sensu* – ou o descumprimento de uma obrigação voluntariamente avençada, nascerá para o ofendido o direito de transportar para o seu ofensor a obrigação de restituí-lo ao seu *status quo ante*, quando possível. Ao sujeito ativo incumbirá arcar com a responsabilidade civil decorrente da sua atitude de descompasso, seja em relação a uma declaração de vontade ou uma norma legal.

Visa, portanto, garantir o direito do lesado à segurança, mediante o pleno ressarcimento dos danos que sofreu, restabelecendo-se na medida do possível o *status quo ante*. Logo, o princípio que domina a responsabilidade civil na era contemporânea é o da *restitutio in integrum*, ou seja, da reposição completa da vítima à situação anterior à lesão, por meio de uma reconstituição natural de recursos a sua situação material correspondente ou de indenização que represente do modo mais exato possível o valor do prejuízo no momento de seu ressarcimento.⁹³

Assim, é necessário lembrar que não há como confundi-la com o instituto da obrigação. Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, a responsabilidade civil decorre “da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior da coisa”.⁹⁴

Assim, enquanto a obrigação se apresenta como um dever jurídico primário, a

⁹² DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. rev. atual. vol 1. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 2.

⁹³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade civil*. vol. 7. 21. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 8.

⁹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. vol. III. São Paulo: Saraiva, 2003, p.20.

responsabilidade se delinea como dever jurídico secundário. Em outras palavras, implica dizer que somente a partir da violação de uma obrigação legal ou contratual é que surge uma nova imposição jurídica, denominada de sucessiva (ou secundária), que é o de indenizar em razão do dano sofrido.

Na realidade, o dano ocorrido não mais se anulará na sociedade. Ele pulsará firme, demonstrando a sua permanência irrefutável no seio desta. A responsabilidade civil, por sua vez, apenas tenta transferir para o sujeito ativo os reflexos sofridos pelo agente passivo em razão da prática do seu ato. Não é por outra razão que se afirma que a responsabilidade é trazida “à reboque” pelo inadimplemento da obrigação.⁹⁵

A incontestável importância agregada à temática em questão trouxe consigo inúmeras divergências doutrinárias que tornam o seu conteúdo instável diante da ebulição de fatos cotidianos. Os juristas que se dedicam a desvendar as emaranhadas trilhas que conduzem ao desenvolvimento deste instituto digladiam-se em formulações teóricas, porém pacificam-se quando tratam da divisão da responsabilidade civil quanto a sua origem.

A diferenciação entre elas encontra-se na análise da natureza do vínculo originário. Sendo ele decorrente de uma relação obrigacional, será classificada como responsabilidade civil contratual⁹⁶. Caso decorra de imposição legal, ela será agregada ao patamar extracontratual (também denominada de responsabilidade aquiliana).⁹⁷

Ao debruçar-se sobre o tema da responsabilidade decorrente de inexecução contratual ou por descumprimento de norma legal, Ripert e Boulanger sintetizam o pensamento:

Si le débiteur est condamné à payer au créancier des dommages-intérêts,

⁹⁵ Sem sobra de dúvidas a melhor ilustração referente a relação entre obrigação e responsabilidade civil é a realizada por Larenz e noticiada por Sérgio Cavalieri Filho que diz: “a responsabilidade é a sombra da obrigação”. Neste mesmo sentido, comenta o autor: “Assim como não há sombra sem corpo físico, também não há responsabilidade sem a correspondente obrigação. Sempre que quisermos saber quem é o responsável teremos que identificar aquele a quem a lei imputou a obrigação, porque ninguém poderá ser responsabilizado por nada sem ter violado dever jurídico preexistente.” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. rev. aum., atual. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 24).

⁹⁶ Ao tratar do tema, Orlando Gomes menciona a existência da responsabilidade pré-contratual aduzindo que neste caso ainda não há o nascimento da relação obrigacional e o direito do agredido não é primário. “Contudo, a maioria repele, como categoria autônoma, este tipo de responsabilidade, inserindo-o na responsabilidade contratual ou extracontratual”. Tanto isso é verdade que o Código Civil em vigência estabelecer em seu art. 422 que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como na sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

⁹⁷ Sérgio Cavalieri chama atenção para a previsão legal da Responsabilidade Civil existente no Código de Defesa do Consumidor. Segundo o autor o Código do Consumidor “superou essa clássica distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual no que respeita à responsabilidade do fornecedor a um tratamento unitário, tendo em vista que o fundamento dessa responsabilidade é a violação do dever de segurança – o defeito do produto ou serviço lançado no mercado e que, numa relação de consumo, contratual ou não, dá causa a um acidente de consumo.” (*Ibidem*, p. 39)

*c'est qu'il est responsable de l'inexécution. Cette responsabilité est appelée responsabilité contractuelle pour la distinguer de celle qui est encourue envers une personne avec laquelle n'existe aucun lien de droit et qui est appelée responsabilité délictuelle parce qu'elle naît de la faute*⁹⁸

O Código Civil brasileiro adotou a teoria dualista ao classificar a responsabilidade.⁹⁹

Por sua vez, Sérgio Cavalieri Filho¹⁰⁰ afirma que tal divisão não se apresenta de forma estanque no sistema jurídico brasileiro, haja vista que há uma interação entre os preceitos normativos de cada um dos grupos. As regras atinentes à responsabilidade contratual são, muitas vezes, utilizadas para as situações extracontratuais o que transforma a linha divisória muito mais tênue do que se possa imaginar. Na realidade, acredita-se que a real diferenciação que venha a justificar a existência desta bipartição está muito mais evidente na fonte do dano propriamente dito, conforme mencionado outrora.

No que tange à responsabilidade contratual, alguns doutrinadores¹⁰¹ criticam com veemência tal nomenclatura, sob a justificativa de uma indução errônea para o operador do direito de que ela somente será incidente sobre os contratos. Na realidade, este viés abrange não só as declarações bilaterais de vontade, mas também a unilaterais.

Seja contratual ou aquiliana, o fato é que, para que haja a incidência da responsabilização sobre o ofensor, é necessário que exista uma construção solidificada através da constatação de

⁹⁸ Tradução livre: Se o devedor for condenado a pagar ao credor em razão dos danos, ele será considerado como o responsável pela inexecução. Esta responsabilidade é chamada responsabilidade contratual para distingui-la daquela imputada a uma pessoa com a qual existe nenhuma relação de direito e que é chamada responsabilidade delituosa porque nasce da falta (RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Traite élémentaire de droit civil de plainol: tome deuxième – obligations, contrats, sûretés réelles*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Juridprudence, 1952, p. 240).

⁹⁹ Antunes Varela *apud* Carlos Roberto Gonçalves lembra que há aspectos atinentes a cada um das duas vertentes que demandam regulamentação diferenciada. “É o caso típico da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*) e da chamada “condição resolutiva tácita”, nos contratos sinalagmáticos (art. 476 e parágrafo único do CC) e o que ocorre com as omissões e com os casos de responsabilidade pelo fato de outrem, no domínio da responsabilidade extracontratual” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. rev. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 27-28).

No que se refere ao Código Civil, vide arts. 186 a 189; 927 e seguintes; 389 e seguintes e 395 e seguintes.

¹⁰⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. rev. aum. e atual. 2 triagem. São Paulo: Malheiros, 2006.

¹⁰¹ Esta corrente que refuta a denominação de responsabilidade civil contratual possui como adeptos juristas de escol, como, por exemplo, Orlando Gomes que, em sua obra *Direito das Obrigações*, tece comentários sobre a questão: “A *responsabilidade* por infração de dever oriundo de vínculo obrigacional denomina-se impropriamente *responsabilidade contratual*. Pelo nome, tem-se a falsa idéia de que se refere tão-somente ao inadimplemento culposo de obrigação assumida contratualmente. Compreende, no entanto todos os casos de inexecução voluntária, seja qual for a fonte da obrigação. Configura-se, igualmente, quando a obrigação deriva de declaração unilateral de vontade ou de situações legais que se regulam como se fossem contratuais.” Por fim, mesmo reconhecendo a inadequação da expressão, conclui o insigne mestre que: “não obstante sua impropriedade, a expressão *responsabilidade contratual* não deve ser substituída porque consagrada. Explica-se sua circulação por ser o *contrato* a principal fonte das obrigações. É no exame da inexecução de obrigações proveniente de contrato que, realmente, a matéria desperta maior interesse.” (GOMES, Orlando. *Obrigações*. Atualizador por Edvaldo Brito. 16. ed. rev. atual. aum. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 180).

alguns pilares fundamentais. A doutrina clássica aponta para a existência de quatro bases de sustentabilidade da responsabilidade civil: a) a conduta do agente; b) a culpa; c) o nexo causal; d) o dano.

2.5.1 A conduta¹⁰² do agente

O comportamento do agente é de suma importância para a construção dos paradigmas da responsabilidade civil. A cada dia, a interação social demanda uma proteção mais incisiva do Poder Judiciário a fim de evitar conflitos de interesses decorrentes de comportamentos socialmente censuráveis. A forma como o indivíduo se porta perante o meio em que vive é de fundamental importância para a engrenagem de toda a proteção que se pretende delinear.

Alguns autores, ao tratarem do primeiro pressuposto da responsabilidade civil extracontratual subjetiva, falam apenas da culpa. Parece-me, todavia, mais correto falar em conduta culposa, e isto porque a culpa isolada e abstratamente considerada, só tem relevância conceitual. A culpa adquire relevância jurídica quando integra a conduta humana. É a conduta humana culposa, vale dizer, com as características da culpa, que causa dano a outrem, ensejando o dever de repará-lo.¹⁰³

Ao falar em conduta, é importante ter em mente que se deve excluir desta previsão os fatos naturais ou aqueles comportamentos humanos que venham a ser impelidos pelas forças da natureza consideradas como invencíveis. Está se falando, por exemplo, de acontecimentos decorrentes de enchentes, terremotos, inundações. Ou seja, somente poderá ser considerada acobertada pelo tópico ora sugerido aquele comportamento praticado exclusivamente pelo ser humano, sem qualquer interferência outra.

Num primeiro momento, pode-se imaginar que somente comportamentos positivos seriam considerados como “conduta do agente”. Porém, a manutenção de tal pensamento apresentase eivado de incompatibilidade, na medida em que, além da ação, também a omissão será abarcada pelo instituto da responsabilidade civil. O próprio art. 186 determina que o direito deve abranger tanto a ação como a omissão.¹⁰⁴

¹⁰² Sérgio Cavalieri Filho alerta que, o termo “ação” é empregado em sentido lato para indicar tanto o comportamento positivo, como a omissão propriamente dita. Segundo o autor: “não raro, entretanto, essa prática enseja confusão, daí se preferível a expressão “conduta”, ou “comportamento””. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. rev. aum. atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 48).

¹⁰³ *Ibidem*, p. 47.

¹⁰⁴ Art. 186, CC – aquele que por ação ou omissão, voluntária, negligência, imperícia ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

A voluntariedade é a peça chave para a configuração da conduta reprovável¹⁰⁵. O conhecimento da conduta que está se adotando é a pedra de toque para o desenvolvimento deste primeiro pilar, seja quando se fala na responsabilidade subjetiva, seja na objetiva.

Assim sendo, pode-se dizer que há duas formas de comportamento: a positiva e a negativa. A primeira delas representa um ato ou fato positivo, ou seja, um comportamento que deverá ser praticado para, a partir de então, vir a produzir o dano a ser sanado através da prestação jurisdicional. Por sua vez, a segunda opção relaciona-se, em outro extremo, com a ausência de atitude por parte do sujeito ativo. O “não fazer” também pode vir a causar prejuízo a terceiros.

Aquele que se encontra compelido a adotar um posicionamento e assim não se comporta, certamente, causará algum agravo a outrem. Em assim sendo, deverá ele ser censurado pela sociedade, sofrendo as devidas sanções impostas pelo ordenamento. Vale salientar que somente poderá ser responsabilizado pela omissão aquele que tiver a obrigação de comportar-se ativamente diante da situação que lhe é apresentada.

Ademais, há situações nas quais o sujeito estará no pólo ativo de uma ação indenizatória, mesmo não sendo ele quem praticou a ação. Estas situações são denominadas de responsabilidade por fato de outrem e, diferenciando-se da modalidade por fato próprio, responsabiliza aquele que está ligado, de alguma maneira, com o sujeito ativo, seja em razão de uma obrigação de cuidado, vigilância ou guarda, por exemplo. Neste sentido, determina o art. 932 do CC/02 que também são responsáveis pela reparação civil, por exemplo, os pais “pelos atos dos filhos menores que estiverem sob a sua autoridade e em sua companhia”.¹⁰⁶

Diante disso, é possível afirmar, com bastante tranquilidade, que a conduta humana é peça fundamental para a análise da responsabilidade civil como um todo. “O ato de vontade, contudo, no campo da responsabilidade deve revestir-se de ilicitude. Melhor diremos na

¹⁰⁵ Para demonstrar a importância da voluntariedade para configurar a conduta humana, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona exemplificam com a situação na qual o sujeito “apreciando um raríssimo pergaminho do século III, sofre uma micro-hemorragia nasal e, *involuntariamente*, espirra, danificando seriamente o manuscrito. Seria inadmissível, no caso, imputar ao agente a prática de um ato voluntário. Restará, apenas, verificarmos se houve negligência da diretoria do museu por não colocar o objeto em um mostruário fechado, com a devida segurança, ou, ainda, se o indivíduo violou normas internas, caso em que poderá ser responsabilizado pela quebra desse dever, e não pelo espirro em si.” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 27).

¹⁰⁶ Art. 932, CC “são, também, responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III- o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV- os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelo seus hóspedes, moradores e educandos; V – os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia”

ilicitude há, geralmente, uma cadeia de atos ilícitos, uma conduta culposa.”¹⁰⁷

2.5.2 A culpa ainda posiciona-se como requisito fundamental?

Uma das grandes transformações surgidas com o aumento da complexidade social ocorreu no âmbito da responsabilidade civil¹⁰⁸, que, por sua vez, refere-se a necessidade, ou não, de comprovação da culpa do sujeito ativo para a imputação da necessidade de responder pelo seu ato omissivo ou comissivo. A doutrina, por sua vez, não a elenca apenas a partir do seu fato gerador. Outras formas de classificação foram desenvolvidas no transcorrer dos anos a partir da evolução do instituto.¹⁰⁹

Inicialmente, nos idos do século XVIII, o dever de indenizar somente surgia a partir da comprovação da culpa do agente passivo. Mesmo havendo dano ao ofendido, este deveria comprovar perante os tribunais a existência de uma intencionalidade em atingir aquele resultado, para que, a partir de então, configurasse a violação ao princípio máximo de Ulpiano do *neminem ledere*.

A teoria da responsabilidade civil decorrente de culpa apresentou-se como um escudo bastante eficiente para a indústria que, a partir do século XVIII, iniciava uma revolução nunca antes vista. Era necessário que os detentores do capital tivessem a liberdade para atuar de tal maneira que sua produção se desenvolvesse linearmente e sem nenhum impedimento. As mudanças estavam a postos, mas tornava-se fundamental blindar todo esse crescimento.

Ao transmutar-se de uma sociedade eminentemente agrária e sem qualquer conhecimento tecnológico para um modelo que tinha como anseio o desenvolvimento técnico, os legisladores fincaram os pilares da culpa na formação da responsabilidade civil, considerando-o como um ingrediente fundamental para formar a couraça de segurança das

¹⁰⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 22.

¹⁰⁸ Esta classificação “quanto ao seu fundamento” é utilizada por Maria Helena Diniz em sua Obra Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 7.

¹⁰⁹ Sérgio Cavalieri Filho elenca em sua obra as principais causas jurídicas que podem resultar em obrigação de indenizar: As causas jurídicas que podem gerar a obrigação de indenizar são múltiplas. As mais importantes são as seguintes: a) ato ilícito (*stricto sensu*), isto é, lesão antijurídica e culposa dos comandos que devem ser observados por todos; b) ilícito contratual (inadimplemento), consistente no descumprimento de obrigação assumida pela vontade das partes; c) violação de deveres especiais de segurança, incolumidade ou garantia impostos pela lei àqueles que exercem atividades de risco ou utilizam coisas perigosas; d) obrigação contratualmente assumida de reparar o dano, como nos contratos de seguro e de fiança (garantia); e) violação de deveres especiais impostos pela lei àquele que se encontra numa determinada relação jurídica com outra pessoa (casos de responsabilidade indireta), como os pais em relação aos filhos menores, tutores e curadores em relação aos pupilos e curatelados; f) ato que, embora lícito, enseja a obrigação de indenizar nos termos estabelecidos na própria lei (ato praticado em estado de necessidade) (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. rev. aum. atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 28).

mudanças de comportamento que se desenhava diante de todos.

A culpa era um requisito extremamente importante para o sistema econômico existente à época, já que retirava do empresário a obrigação de responder pelos danos causados sem a sua constatação. A inexistência de qualquer requisito de segurança no ambiente de trabalho e as precárias condições a que eram expostos os trabalhadores serviam como uma combinação perfeita para a ocorrência de inúmeros gravames.

Para se cogitar a configuração da responsabilidade civil, era necessária a avaliação da existência de atuação culposa¹¹⁰ por parte do sujeito ativo. Em outras palavras: o aplicador do direito deveria focar a sua análise no aspecto subjetivo do ato praticado. Havendo indícios que demonstrassem a existência de destes requisitos, além do nexos causal, do dano e da conduta do agente, estar-se-á diante da responsabilidade civil subjetiva.

O Código Civil de Napoleão tinha a culpa como um dos nortes mais importantes.¹¹¹

Ao comentar sobre o tema, Capitant e Colin discorrem sobre a culpa afirmando que:

Cuando se dice que un hombre há incurrido em culpa, todos saben lo que esto quiere decir. Quiere decir que esse hombre no se a conducido como hubiera debido hacer. Se pregunta como este hombre debido portarse, se compara su conducta com la que hubiera seguido em su lugar un hombre prudente, diligente. Y ésta es, em efecto, la noción tradicional de la culpa, la que los jurisconsultos romanos, psicólogos perspicaces, nos han transmitidos.¹¹²

A detecção da culpa, portanto, é feita a partir da comparação do comportamento com aquele considerado ideal, ou seja, daquele indivíduo que cumpre com todas as suas obrigações e que age acobertado pela prudência e pela atenção necessária, decorrendo daí situações

¹¹⁰ Maria Helena Diniz lembra que: “a culpa será *grave* quando, dolosamente, houver negligência externa do agente, não prevendo aquilo que é previsível ao comum dos homens. A *leve* ocorrerá quando a lesão de direito puder ser evitada com atenção ordinária, ou adoção de diligências próprias de um *bônus pater familias*. Será *levíssima*, se a falta for evitável por uma atenção extraordinária, ou especial habilidade e conhecimento singular.” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro - responsabilidade civil*. 21. ed. rev. atual. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2007, p.43).

¹¹¹ Arnold Wald lembra que “o direito francês elaborou sucessivamente teorias, como os da guarda de pessoas ou de coisas, desenvolvendo, assim, a culpa *in eligendo* e *in vigilando*, de tal modo que se aceitou a presunção de culpa. Inicialmente, em certos casos, trava-se de presunção *juris tantum*, admitindo prova em contrário. Posteriormente, em relação à responsabilidade do empregador pelos danos cometidos pelo empregado, passou-se à chamada presunção *juris et de jure*, que não admite prova em contrário e que, na prática, equivalente à responsabilidade objetiva.” (WALD, Arnold. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 845, ano 95, mar. 2006, p. 85).

¹¹² Em tradução livre: quando se diz que um homem age culposamente, todos sabem o que se quer dizer. Quer dizer que este homem não adotou uma conduta como era de se esperar. Pergunta-se como este homem deveria comportar-se, compara sua conduta com a que deveria ser praticada por um homem prudente e diligente que estivesse em seu lugar. E esta é, de fato, a noção tradicional de culpa, a que os jurisconsultos romanos, psicólogos e estudiosos nos têm transmitidos. (COLIN, Ambrosio; CAPITANT, H. *Curso elemental de derecho civil*. 3. ed. espanhola. Tomo terceiro. Madrid: Instituto Editorial Réus, 1951, p. 839).

caracterizadas pela negligência, imperícia ou imprudência¹¹³ do agente.

Porém, ao contrário do que se poderia imaginar à época, a responsabilidade civil subjetiva tornou-se insuficiente para abarcar grande parte dos acontecimentos que afligiam a sociedade.

2.5.3 As mudanças sociais e a responsabilidade objetiva

A revolução industrial e a inserção de novas relações sociais trouxeram à reboque situações antes não vislumbradas pelos legisladores e operadores do direito. Em consequência, a teoria da culpa passou a ser insuficiente para abarcar a grande maioria dos anseios antes inexistentes e que foram agregados ao meio social.¹¹⁴

De modo gradual admitiu-se um direito à segurança por parte da vítima da lesão de direito, abrangendo tanto a integridade física da pessoa como a intangibilidade dos seus bens. Assim, quando o direito à segurança sofria uma lesão surgia uma responsabilidade por parte do autor do dano. A doutrina explicou que houve um deslocamento do prisma pelo qual se examinava a responsabilidade civil. Abandonou-se, em alguns casos, a apreciação da conduta do autor do dano para garantir o direito à segurança de quem tinha sofrido a lesão.¹¹⁵

Foi então que a responsabilidade civil passou a ser vista sob dois prismas. Ordinariamente, ela era configurada a partir da existência da culpa, porém já havia a germinação de uma nova vertente que, em nome da segurança da vítima, passou a trilhar o caminho da configuração desta obrigação secundária abrindo mão do aspecto subjetivo, como, por exemplo, nos acidentes laborais¹¹⁶. Para este tipo foi-lhe rotulada a característica de objetiva.¹¹⁷

¹¹³ Somente a título de esclarecimento e sem qualquer pretensão de adentrar na temática, pode-se definir, sumariamente, negligência como sendo a ausência de cautela, de precaução. Ou seja, a falta de cuidados necessários para barrar o acontecimento danoso. Por sua vez, a imprudência é a infringência às regras de conduta necessárias para a realização de um ato. O agente pratica fato considerado como perigoso. Por fim, a imperícia é também conhecida como culpa profissional ou técnica, e refere-se a falta de aptidão no exercício de uma profissão ou de uma arte. É voltada diretamente aos profissionais em razão do seu ofício.

¹¹⁴ Ainda segundo Arnold Wald, ele lembra que não só no aspecto material é possível explicar a evolução da responsabilidade civil. Tão importante quanto este aspecto, o patamar psicológico, com a inserção de novos pensamentos e a queda de diversos dogmas antes existentes, também são ingredientes para a “fermentação” deste instituto. Nas palavras do autor: “o desenvolvimento da noção da responsabilidade civil não se explica somente pelos fatores econômicos, mas também pela psicologia particular do homem do nosso tempo que se recusa a crer no inevitável, na fatalidade no acidente causado pela vida, procurando sempre um responsável pelos danos e prejuízos que sofre.” (WALD, Arnold. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 845, ano 95, mar. 2006, p. 83).

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 85.

¹¹⁶ “na década de 1930, o ilustre jurista Virgílio de Sá Pereira que foi desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, examinando os problemas decorrentes de acidentes de bonde, reconheceu que a vítima devia ser ressarcida independentemente da culpa, tanto do motorneiro, quanto da empresa exploradora da concessão, que era na época da Light. Dizia o consagrado magistrado que o motorneiro podia ter culpa, mas não tinha recursos para indenizar a vítima e que a Light (empregadora) tinha dinheiro, mas não tinha culpa. Ora, era preciso que a vítima fosse ressarcida, tanto mais que a empresa de bondes realizava atividade lucrativa e tendo as respectivas

Desta maneira, pode-se dizer que o viés objetivo da responsabilidade surgiu em decorrência de situações nas quais havia iminente configuração do risco ou nos casos de existência de profundas desigualdades entre o sujeito ativo do dano e o passivo. “A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (*ubi emolumentum, ibi ônus; ubi commoda, ibi incommoda*).¹¹⁸

As teorias modernas têm se afastado da valorização da culpa para adentrar na teoria do risco, na qual a responsabilidade passa a ter aspecto objetivo. Ao exercer alguma atividade que seja potencialmente arriscada a causar prejuízos a terceiros, o agente assume o risco de ser compelido a ressarcir ou indenizar o dano decorrente da prática deste ato. Este pensamento vincula-se diretamente ao denominado risco-proveito ou risco-benefício, ou seja, aquele que exerce determinada atividade e, conseqüentemente, retira vantagens diretas ou indiretas deverá responder pelos danos causados, independentemente de culpa sua ou de qualquer outra pessoa a ela vinculada.

O Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal aponta, em seu enunciado 38 no sentido de que: “a responsabilidade, fundada no risco da atividade, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.”

Além disso, atualmente, vislumbra-se a aplicabilidade da teoria do dano objetivo¹¹⁹ que

vantagens devia arcar também com os ônus decorrentes. Construiu-se, pois, gradativamente, uma jurisprudência que garantia a indenização da vítima pela empresa, sem prejuízo da eventual ação regressiva que esta poderia ter contra o empregado se tivesse atuado culposamente. Algumas décadas depois, essa jurisprudência se sedimentou definitivamente ensejando, na década de 1960, a Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal.” (*Ibidem*, p. 86-87).

¹¹⁷ Súmula 341 do STF: É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.

¹¹⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – responsabilidade civil*. 21. ed. rev. atual. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 51.

¹¹⁹ Segundo o STF: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO DECORRENTE DE ASSALTO POR QUADRILHA DE QUE FAZIA PARTE PRESO FORAGIDO VARIOS MESES ANTES. A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69 (e, atualmente, no parágrafo 6. do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros. - Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito a impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também a responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada. - No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexo de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, é inequívoco que o nexo de causalidade inexistente, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade prevista no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69, a que corresponde o parágrafo 6. do artigo 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o

encontra inserta, também, no âmbito da responsabilidade civil objetiva. Neste caso, a culpa é posta ao largo da análise. Havendo dano comprovado dever-se-á ressarcir. A idéia de culpa não é fator preponderante, isto porque, a tendência atual é não deixar a vítima de atos ilícitos sem a contraprestação a que tem direito.

A responsabilidade civil é, indubitavelmente, um dos temas mais palpitantes e problemáticos da atualidade jurídica, ante sua surpreendente expansão no direito moderno e seus reflexos nas atividades humanas, contratuais e extracontratuais, e no prodigioso avanço tecnológico, que impulsiona o progresso material, gerador de utilidades e de enormes perigos à integridade da pessoa humana.¹²⁰

Quando se fala no aspecto objetivo da responsabilidade, deve-se ter em mente que esta é configurada a partir da atividade exercida pelo agente e não pelo seu comportamento. O regramento jurídico constante no parágrafo único do art. 927 do Código Civil¹²¹ fala em atividade que venha a causar riscos¹²² a outrem, ou seja: aquela atitude que possui grande potencialidade danosa, ultrapassando os limites aceitos pela normalidade.

[...] lembrando que a idéia de reparação é muito mais ampla do que a de ato ilícito: se este cria o dever de ressarcir, há, entretanto, casos de indenização em que não se cogita a iliceidade da conduta do agente. Daí temos de cuidar do assunto tratando primeiramente da reparação originária da culpa e depois daquela a que é estranha a sua noção.¹²³

O parágrafo único do artigo 927 do novo Código traz consigo previsão de suma importância para os dias atuais que é o dever de indenizar sem que seja necessária a observação da existência de culpa, nos casos em que há previsão legal ou quando a atividade normalmente

efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão. Recurso extraordinário conhecido e provido." (STF, Primeira Turma. RE 130.764/PR, Rel. Min. MOREIRA ALVES, pub. 07.08.92)

¹²⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – responsabilidade civil*. 21. ed. rev. atual. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 7.

¹²¹ Art. 927 do Código Civil: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

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

¹²² Há algumas modalidades de riscos reconhecidas pela doutrina nacional, dentre as quais destacam-se: o risco proveito que imputa àquele que tira proveito da atividade danosa a obrigação pela reparação do dano; o risco profissional que alude que sempre que o fato prejudicial ocorra em razão de atividade profissional do lesado deverá haver a indenização (aplica-se muito nos casos de responsabilidade civil em razão de acidente decorrente do labor); o risco excepcional é aquela que abarca o dano quando ele decorre de uma atividade excepcional a qual a vítima não se configurava como sua atividade comum; o risco criado que é relacionado ao dever de indenizar imputado àquele que em razão da sua atividade ou da sua profissão cria o perigo; e, por fim, a do risco integral que é a mais radical de todas as teorias que envolvem a idéia de risco, pois ela aponta no sentido de que deve haver indenização mesmo nos casos em que inexistente o nexo causal. Assim, o dever de indenizar apresenta-se apenas em razão do dano.

¹²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 3. ed. vol III. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 391.

desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, grande risco para os direitos de outra pessoa.

Na responsabilidade objetiva, a atividade que gerou o dano é lícita, mas causou perigo a outrem, de modo que aquele que a exerce, por ter a obrigação de velar para que dela não resulte prejuízo, terá o dever ressarcitório, pelo simples implemento do nexo causal. A vítima deverá pura e simplesmente demonstrar o nexo de causalidade entre o dano e a ação que o produziu.¹²⁴

Nestes casos, o agente ressarcirá os danos experimentados mesmo em situações de ausência completa da culpa, pois tal obrigação é imposta por lei, sem a necessidade de indagar se houve a configuração de algum erro de conduta. Assim, diferentemente do que ocorre com a responsabilidade subjetiva, na objetiva, ao ônus probatório não se atém ao *ánimus* do ofensor. É desnecessária a avaliação do dolo ou culpa do agente, devendo-se apenas comprovar o nexo de causalidade entre a conduta e o dano sofrido.

A exigência da identificação de culpa que, antigamente, reinava soberano no âmbito da responsabilidade civil, hoje se encontra mitigada diante de algumas determinações legais. A objetivação do instituto fez com que o aspecto subjetivo, em muitos casos, passasse a ser utilizado apenas como uma chancela que servirá como um aporte para confirmar a decisão adotada pelo magistrado. A culpa e o dolo saem da frente dos holofotes para, nestes casos, assumirem um aspecto subsidiário.

Há uma transmutação na ordem tradicionalmente estipulada. Os Juízes, antes acostumados a identificar a existência da culpa para, em seguida, localizar o direito do ofendido a ser indenizado, passaram a, primeiramente, constatar o direito da vítima ter de volta o seu *status quo ante* e depois caso fosse houvesse a sua configuração, ela apenas servirá para justificar a decisão tomada.

Um dos grandes defensores do âmbito objetivo da responsabilidade, Caio Mário da Silva Pereira alude que: “o fundamento ético da doutrina está na caracterização da injustiça intrínseca, que encontra os seus extremos definidores em face da diminuição de um patrimônio pelo fato do titular de outro patrimônio”¹²⁵

Vale salientar que apesar de toda essa vertente objetivista, que emana da nova tendência da responsabilidade civil, não houve o abandono do modelo subjetivista. Não se encontra

¹²⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – responsabilidade civil*. 21. ed. rev. atual. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 54.

¹²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: Introdução*. 5. ed. vol I. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 459.

abandonada a responsabilidade por culpa. Ela continua, conforme já foi exposto, existente na parte geral no Título referente aos atos ilícitos e, mais adiante, na parte destinada à responsabilidade civil propriamente dita.

Deve-se lembrar, ainda, que apesar da força incontestável existente na teoria objetiva da responsabilidade civil – até mesmo porque protege a pessoa de forma mais ampla contra abusos de terceiros que possuem uma complexidade maior de configuração –, a outra face da moeda denominada de subjetiva ainda possui grande repercussão no atual Código Civil. “A responsabilidade objetiva não substitui a subjetiva, mas fica circunscrita aos seus justos limites”.¹²⁶

Interessante também é a previsão feita por Sérgio Cavalieri ao afirmar que a tendência do futuro é a socialização dos riscos, fomentado pelo crescimento vertiginoso dos acidentes nas relações sociais. “Lança-se mão de técnicas de socialização do dano para o fim de ser garantida pelo menos uma indenização básica para qualquer tipo de acidente pessoal. É o que, em doutrina, se denomina de reparação coletiva, indenização autônoma ou social.”¹²⁷

Muda-se, com isso o foco da responsabilidade civil.

Doravante, o causador da agressão não mais será o ponto nevrálgico para o funcionamento de toda engrenagem, mas sim a própria vítima. É necessário manter a paz social através da segurança de que, na hipótese de prática de um ato ilícito ou um abuso de direito, ao sujeito passivo será assegurada a satisfação do seu direito ofendido.

O dano, por esse novo enfoque, deixa de ser apenas contra a vítima pra ser contra a própria coletividade, passando a ser um problema de toda a sociedade. Um dano injusto deve ser indenizado e, em razão disso, pode-se dizer que ambas as vertentes se completam¹²⁸, pois onde não houver espaço para a incidência da teoria subjetiva, aplicar-se-á a objetiva na busca de assegurar a paz social.¹²⁹

¹²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. rev. de acordo com o novo código civil (Lei 10.406 de 10-1-2002). Saraiva: São Paulo, 2005, p. 24.

¹²⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. rev. aumentada, atual. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.165.

¹²⁸ Neste mesmo sentido conduz Carlos Young Tolomeri quando afirma que “não parece existir algum problema em imaginar-se que, ao lado do sistema da responsabilização por ato ilícito, relacionado à culpa, possa conviver outro sistema, objetivo, relacionado ao risco da atividade desenvolvida. Em outras palavras, não se trata de declínio desta ou daquela teoria, mas surgimento de legítimos mecanismos para atender as novas demandas sociais.” (TOLOMERI, Carlos Young. A noção de ato ilícito e a teoria do risco na perspectiva do novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord). *A parte geral do novo código civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2003, p. 363).

¹²⁹ Alguns autores que se dedicam a desenvolver a temática em torno da responsabilidade civil, como por exemplo Sérgio Cavalieri Filho, lembram que esta socialização dos danos decorre na necessidade de estipulação

2.5.4 O nexu causal na responsabilidade civil

Como visto no transcorrer do presente trabalho, a culpa não pode mais ser taxada como um elemento intrínseco da responsabilidade civil no sentido lato. Isto porque, ela inexistente quando analisado o aspecto objetivo do instituto, limitando-se apenas ao âmbito subjetivo. Por sua vez, há outros requisitos que formam a base de sustentação para todo o edifício construído a partir do descumprimento de uma obrigação.

O nexu causal é um pilar de fundamental importância para a solidificação da construção ora comentada¹³⁰. Não se pode chegar à consequência sem que haja uma ponte conectora com a sua causa. Esta é, em simples palavras, a função deste pilar: fazer com que o ato ilícito, ou o abuso de direito, seja vinculado ao dano causado para a partir de então fazer surgir a responsabilidade civil.

Inúmeros são os acontecimentos que podem desaguar em danos para a pessoa. Porém, para que haja a possibilidade de indenização em razão de alguma agressão a direitos alheios, torna-se necessária a verificação do nexu causal entre a conduta do sujeito ativo e o resultado danoso. Pouco importa que um comportamento contrário ao direito coincida com o prejuízo sofrido por uma pessoa. É necessário que seja identificado este liame¹³¹ para que, a partir de então, se possa falar em restituição ao *status quo ante*.¹³²

Este emaranhado de situações faz com que a visualização do nexu não se apresente de forma tão simples como pode ser vislumbrado a partir de uma leitura doutrinária superficial. A realidade não se apresenta no esquema causa-conduta. Ela é muito mais complexa do que se pode imaginar num primeiro momento. Não é por outro motivo que “o conceito de relação

de seguros para que, com isso, possa ser assegurada a ideologia desta teoria. Neste sentido, alude Eugênio Facchini Neto: “este terceiro modelo vai além da idéia de uma simples responsabilidade objetiva, pois esta permanece uma idéia vinculada a parâmetros individuais, ao passo que o modelo ao qual agora nos referimos transcende o indivíduo e socializa as perdas. Não se trata, portanto de condenar alguém individualizando a ressarcir um prejuízo, mas sim de transferir para toda a sociedade ou para um setor desta uma parte deste prejuízo. A hipótese, aliás, não é nova, bastando ter presente o que sucedeu no âmbito da responsabilidade por acidente de trabalho, bem como no campo do seguro obrigatório de responsabilidade civil envolvendo veículos automotores” (FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. *Revista Jurídica*, São Paulo, n. 356. jun. 2007, p. 41).

¹³⁰ Deve-se lembrar a exceção que compreende a teoria do risco integral (ver nota de rodapé 113).

¹³¹ O Código Penal, por exemplo, possui norma expressa que prevê a necessidade do nexu causal quando ele assegura em seu art. 13 que: o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa.”

¹³² Como exemplo, pode-se citar o caso de uma pessoa que arremessa uma pedra contra a janela do seu desafeto no intuito de vir quebrá-la. Porém, ao mesmo tempo em que ele defere o objeto contra o patrimônio, um tiro é deflagrado a ermo e acerta a vidraça vindo a estilhaçá-la por completo. Apesar do ilícito cometido pelo lançador da pedra, ele não poderá ser responsabilizado a indenizar o dono da casa em razão da quebra da janela, pois não houve nexu causal entre a sua conduta e o resultado.

causal, além de se revestir de um aspecto filosófico, apresenta dificuldades de ordem prática, porque na maioria das vezes o evento danoso está cercado de condições que se multiplicam, dificultando a identificação da causa do dano”.¹³³

Ademais, a doutrina brasileira não conferiu a importância necessária para o desenvolvimento da matéria. Mesmo com a promulgação do Código Civil de 2002, não houve a inserção de novos horizontes ao instituto, pois o legislador não se deu ao trabalho de ampliar toda previsão normativa já existente. Sendo assim, aqueles que se dedicam ao estudo da temática, apresentam críticas ferrenhas ao art. 403¹³⁴ do referido diploma¹³⁵.

Apesar de ser agregado ao início deste tópico uma idéia bastante simplória e evitada de simbolismo do que venha a ser o nexos causal, nem mesmo a sua conceituação se apresenta de forma fácil e cristalina. Segundo Sérgio Cavalieri Filho, “o conceito de nexos causal não é jurídico; decorre das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado.”¹³⁶

Pode-se dividir as causalidades em dois gêneros: as simples e as múltiplas. As primeiras, como pode ser comprovado quase que intuitivamente, não demandam maiores problemas na análise do intérprete. A grande problemática está, exatamente, no segundo grupo – as hipóteses de causalidade múltiplas – em que várias circunstâncias ocorrem para resultar no evento danoso, formando, assim, uma complexa cadeia de condições, que obriga o aplicador do direito a interpretar qual delas foi a causa real para o resultado ali existente.

Gisela Sampaio da Cruz alerta que, no que se refere ao concurso de causas, necessário se faz apurar a análise para distinguir três grupos distintos que são as causas complementares (também conhecidas como concausas, causalidade comum ou conjunta), as causas

¹³³ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexos causal na responsabilidade civil*. São Paulo: Renovar, 2005, p. 19.

¹³⁴ Segundo o art. 403 do Código Civil: “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem nos prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

¹³⁵ Por todos eles, Gisela Sampaio da Cruz que afirma o seguinte: “a matéria não recebeu o devido tratamento do legislador, uma vez que o único dispositivo do Código Civil que trata do nexos causal (art. 403) é obscuro e insuficiente, além de estar mal localizado no Código. Obscuro porque, como mais adiante se terá ocasião de examinar, a expressão “direto e imediato” suscita uma série de controvérsias em relação ao ressarcimento dos danos indiretos. Insuficiente porque a brevidade de sua regulamentação não leva em conta todas a complexidade do tema. Mal localizado porque o art. 403 é aplicado tanto à responsabilidade contratual, quanto à extracontratual, razão pela qual não deveria constar do título referente ao inadimplemento das obrigações (título IV), mas, sim, em vez disso, dos capítulos relativos à responsabilidade civil (título IX).” (CRUZ, Gisela Sampaio da. *op.cit.*, p.20).

¹³⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. rev. aumentada, atual. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 71.

cumulativas e as causas alternativas¹³⁷.

Diante de tais dificuldades, passou-se a elaborar teorias diversas para tentar solucionar as principais controvérsias existentes. Vale lembrar, por sua vez, que toda a construção teórica e prática não se encontra solidificada. A doutrina ainda se apresenta vacilante em seus posicionamentos, o que faz com que o tema ofereça um campo vasto de análise e discussão. Em razão disso, apenas serão apresentadas as principais linhas teóricas sob pena de, em caso contrário, arcar com a gravíssima penalidade de desvio completo do corte epistemológico proposto.¹³⁸

Por sua vez, antes de adentrar nas espécies doutrinariamente previstas é necessário lembrar que, num esquema cartesiano, a verificação do liame causal deve ser feita antes mesmo do exame da culpabilidade do autor do dano, no caso da responsabilidade civil subjetiva. Já no que se refere à objetiva, a inexistência de culpa agrega uma valoração ainda maior à matéria aqui exposta.

2.5.4.1 As teorias acerca do nexa causal

Uma das teorias elaboradas foi da equivalência das condições (*conditio sine qua non*) que teve sua origem nos idos do século XIX, a partir dos pensamentos do jurista alemão Maximiliano Von Buri¹³⁹. Segundo sua filosofia, não haveria qualquer diferenciação entre os fatos que antecedem o evento danoso, o que implica em dizer que todos os fatos precursores e que possuam ligação direta, serão considerados como causa.

Havendo pluralidade de fontes, todas elas devem ser consideradas como capazes de atuarem na produção dos danos. Um evento é condição para o outro, ou seja, todas as condições são

¹³⁷ As concausas surgem quando duas ou mais causas interligam-se para que, a partir de então, passem a produzir um resultado que não seria possível caso houvesse a atuação isolada de apenas uma delas. Apesar de serem dependentes uma da outra, os sujeitos ativos respondem de forma independente, já que cada um deve responder pela parcela que gerou o dano total. Por sua vez, há as denominadas causas cumulativas quando ao contrário da primeira cada uma das causas teria a capacidade de, sozinha, produzir os efeitos desejados. Por último, as causas alternativas são aquelas que não são possíveis de definir com absoluta certeza qual dos participantes participou do evento danoso definitivamente. (CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. São Paulo: Renovar, 2005, p.28-31).

¹³⁸ Comentando sobre a existência das teorias que envolvem o nexa causal, Sérgio Cavalieri Filho afirma que: “todas realçam aspectos relevantes do problema e seguem caminhos mentais semelhantes para atingirem os mesmo resultados, de sorte que em face do caso concreto, teremos que nos valer das contribuições de todas as teorias que possam nos levar a uma solução razoável.” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. rev. aumentada, atual. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 72).

¹³⁹ Maximiliano Von Buri foi magistrado do Tribunal Supremo do “*Reichsgericht*” e a obra “*Über Kausalität und deren verantwortung*”, publicada em 1860, foi a responsável pela criação do pensamento da equivalência das condições.

valoradas equitativamente na verificação do efeito não sendo possível retirar ou destacar qualquer uma que seja. “Tanto as causas quanto as condições assumem, indistintamente, funções de concausas, daí a denominação “Teoria da Equivalência dos Antecedentes causais””¹⁴⁰.

Apesar de, numa primeira análise, apresentar-se como uma linha de pensamento bastante atrativa, esta linha de pensamento acaba por influir numa busca infinita das causas que resultaram na responsabilidade civil. Seria uma corrente de acontecimentos que, unindo cada um dos seus elos, alcançaria do fato danoso praticado.

Com o rigorismo desta teoria, o juiz sequer consegue apreciar bem os fatos, quanto mais introduzir certos abrandamentos na série causal. Assim, apesar de algumas vantagens (grande simplicidade de aplicação, maiores probabilidades de reparação das vítimas, intenso efeito preventivo na obstrução dos danos), esta teoria conduz a exageros inaceitáveis e a soluções injustas.¹⁴¹

Também é de autoria de um pensador alemão, Von Kries, a outra teoria que ressoa com grande importância no âmbito do nexa causal. Segundo ela, não pode ser considerada como mola propulsora do evento ilícito toda e qualquer condição precedente, mas apenas, aquele considerado adequado à produção do resultado. Isso implica em dizer que há uma seleção das causas, somente ganhando relevo aquelas que se apresentarem como mais adequadas a delinear os contornos das conseqüências do ato.

Esta escolha, por sua vez, é feita pelo magistrado que terá em suas mãos o dever de analisar qual (quais) dos acontecimentos foi (foram) o(s) responsável(eis) pela incidência da responsabilidade civil sobre o sujeito ativo. Ao comentar sobre esta segunda corrente doutrinária, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, aludem que:

Se a teoria anterior peca por excesso, admitindo uma ilimitada investigação da cadeia causal, esta outra, a despeito de mais restrita apresenta o inconveniente de admitir um acentuado grau de discricionariedade do julgado, a quem incumbe avaliar, no plano abstrato, e segundo o curso normal das coisas, se o fato ocorrido no caso concreto pode ser considerado, realmente, *causa do resultado danoso*¹⁴²

Por fim, a terceira vertente que busca analisar o nexa causal foi ressaltada pelo jurista brasileiro Agostinho Alvim em sua obra intitulada *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*. Segundo o autor, apenas seria considerada causa da responsabilidade civil

¹⁴⁰ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. São Paulo: Renovar, 2005, p.39.

¹⁴¹ *Ibidem*, p.45-46.

¹⁴² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. vol. III. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 100.

aquela que possuísse um liame necessário em relação ao resultado danos, ou seja, uma consequência direta; imediata.

Diante destas três teorias apresentadas, os doutrinadores digladiam-se no que se refere a identificar qual seria a adotada pelo Código Civil. Uma parcela dos “pensadores do direito”¹⁴³ tangenciam no sentido da aplicação da causalidade adequada. Por sua vez há outro grupo de doutrinadores¹⁴⁴ que fomentam pela aplicação da teoria da causalidade direta ou imediata. Para tanto, sustentam que ela encontra-se prevista no art. 403 do CC/02¹⁴⁵.

A jurisprudência brasileira adota teoria diversa daquela apontada pelo Diploma Civil. Em consequência, concluem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que “a despeito de reconhecermos que o nosso Código melhor se amolda à teoria da causalidade direta e imediata, somos forçados a reconhecer que, por vezes, a jurisprudência adota a causalidade adequada, no mesmo sentido.”¹⁴⁶

Sendo assim, havendo relação entre a causa e a consequência, estabelece-se o nexos causal e imputa-se ao agressor a obrigação de indenizar, ou restituir, o sujeito passivo. Em princípio somente responde pelo dano quem o provocou.¹⁴⁷

Porém, há situações nas quais o evento danoso desenha-se diante da sociedade, mas o agente ali constante não foi o responsável pela ocorrência do mesmo, apesar de, preliminarmente,

¹⁴³ Por todos, vide Sérgio Cavaliere Filho. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. rev. aum., atual. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2006

Ademais, também é possível encontrar posicionamentos que apontam no sentido da aplicação da causalidade adequada, conforme pode ser constatado do AgRg no Ag 682599 / RS, que diz: AGRADO REGIMENTAL. AGRADO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DESCARGA ELÉTRICA. AUSÊNCIA DE CORTE DAS ÁRVORES. CONTATO COM OS FIOS DE ALTA TENSÃO. NEXO DE CAUSALIDADE RECONHECIDO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. INOCORRÊNCIA. 1. Em nenhum momento a decisão agravada cogitou da falta de prequestionamento dos artigos apontados como violados, ressentindo-se de plausibilidade a alegação nesse sentido. 2. O ato ilícito praticado pela concessionária, consubstanciado na ausência de corte das árvores localizadas junto aos fios de alta tensão, possui a capacidade em abstrato de causar danos aos consumidores, restando configurado o nexos de causalidade ainda que adotada a teoria da causalidade adequada. 3. O acolhimento da tese de culpa exclusiva da vítima só seria viável em contexto fático diverso do analisado. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ. 4ª TURMA. AgRg no Ag 682599 / RS ; AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO 2005/0086918-4. REL. Ministro FERNANDO GONÇALVES. Pub. DJ 14.11.2005 p. 334)

¹⁴⁴ Por todos, Carlos Roberto Gonçalves em sua obra *Responsabilidade Civil*. (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. rev. de acordo com o novo código civil (Lei 10.406 de 10-1-2002). Saraiva: São Paulo, 2005).

¹⁴⁵ Art. 403, CC/02 – “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto ou imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”

¹⁴⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. vol. III. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 105.

¹⁴⁷ Há algumas previsões legais que estabelecem a solidariedade, conforme pode ser observado no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor.

isso parecer incontestável¹⁴⁸. Estes casos recebem a titulação de causas excludentes de nexo de causalidade.

2.5.5 A peça principal da responsabilidade civil: o dano

O último elemento, e não menos importante, a ser analisado é o dano. Não se pode falar em imputação da responsabilidade civil a um agente sem que, do seu ato, tenha decorrido algum prejuízo para o sujeito passivo desta relação. Logicamente, não poderá haver a obrigação de trazer ao *status quo ante* uma situação que nem sequer foi modificada.

Pode-se tirar daí, desde logo, uma conclusão lógica: a de que o ato ilícito nunca será aquilo que os penalistas chamam de crime de mera conduta; será sempre um delito material, com resultado de dano. Sem dano pode haver responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil. Indenização sem dano importaria enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse.¹⁴⁹

A conceituação do dano pode ser feita através de dois vieses: o primeiro, que é o seu sentido amplo, refere-se a qualquer lesão a bem jurídico, incluindo-se aí até mesmo aqueles que atingem o aspecto moral. Já no seu sentido estrito ele abrange apenas as lesões direcionadas ao património do indivíduo¹⁵⁰. Por isso, conclui Rui Stoco que: “o conceito de dano é largo e abrangente e, modernamente, à luz da nova Carta Constitucional, não mais se limita ao dano patrimonial.”¹⁵¹ Sendo assim, a presente obra utilizará o seu conceito lato já que o seu patamar extrapatrimonial é objeto central do presente trabalho.¹⁵²

¹⁴⁸ São eles: culpa exclusiva da vítima, fato exclusivo de terceiros, caso fortuito e força maior, estado de necessidade, legítima defesa e exercício regular de um direito e estrito cumprimento do dever legal. Todas essas causas atacam os elementos ou pressupostos essenciais da responsabilidade civil, rompendo o nexo de causalidade entre o ato praticado e o dano sofrido, o que faz com que a imputação da responsabilidade civil ao autor dessa lesão de que resulta torne-se impossível. Isso ocorre tanto quanto se trata de responsabilidade objetiva como subjetiva na qual até mesmo o fato anímico é fulminado. Da mesma forma como foi feito com outros tópicos abrir-se-á mão da análise aprofundada deste tema para que possa ser preservada a linha de pensamento pretendida no presente trabalho.

¹⁴⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6 ed. rev. aumentada, atual. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 96.

¹⁵⁰ Américo Luis Martins da Silva lembra que “para nós, não é possível exigir que a noção de dano se restrinja à idéia de prejuízo, isto é, ao resultado da lesão. Por isso mostra-se mais adequada do que a colocação de Carnelutti a definição apresentada por Hans Albrecht Fischer, o qual considera o dano na suas duas acepções: a) a *vulgar*, de prejuízo que alguém sofre, na sua alma, no seu corpo ou seus bens, sem indagação de quem seja o autor dessa lesão de que resulta; b) a *jurídica*, que, embora partindo da mesma concepção fundamental, é delimitada pela sua condição de pena ou de dever de indenizar, e vem a ser o prejuízo sofrido pelo sujeito de direitos em consequência da violação deste por fato alheio” (SILVA, Américo Luis Martins da. *O dano moral e sua reparação civil*. 3. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 29).

¹⁵¹ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 5. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 934.

¹⁵² Neste sentido, Carlos Aberto Gonçalves: “enquanto o conceito clássico de dano é o de que constitui ele uma “diminuição do património”, alguns autores o definem como a diminuição ou subtração de um “bem jurídico”,

Note-se que o prejuízo deve ser ressarcido ou indenizado para que o paciente da ação retorne à condição existente anteriormente ou tenha uma compensação em relação ao resultado do ato praticado. Para tanto, inclui-se também aquilo que se deixou de amealhar, através da inserção dos danos emergentes e dos lucros cessantes, também conhecidas como perdas e os danos.¹⁵³

O resultado da agressão a direitos de terceiros não poderá ser configurado a partir de uma suposição. É necessário que haja a prova concreta e real da sua existência, com a apresentação, em razão das conseqüências dele decorrentes da repercussão refletida tanto na pessoa – no aspecto moral – em seu patrimônio.

Por sua vez, a expressão “certeza do dano” não pode ser utilizada como sinônimo de “atualidade” ou “presente”. Nada impede que a agressão possa estar se configurando, ou até mesmo que venha a se concretizar num futuro. Neste último caso é necessário que haja uma ligação à condição inevitável de resultado de uma ação praticada¹⁵⁴. Nesta esteira, afirma Maria Helena Diniz:

A certeza do dano refere-se à sua existência e não à sua atualidade ou a seu montante [...]. A atualidade ou futuridade do dano é atinente à determinação do conteúdo do dano e ao momento em que ele se produziu. O dano pode ser atual ou futuro, isto é, potencial, desde que seja conseqüência necessária, certa, inevitável e previsível da ação. [...]. A certeza do dano, portanto, constitui sempre uma constatação de fato atual que poderá projetar, no futuro, numa conseqüência necessária, pois se esta for contingente, o dano será incerto.¹⁵⁵

Portanto, não há que se falar em dano atual ou dano futuro. A questão a ser analisada está exatamente na sua certeza ou não. “Em regra, os efeitos do ato danoso incidem no patrimônio

para abranger não só o patrimônio, mas a honra, a saúde, a vida, suscetíveis de proteção.” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. rev. de acordo com o novo código civil (Lei 10.406 de 10-1-2002). Saraiva: São Paulo, 2005, p. 545).

¹⁵³ Alguns doutrinadores, dentre eles Carlos Alberto Gonçalves, criticam a utilização do termo “perdas e danos” alegando que Códigos, como o francês, não utilizam esta nomenclatura, preferindo em seu lugar os termos “danos e interesses” por possuir uma exatidão científica maior, já que “perdas e danos são expressões sinônimas que designam, simplesmente, o dano emergente”. (*Ibidem*, p. 545-546).

¹⁵⁴ A partir de tal afirmativa pode-se vislumbrar o nascimento da nova teoria que está sendo adotada em larga escala pela comunidade jurídica, conhecida como “responsabilidade civil por perda de uma chance”. Apesar da grande importância do tema no conteúdo referente ao estudo da responsabilidade civil, o mesmo será tratado mais adiante, ao ser vinculado com o dano moral propriamente dito. Por enquanto, apenas será exposto um julgado oriundo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul para que o leitor possa ter uma breve noção do posicionamento adotado pelos julgadores pátrios: RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADOS. PERDA DE PRAZO RECURSAL. DANO MORAL. A prática de atos por advogado temporariamente suspenso da OAB constitui nulidade sanável. Necessidade da abertura de prazo para regularização processual. A responsabilidade do advogado, enquanto obrigação de meio, é subjetiva. Art. 14, § 4º, do CDC e art. 32 da Lei nº 8.906/94. Necessidade de demonstração da culpa, consubstanciada na prática de erro inescusável, no qual se inclui a perda de prazo que conduza ao insucesso da ação. Dano moral consubstanciado na perda de uma chance. Valor da reparação mantido. Agravo retido e apelos desprovidos. (Apelação Cível Nº 70018800425, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leo Lima, Julgado em 08/08/2007).

¹⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade civil*. vol 7. 21. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 64.

atual, cuja diminuição ele acarreta. Pode suceder, contudo, que esses efeitos se produzem em relação ao futuro, impedindo ou diminuindo o benefício patrimonial a ser deferido à vítima”¹⁵⁶

Destarte, o próprio ordenamento jurídico regula situações nas quais retira-se do lesado este ônus probatório, considerando, desde já, a existência do prejuízo. Nestes casos há presunção absoluta de dano, podendo-se citar, como por exemplo, o direito aos juros moratórios decorrentes de mora do devedor na quitação da sua obrigação contratual de caráter pecuniário, conforme consta nos arts. 404 e 407¹⁵⁷ do Código Civil.¹⁵⁸

É incontestável que o dano representa uma lesão. Então não há que se falar na sua existência sem que se verifique a agressão a direitos de outrem. Independe, também, que esta pessoa tenha sido o foco principal do ato ou que o mesmo a tenha atingido de forma reflexa. Para estes casos, a doutrina classifica o dano em direto ou indireto, devendo-se frisar que, em ambos os casos, será passível da devida restituição.¹⁵⁹

2.5.5.1 As faces do dano

Como já dito, a ofensa pode ser sentida pela pessoa a partir de dois prismas. O primeiro está

¹⁵⁶ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 5. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 935.

¹⁵⁷ Art. 404 do Código Civil: “as perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas, com atualização monetária segundo índices oficiais, regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.”

Art. 407 do Código Civil: “ainda que não se alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, uma vez que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento ou acordo entre as partes.”

¹⁵⁸ Maria Helena Diniz apresenta outras situações em que o Código Civil prevê a existência de dano presumido. Em suas palavras: “Igualmente, para se exigir a cláusula penal são será preciso que o credor alegue o dano (CC art. 416). É ainda, o caso: a) do segurador que, ao tempo do contrato sabe estar passando o risco de que o segurado se pretende cobrir e, não obstante, expede a apólice –pagará e dobro o prêmio estipulado (CC art. 773); b) aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas, ou pedir mais do que lhe for devido – deverá responder a penas previstas no art. 940 do Código Civil; c) de reprodução fraudulenta de obra literária, científica ou artística, não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta – pagará o transgressor o valor de três mil exemplares além dos apreendidos (Lei 9610/98, art. 103, parágrafo único) (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade civil*. vol 7. 21. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 60-61).

¹⁵⁹ Vale lembrar que no caso da prática do crime de homicídio não haverá o agente que sofreu o dano direto, pois o mesmo faleceu em razão, exatamente, do ato praticado. Por sua vez, familiares poderão pleitear a devida indenização por parte do agressor através do dano reflexo ou indireto. No Código Civil, um bom exemplo a ser citado encontra-se previsto no art. 12 que, num mesmo dispositivo ficou determinado pelo legislador a possibilidade do sujeito passivo reclamar pelas devidas indenizações seja em decorrência do dano direto ou indireto. Por este dispositivo: “Art. 12: pode-se exigir que cesse a ameaça ou a lesão, a direitos da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. *Parágrafo único*: em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo, o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta ou colateral até o quarto grau”

na modalidade direta de agressão, aquela em que o próprio titular do direito é atingido pelo ato ilícito ou pelo abuso de direito. Tem-se também a forma indireta, na qual a causalidade está relacionada a uma afetação na forma reflexa, ou seja, aqueles que não são alcançados diretamente pelo fato lesivo. A doutrina, seguindo os pensamentos franceses, denomina esta última hipótese, também, de dano ricochete (*dommage par ricochet*).¹⁶⁰

Os juristas mais clássicos afirmam que, apesar do agravo permanecer como uma marca no seio da sociedade, não poderia haver uma justificativa plausível para que o ofendido ingressasse judicialmente contra o sujeito ativo.¹⁶¹ Neste caso, não há que se falar em imputação da responsabilidade, pois a lesão já foi sanada¹⁶². O liame entre o sujeito passivo e o ativo inexistente em razão da solução encontrada com a restituição do prejuízo causado.

Dada a sua absoluta importância, o estudo do dano apresenta-se muito mais complexo do que aquele que transparece numa leitura preliminar. Aponta-se no sentido de dividi-lo em duas espécies que são classificadas de acordo com o resultado, e não a partir da fonte, pois o dano é uno. Sendo assim, pode-se dizer que há tanto o dano material como o moral, a depender de qual agrupamento de direitos foi atingido a partir do ato ilícito.

Sabe-se que o ele pode ser tanto patrimonial, como não-patrimonial. Por isso, antes de mergulhar neste emaranhado de conceitos e normas que banha a classificação da lesão, deve-se destrinchar o que vem a ser patrimônio.¹⁶³

O homem sempre foi ávido pela acumulação de bens. Desde os primórdios, a ambição humana foi o crescimento de suas divisas, aumentando, cada vez as suas riquezas. Esta gama de elementos ativos e passivos, que agrega a atividade econômica de uma pessoa, pode ser

¹⁶⁰ Maria Helena Diniz traz o seguinte exemplo para diferenciar o dano direto do dano indireto: “A destruição de vidro de uma vitrina por desordeiro é dano direto, porém o estrado causado pelas chuvas nos artigos expostos, em razão da falta de vidro, é dano indireto.” (*Ibidem*, p. 65).

¹⁶¹ A mesma regra aplica-se, também ao terceiro que restitui ao *status quo ante* o ofendido. Neste caso, o restituidor terá o direito a ação regressiva contra o ofensor, não havendo que se falar em subsistência de ação de reparação de danos entre o sujeito ativo e o sujeito passivo do fato ilícito praticado.

¹⁶² O STF determina na súmula 562 que: “na indenização de danos materiais decorrentes de ato ilícito cabe a atualização de seu valor, utilizando-se, para este fim, dentre outros critérios, os índices de correção monetária”

¹⁶³ Américo Luiz Martins da Silva ao tratar do tema aduz que: “o patrimônio jurídico não contém senão direitos: toda idéia de coisa material lhe repugna. Todavia, o exame *econômico* do patrimônio leva-nos a conclusões bastantes diferentes daquelas em que nos induz o seu conceito jurídico. Para o economista, o patrimônio é o conjunto de bens econômicos, não de direitos. Considerado deste ponto de vista, poderíamos defini-lo como a *totalidade dos bens economicamente úteis que se acham dentro do poder de disposição de uma pessoa*. Em tal sentido, o direito sobre uma coisa só tem importância na medida em que assegura ao titular do patrimônio o *poder de disposição* sobre os objetos que compreende. Se, de fato, essa virtude lhe vem a falhar, embora a relação jurídica como tal nada sofra, implica no aumento dos seus haveres efetivos: aquele que possuísse todos os bens nestas condições (assistido de plena proteção jurídica, mas desprovido do poder material de disposição) careceria, a bem da verdade, de patrimônio no sentido econômico”. (SILVA, Américo Luis Martins da. *O dano moral e sua reparação civil*. 3. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 30).

denominada de patrimônio. Não é por outro motivo que nos dizeres de Maria Helena Diniz “patrimônio é uma universalidade jurídica constituída pelo conjunto de bens de uma pessoa, sendo, portanto, um dos atributos da personalidade e como tal intangível”¹⁶⁴.

A idéia do *patrimônio jurídico* não se enquadra, pois nas finalidades do estudo a respeito do dano. Não que a característica essencial desta idéia, que é agrupar todos os elementos integrantes do patrimônio em torno da pessoa que lhe serve de centro não ressalte também, com toda a nitidez, o problema dos danos patrimoniais. [...] O *conceito jurídico de dano* apresenta um cunho declaradamente subjetivo. *Ainda que um objeto seja destruído ou deteriorado, não haverá dano* (em sentido jurídico) *se não houver um sujeito interessado a quem o prejuízo afete*: a existência e quantidade do dano patrimonial só podem fixar-se, relacionando-se com a pessoa que o experimenta.¹⁶⁵

A identificação da agressão patrimonial não demanda maiores dificuldades. A partir de uma operação matemática simples é possível chegar à redução sofrida pelo sujeito passivo. O *quantum* é determinado mediante a aferição do montante inicial com aquele que montante encontrado ao término da prática do ato ilícito. É a perda efetiva do valor pecuniariamente mensurável caso não houvesse sofrido a lesão.

A mera alteração do patrimônio não configura como dano. Isto porque, para que ele seja existente e apresente-se perante o ordenamento jurídico brasileiro, é necessário que haja uma diminuição do valor economicamente mensurável pertencente à vítima.¹⁶⁶

Da diminuição patrimonial obrigatória para se caracterizar o dano patrimonial extrai-se o princípio segundo o qual o dano só tem relevância jurídica como *fato consumado*, isto é, como *resultado final de um processo cujas circunstâncias benéficas* (atenuantes) ou *prejudiciais* (agravantes) foram levadas em conta. Esta idéia corresponde exatamente à expressão *compensatio lucri cum damno* (compensação do lucro com o dano) que é usada em matéria de responsabilidade civil, quando autor do dano pretende diminuir a indenização que tem de pagar, sob a alegação de que o fato trouxe, por sua vez, a oportunidade para a vítima e sua família, de obter vantagens pecuniárias que não ocorreriam sem o evento.¹⁶⁷

Ante o prejuízo patrimonial, o ordenamento jurídico passou a dividi-lo em dois âmbitos: os lucros cessantes e os danos emergentes.

¹⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: Responsabilidade civil. vol 7. 21. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 66.

¹⁶⁵ SILVA, Américo Luis Martins da. *O dano moral e sua reparação civil*. 3. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 30-31.

¹⁶⁶ Américo Luis Martins da Silva lembra que na Roma antiga o jurista Domitius Ulpianus, por volta do final século II d.C., afirmou que o castrar-se um escravo não estaria provocando lesão alguma ao patrimônio do seu senhor e, em razão disso, não havia que se falar em qualquer tipo de ação de indenização.

¹⁶⁷ SILVA, Américo Luis Martins da. *op.cit.*, p. 34.

2.5.5.1.1 Aspectos sobre os lucros cessantes e o dano emergente

É necessário lembrar que há dois tipos de prejuízos patrimoniais sofridos pelo sujeito passivo. O primeiro configura-se a partir da efetiva diminuição econômica, chamado de danos emergentes e a segunda encontra-se na privação de determinados valores que seriam agregados ao agrupamento de bens do ofendido em caso de inexistência do ato, que, por sua vez, são conhecidos como lucros cessantes (art. 402 do CC¹⁶⁸).

Quando se fala em *damnum emergens* – ou dano positivo – deve-se ter em mente a concreta diminuição da capacidade econômica do agente passivo, ou seja, uma agressão patrimonial real e efetiva. “Tais prejuízos se traduzem num empobrecimento do patrimônio atual do lesado pela destruição, deterioração, privação do uso e do gozo, etc. de seus bens existentes no momento do evento danoso e pelos gastos que, em razão da lesão, teve de realizar.”¹⁶⁹

Nestes casos, o objetivo da obrigação direcionada ao lesante é trazer ao lesado, com a maior fidelidade possível, o *status quo ante*. Para isso, ele dispõe de mecanismos para satisfazer tal imposição: ou ele repara de forma natural, ou seja, na entrega da própria coisa, ou de algum objeto da mesma espécie, ou indenizar a vítima, quando possível, de forma pecuniária a fim de suprir toda a privação ocasionada em razão da sua postura.

É no dano emergente que se verifica com mais transparência a necessidade de impelir o agressor na *restitutio in integrum*.

Claro está que o dano emergente e os lucros cessantes devem ser devidamente comprovados na ação indenizatória ajuizada contra o agente causador do dano, sendo de bom alvitre exortar os magistrados a impedirem que as vítimas menos escrupulosas, incentivadoras da famigerada “indústria da indenização”, tenham êxito em pleitos absurdos, sem base real, formulados com o nítido propósito, não de buscar ressarcimento, mas de obter lucro abusivo e escorchante¹⁷⁰

Por sua vez, o lucro cessante – ou lucro frustrado – é a diferença econômica que o ofendido ficou sem auferir em razão da atitude por parte do agressor. Apesar da sua simplicidade conceitual, em muitos casos, não condiz com uma contabilidade muito fácil de ser realizada. “Por ser o reflexo futuro do ato ilícito sobre o patrimônio da vítima, o lucro cessante exige

¹⁶⁸ Art. 402: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

¹⁶⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade civil*. vol 7. 21. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 67.

¹⁷⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. vol. III. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 47.

maior cuidado na sua caracterização e fixação”¹⁷¹.

A configuração do *lucrum cessans* pode decorrer de várias formas, desde o simples impedimento de fruição de valores em razão do ato praticado, por consequência da redução do montante de bens, até ao não cumprimento da expectativa de lucro.

Um exemplo bastante figurativo para apresentá-lo encontra-se na doutrina francesa que iniciou estudos no sentido de responsabilizar o agressor pela perda de uma chance – *perte d'une chance* – do ofendido em melhorar sua vida. Esta, por sua vez, deve ser uma oportunidade real, concreta, não se valendo de mera suposição, já que, como demonstrado alhures, o instituto da responsabilidade civil não aceita suposições.

O juiz, neste ponto, deve ser bastante diligente no sentido de saber separar o joio do trigo, ou seja, ele deve dispor da suficiente capacidade de identificar o que venha a ser uma real perda de uma chance, de um lucro imaginário, hipotético que, por sua vez, não pode ser considerado como resultado direto do ato praticado.

A sua grande dificuldade encontra-se na estipulação do valor a ser aplicado como indenização. Isto porque, ao contrário do que ocorre com o dano emergente, torna-se impossível para o agressor restituir *in integrum* já que não mais haverá a chance outrora perdida. Ela é única e em razão exatamente desta peculiaridade é que incide a necessidade de impelir o sujeito ativo a responder pelos seus atos, pois, se houvesse mais oportunidades semelhantes, o ofendido poderia valer-se delas em outros momentos. Portanto, o lesado deve ser indenizado em valor equivalente à ocasião que não foi aproveitada, devendo ser esse valor equivalente à probabilidade de sua ocorrência ou não.¹⁷²

Portanto, no que se refere à sua liquidação, utiliza-se para a apreciação e aferição do *quantum* a gradação de probabilidade da oportunidade perdida poder solidificar-se.¹⁷³ A compensação

¹⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. rev. aumentada, atual. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 97.

¹⁷² Exemplos de perda de uma chance são os mais diversos possíveis. Porém é muito comum a doutrina trazer nos livros a situação do advogado que perdeu o prazo para a interposição de um recurso, ou um médico que não tratou devidamente a lesão de um esportista em ascensão e que, em razão disso ele foi obrigado a abandonar a sua profissão. Um dos exemplos mais marcantes ocorrido ultimamente foi nas olimpíadas da Grécia onde o corredor brasileiro, Vanderlei Cordeiro de Lima, estava com 28 segundos de diferença do segundo colocado e próximo da linha de chegada, quando um espectador foi em sua direção e o empurrou, e atracou, sendo libertado com a ajuda de outras pessoas. No final, o atleta chegou apenas em terceiro lugar, pois foi ultrapassado por outros dois concorrentes. Este é um caso clássico de perda de uma chance que incide na responsabilidade por parte dos organizadores do evento em razão da ausência de segurança nas provas.

¹⁷³ É necessário lembrar que na dicção do art. 402 do Código Civil brasileiro o legislador optou por utilizar a expressão “razoavelmente” quando se refere ao montante que ele deixou de receber. Ora, segundo a idéia comum, razoável seria aquilo que está dentro do aceitável, do provável de acontecer, de acordo com o andamento normal dos fatos, o que impede uma suposta supervalorização da situação. Cavalieri, por sua vez,

da vítima deverá abarcar apenas os danos emergentes e os lucros cessantes relacionados diretamente à conduta ilícita praticada por parte do devedor.

É necessário deixar claro que, apesar da diferenciação estanque aqui estipulada, pode haver situações em que ocorra tanto o dano emergente quanto o lucro cessante de forma simultânea. Ambas as hipóteses podem conviver de forma harmônica a partir de um mesmo ato ilícito.

2.6 A MUDANÇA DE PARADIGMA E UMA NOVA FORMA DE OBSERVAR AS RELAÇÕES JURÍDICAS

É, portanto, através deste emaranhado de definições e teorias que a doutrina desenrola toda previsão atinente ao dano patrimonial. Porém, como se sabe, a sociedade borbulha anseios novos que, por sua vez, obrigam os pensadores e legisladores a ampliarem os horizontes do direito no intuito de alargar ainda mais a proteção necessária à manutenção da paz social.

A blindagem contra agressões a direitos e bens economicamente mensuráveis não é mais suficiente para sedimentar a segurança jurídica tão desejada pelas pessoas. A inserção do espectro não-patrimonial trouxe uma nova perspectiva a ser garantida. A visão patrimonialista existente outrora deu lugar à valorização do ser humano como centro de todo o ordenamento.

O individualismo ora vigente, com suas estruturas clássicas, ruiu. No seu lugar, emerge uma tutela ampla da pessoa, a partir de uma perspectiva solidarista. A antiga proteção agregada exclusivamente ao agrupamento de bens pertencentes a cada um passa a ser deixada de lado, e o sistema direciona sua atenção para a pessoa na sua peculiar condição de ser humano. Com isso, dimensões antes inimagináveis são inseridas e passam a ocupar espaço em todo arcabouço jurídico, como na sistemática destinada ao dano moral.

Para aqueles que acabaram de adentrar as portas do mundo jurídico, é bastante comum ouvir falar em agressão a direitos imateriais. Porém, coadunar com esta afirmação de forma tão pacífica, há pouco tempo, era algo inaceitável. Falar em indenização a agressões a direitos economicamente não mensuráveis era mero devaneio de doutrinadores desconectados com a realidade.

crítica a utilização desta expressão, afirmando que: “neste particular tenho pra mim que o Código Civil Alemão, em seu § 252, foi mais feliz que o nosso ao conceituar assim o lucro cessante: “considera-se lucro frustrado o que com certa probabilidade era de esperar, atendendo ao curso normal das coisas ou às especiais circunstâncias do caso concreto e, particularmente, às medidas e previsões adotadas”. A doutrina alemã criou a *teoria da diferença* como suporte para o cálculo da indenização. Deve-se fazer uma *avaliação concreta do dano, e não abstrata.*” (*Ibidem*, p. 98).

Modernamente, a possibilidade de indenização em decorrência de dano moral é algo pacificado no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. A própria Constituição Federal tomou para si a previsão acerca da possibilidade de proteção jurídica a agravos imateriais. Ademais, apesar desta condição o instituto ainda é fonte de muitas situações que deixam doutrina e jurisprudência vacilantes quanto a atitude a ser adotada para por termo às lides que em seu cerne possuem questões atinentes a este instituto.

3 O DANO MORAL NO TRANSCORRER DOS TEMPOS

3.1 BREVE INTRODUÇÃO

Não há qualquer equívoco em afirmar que o dano moral faz parte do grupo de temas de direito civil que seduzem desde os mais novos estudantes aos experientes doutos. Porém, não só nas lides civilistas é que se encontra instalada a possibilidade de ser protegido o aspecto não patrimonial da pessoa. O Direito Trabalhista, por exemplo, apresenta-se, também, como um ramo bastante fecundo para ações envolvendo agravo não-patrimonial, assim como o Direito do Consumidor, por exemplo.¹⁷⁴

É exatamente em razão da sua volatilidade entre as áreas jurídicas que a presente abordagem será feita de forma ampla, mas tendo sempre como foco as orientações advindas do diploma civil, que se apresentará com o ponto nevrálgico do desenvolvimento de todo pensamento proposto.

Como visto no capítulo anterior, a responsabilidade civil passou por grandes modificações no que concerne aos seus fundamentos e pressupostos. A sociedade experimenta um momento de ebulição de interesses, taxando de arcaicos alguns posicionamentos consolidados, em razão da abertura de novos horizontes. Dentro desta constante instabilidade, o dano moral apresenta-se como um exemplo incontestável, já que a sua constante transformação junto ao ordenamento jurídico faz com que os pensadores sintam-se instigados a desvendar toda a sua problemática.

Na realidade, o ser humano apresenta-se fisicamente como o mesmo homem existente outrora. A evolução não se deu quanto à espécie, mas sim no que tange à forma com que o ordenamento jurídico passou a observá-lo. Retiram-se os óculos já embaçados, e que somente

¹⁷⁴ No que se refere ao direito do trabalho, a emenda 45 trouxe grandes novidades ao modificar a competência para julgamento das ações de dano moral em decorrência do contrato de trabalho da justiça cível para a trabalhista, o que reforçou ainda mais a inserção dos princípios inerentes a esta especializada no tratamento do tema. Quanto ao direito do consumidor, este foi um dos primeiros diplomas que, depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, estamparam em seu texto a previsão expressa atinente à proteção dos aspectos imaterial da pessoa.

Art. 114, CF - Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

Por sua vez, quando se fala em direito do consumidor, o CDC trouxe previsão sobre dano moral no inciso VI e VII do art. 6º do seu corpo legal.

Art. 6º - São direitos básicos do consumidor:

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

permitiam a visão do nível material, para colocar novas lentes, as quais enxergam a pessoa além do seu patamar palpável, analisando-a em seu aspecto subjetivo.

Assim como na antiga Alemanha, onde o Muro de Berlim impedia a visão do lado contrário daquele em que se residia, a limitada idéia de proteger apenas aquilo que era “economicamente viável” não permitia que a responsabilidade civil ultrapassasse sua rede de proteção para outra dimensão.

A agressão aos direitos desprovidos de cunho econômico sempre existiu. Apesar de todo frisson que atualmente acoberta a indenização decorrente dos atos ilícitos que atingem o aspecto moral, o homem sempre foi vítima de tais comportamentos. Ocorre que tempos atrás não era possível falar em garantia de proteção do ordenamento jurídico nos mesmos moldes dos que atualmente são desenhados.

A doutrina clássica não aceitava a incidência de um valor pecuniário agregado a um dano moral. Não se quer dizer que naquela época não existiam comportamentos que viessem a agredir a pessoa em seu âmbito imaterial. Este comportamento sempre existiu. Apesar disso, considerava-se absurda – chegando-se até mesmo a taxar de imoralidade - a idéia da possibilidade de indenizar uma suposta agressão a bens não auferível financeiramente.

Porém, a limitação existente em aceitar apenas o que era economicamente sensível é derrubada com a ajuda do desenvolvimento tecnológico e da necessidade de uma maior proteção ao ser humano como um todo. O aspecto patrimonial e não-patrimonial passaram a conviver pacificamente numa simbiose antes inexistente. A pessoa, na sua simples condição de ser humano, deve ser protegida pelo ordenamento de forma ampla, abarcando-se, também, o seu viés personalíssimo.

A responsabilidade civil passou a navegar por mares dantes nunca desbravados, o que possibilitou a descoberta de um mundo outrora limitado pela linha imaginária do horizonte material. O homem, visto sob o prisma da dignidade da pessoa humana, ganha uma proteção mais efetiva, pois reforça a blindagem contra ataques a direitos de sua titularidade, como afirma Marcius Geraldo Porto de Oliveira:

Independentemente do caráter patrimonialista ou não dos danos morais, da existência da perda de ordem econômica ou pecuniária, da diversidade de linguagem utilizada pela doutrina, o fato é que a reparação dos danos morais se afirma pela necessidade de preservar os direitos por uma melhor qualidade de vida. Isso implica no reconhecimento de atributos que não possuem significação econômica exterior, estabelecendo-se uma dimensão

espiritual da pessoa humana e conseqüente espiritualização do direito.¹⁷⁵

Para que haja o desenvolvimento da sociedade, é necessário um acréscimo no volume das relações a ela inerente, o que, conseqüentemente, deixará o ser humano mais vulnerável a “invadir” e ter “invadido” o seu direito subjetivo, ou de terceiros. Nesta esteira, é imperioso ampliar ainda mais o leque de possibilidades de proteção à pessoa, pois “a tendência, hoje facilmente verificável, de não deixar irressarcida a vítima de atos ilícitos sobrecarrega os nossos pretórios de ações de indenização das mais variadas espécies”.¹⁷⁶

De fato, seja em qual aspecto for, o dano é um dos requisitos fundamentais para o surgimento do dever de indenizar ou ressarcir, na medida em que “o respaldo de tal obrigação, no campo jurídico, está no princípio fundamental da “proibição de ofender”, ou seja, na idéia de que a ninguém se deve lesar.”¹⁷⁷. Isso implica em dizer que, em não havendo agressão a direitos subjetivos de terceiros, não se pode falar em responsabilidade civil.

O crescimento da interação social fez com que houvesse, também, um incremento no âmbito da proteção concedida pelo Poder Judiciário. O dano deixa de ser meramente material e passa a ter uma amplitude maior; o que faz com que ele alcance o aspecto subjetivo da pessoa. Agora o homem não é mais considerado apenas sob uma ótica unidimensional.

Atualmente, falar em dano moral é algo cotidiano e praticamente inquestionável. Porém, esta certeza, quase que absoluta da sua existência, não foi algo pacificamente inserido no ordenamento jurídico. Inúmeras foram as resistências surgidas ao longo dos tempos que buscaram desfigurar a possibilidade de vinculação de um valor pecuniário ao agravo não-patrimonial. Não se pode negar que, seja na doutrina brasileira, seja na estrangeira, o calvário a ser percorrido pelos defensores foi muito grande.

Apesar de todo o esforço ministrado, hoje a problemática que envolve o instituto do dano moral ultrapassa a sua existência. Na realidade, a preocupação está além da discussão, outrora pulsante, acerca da moralidade, ou não, da sua defesa. Mesmo assim, para uma melhor compreensão do presente torna-se imperioso dar um passo para trás e olhar o passado, pois somente assim saberemos as bases que sustentam, e mantém firme, os institutos atuais.

¹⁷⁵ OLIVEIRA, Marcius Geraldo Porto de. *Dano moral – Proteção jurídica da consciência*. 3. ed. São Paulo: LED Editora de Direito, 2003, p. 39.

¹⁷⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil: de acordo com o novo código civil* (lei nº 10.460 de 10-1-2002). 9. ed. rev. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2005, p.1.

¹⁷⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. vol. III. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 2.

3.2 A EVOLUÇÃO O DANO MORAL

3.2.1 O dano moral na antiguidade

Ab initio, deve-se destacar que esta vertente reparatória é datada de muito antes do Império Romano¹⁷⁸. Desde que o homem passou a conviver em comunidades, os embates de interesses tornaram-se uma realidade cotidiana que acompanha a sua caminhada ao longo dos tempos. Aliás, é exatamente em decorrência da necessidade de se equilibrar os anseios individuais que o direito passa por constantes transformações. O comportamento que hoje é considerado como ideal, amanhã provavelmente será relegado ao status de retrógrado, ou até mesmo incompatível.

Em conseqüência, é necessário destacar que, apesar de se delinear, numa primeira leitura, a possibilidade da existência de previsão expressa acerca da posituação do dano moral nos povos antigos, esta não se encontra de modo amplo, à semelhança dos dias atuais. Os diplomas normativos buscavam assegurar uma proteção casuística que se resumia àqueles acontecimentos mais comuns na sociedade da época. Não havia regras gerais ou princípios vastos que abarcassem hipóteses genéricas. Somente era possível encontrar vestígios de proteção ao aspecto não material em situações pontuais, nas quais o agressor passaria a ser punido em razão do ato praticado. Neste sentido, afirma Wilson Melo da Silva:

Não obstante, compulsando-se o repositório das leis dos antigos Hindús e dos Babilônios, constata-se ser ampla a reparação ali estatuída para todos os danos resultantes dos descumprimentos dos ajustes, não podendo, no entanto, só por isso pretender que o Cód. de Manu e o de Hammurabi tenham tido a manifesta intenção de se referirem, nessa parte, de modo positivo e expresso, ao dano moral.¹⁷⁹

A mais remota previsão relacionada com uma possível reparação por agravos morais é identificada pela doutrina¹⁸⁰ nos escritos do Código de Ur-Nammu, Código de Manu e o de Hammurabi. Nesta época, o dano era decorrente única e exclusivamente da agressão física. O ordenamento autorizava a vítima a comportar-se à semelhança de um espelho: refletindo de forma idêntica ao ato contra ele perpetrado. A tradição impulsionava a aplicação do “olho por

¹⁷⁸ O incomparável Yussed Said Cahali lembra que para alguns autores como Ihering a reparação do dano de caráter não patrimonial teve sua origem no direito romano, não podendo, portanto falar em sua existência em período anterior. (CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005).

¹⁷⁹ SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 21.

¹⁸⁰ Sobre o tema, consultar SILVA, Américo Luis Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. 3. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

olho, dente por dente”¹⁸¹.

Este comportamento evoluiu ao longo do tempo e, no que se refere ao Código de Ur-Nammu, pode-se perceber um evidente desenvolvimento da filosofia dominante, ao determinar a possibilidade de imputação de pena pecuniária como forma de compensação.¹⁸²

Por sua vez, o Código de Manu – codificação considerada como a mais antiga da Índia – também fez constar em seu texto diversos dispositivos que, de um modo mais concreto determinavam a reparação por danos morais.¹⁸³ Segundo suas orientações, as expensas decorrentes da agressão eram determinadas pelo legislador.

Já o Código de Hamurabi, apesar da marcante característica de penas físicas, apresentava em seu âmago, preceitos nos quais havia uma espécie de exceção do direito de vingança, o que permitia que o agressor, ao invés de sofrer os mesmos ônus da sua vítima, indenizasse-a¹⁸⁴. Assim, a sociedade passou a conviver com a semente daquilo que, séculos mais tarde, se transformaria na teoria da compensação econômica, tão aplicada aos danos extrapatrimoniais.

Apesar de ser um embrião lançado pelo legislador para a fomentação da atual estrutura do dano moral, não se pode dizer que a compensação econômica desta espécie de agressão tenha sido uma opção adotada pelo legislador dentre outras existentes. É verdade que este comportamento representa uma incontestável evolução diante de toda previsão normativa constante para responsabilizar o agressor pela atitude ofensiva. Porém, também é incontestável que a imposição de uma prestação pecuniária, sem dúvida, foi a única opção encontrada para o indenizar o sujeito passivo da relação.

Mesmo assim, não se pode negar que a previsão normativa existente no diploma legal em

¹⁸¹ Segundo Américo Luis Martins da Silva, “para os povos primitivos o preceito “*dente por dente e olho por olho*” era o melhor modo de reparar o dano, uma vez que, naquela época esta era a mais eficiente maneira de reduzir eficazmente a dor da vítima. Portanto, as leis antigas propugnavam pelo direito de vindita ou direito de vingança da vítima como pena para o dano a ela causado.” (*Ibidem*, p. 64)

¹⁸² Ainda consultando Américo Luis Martins da Silva, o autor apresenta alguns dispositivos que comprovam a inserção do ideal de reparação pecuniária para as agressões: “a) “se um homem, a outro homem, com um instrumento, o pé cortou: 10 siclos de prata deverá pagar”; b) “se um homem, a outro homem, com uma arma, os ossos tiver quebrado: uma mina de prata deverá pagar”; c) “se um homem, a um outro homem, com um instrumento *geshpu*, houve decepado o nariz: 2/3 de mina de prata deverá pagar” (*Ibidem*, p. 65).

¹⁸³ Lembra Wilson Melo da Silva que “como reparação pelo dano moral oriundo da maculação, por quem quer que seja, do leito nupcial de seu pai espiritual, terá o ofensor, impressa em sua face, a marca infamante *représentant les parties naturelles de la femme*. E pelo denominados *erros judiciários*, o rei imporá, na revisão do processo, uma pena de mil *panas* aos ministros ou juízes reponsáveis pela condenação injusta do inocente (§§ 237 e 239 do liv. IX).” (SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 21).

¹⁸⁴ Ainda bebendo na fonte de sabedoria advinda de Wilson Melo da Silva, pode-se destacar o seguinte exemplo quando se refere ao dano moral no Código de Hamurabi: “exemplo típico dessas exceções nós o encontramos nesta passagem: “209. Se um homem livre ferir a filha de um outro homem livre e, em consequência disso, lhe sobrevier um abôrto, pagar-lhe-á dez ciclos de prata pelo aborto” (*Ibidem*, p. 24).

apreço desenhou-se como uma luz no fim do túnel no caminho desenvolvido pela Lei do Talião. Foi uma demonstração flagrante à sociedade de que era possível satisfazer o ofendido sem que, para isso, precisasse trazer dor física ao ofensor.

3.2.2 Aspectos gerais do dano moral no direito clássico

3.2.2.1 O dano moral no direito romano

No que se refere à possibilidade de haver reparação por danos morais, a previsão mais latente existente no direito clássico surge com o Direito Romano. A incidência normativa do povo de Roma foi de tal monta que se defende a idéia de que a compensação imaterial apresentou seus primeiros indícios mais marcantes exatamente nesta época – mesmo havendo existências pontuais em período antecedente - até mesmo porque, como já dito, outrora vigorava a Lei do Talião.

Falar em injúria para a sociedade da época era relacionar tudo aquilo que fosse feito sem a cobertura do direito. Quando observado em seu sentido estrito, ela significava todo ato voluntário que possuísse a característica de ser ofensivo à honra e à boa reputação do indivíduo. Neste caso, poderia ser classificada de acordo com a sua gravidade, dividindo-se em *injuria atrox*, quando eivada austeridade, e *injuria levis*, quando desprovida de maior complexidade, pouco importando se fosse verbal, ou real.

Quando se fala em injúria verbal refere-se àquelas situações em que as ofensas eram perpetradas verbalmente ou por escrito. Por sua vez, a modalidade real era relacionada às agressões físicas. Nestes casos, não ficavam apenas nas palavras, partindo-se para as vias de fato. Não é por outro motivo que a injúria, para os romanos¹⁸⁵, mesmo no sentido aqui apresentado, e por eles denominados de estrito, possuía uma amplitude muito maior do que aquela que geralmente era vislumbrada pelos povos da idade média. Não se limitava apenas à agressão física, mas também abarcava ações de cunho moral conforme se depreende nas

¹⁸⁵ Ressalta Clayton Reis: “na realidade, os romanos não tinham uma exata e precisa noção a respeito dos danos ocasionados à intimidade da pessoa, certamente porque confundia-se com frequência pena e indenização. A simplicidade do pensamento jurídico da época não conseguia estabelecer a correta distinção entre o caráter patrimonial e não patrimonial do dano. A idéia arraigada no espírito das pessoas naquele período histórico, destacava que as ofensas pessoais clamavam por vingança e os ofensores deveriam ser alvo de castigo corporal. Mesmo assim, a *actio injuriarum aestimatoria* tinha como pressuposto formal assegurar uma reparação de natureza satisfeita, ou seja, a condenação do lesionado ao pagamento de uma determinada importância a título de reparação a uma ofensa que representava uma penalidade ao ofensor.” (REIS, Clayton. *Avaliação de dano moral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 26).

previsões de Justiniano, citadas por Wilson Melo da Silva:

não apenas quando se davam golpes em alguém com o punho ou com varas ou quando, por qualquer outra forma, era o mesmo azorragado, mas também quando, contra qualquer um, se alteava a fala, de modo barulhento, ou que se lhe tomava a posse dos bens, como se devedor fora, aquêle que se sabia nada dever à gente. De igual modo, injúria se causava a outrem quando, contra êle, se escrevia, cumpunha ou publicava um libelo ou livro infamante de versos, por si, ou dolosamente, por interposta pessoa, a quem se propiciavam os meios necessários. E mais ainda (injúria se causava) quando se perseguia u'a mãe de família, uma jovem ou um jovem, atentando-se contra o pudor de qualquer deles e, finalmente, por uma infinidade de outras ações¹⁸⁶

Para a vítima de uma agressão real, ou seja, da lesão corpórea, aplicava-se uma sistemática diferenciada daquela prevista para os outros dois tipos de ofensas¹⁸⁷. Nestes últimos casos, a vítima tinha a possibilidade de dispor da ação pretoriana denominada de *injuriarum aestimatoria* para pleitear uma soma em dinheiro a ser arbitrada pelo magistrado, que, por sua vez, na maioria dos casos, baseava-se na declaração emanada pelo próprio ofendido que, sob juramento, declarava a extensão do dano sofrido. Porém, vale salientar que o julgador não era compelido a seguir tal orientação.

Nesta esteira, pode-se concluir que a ação de *injuriarum aestimatoria* era voltada àquelas agressões que não alcançavam o aspecto patrimonial da pessoa, limitando-se, portanto, ao âmbito imaterial. Em outras palavras: quando o ofensor possuía intenção de melindrar, ao invés de prejudicar economicamente - apesar de, na prática, algumas vezes, isso ocorrer como consequência, ou seja, de modo secundário -, estaria ele praticando uma injúria em sentido estrito, tendo o ofendido, como escudo, a referida ação pretoriana.

Assim é inegável que, a partir dos romanos, foram introduzidos no ordenamento jurídico noções mais evidentes do dano moral.¹⁸⁸ Eles foram fonte de inspiração para toda a evolução

¹⁸⁶ SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 27.

¹⁸⁷ Lembra Wilson Melo da Silva: “a diferença única entre uma e outra ação, segundo o atesta SERAFINI, consistia apenas em que, se na ação oriunda da *Lex Cornelia*, o prazo prescricional era o de 30 anos, na *injuriarum aestimatoria* não ia além de 12 meses” [...] “dessa forma, portanto, ao passo que, na *injuria*, se tinha em linha de conta o homem, considerado apenas física ou moralmente, no *damnum injuria datum* se visava, de maneira precípua, seu patrimônio. E daí o ter afirmado, com muita razão, o já citado SERAFINI constituir a *intenção de injuriar* a essência do delito de *injuria* e a diminuição patrimonial a do *damnum injuria datum*.” (*Ibidem*, p. 28).

¹⁸⁸ A previsão que criava a obrigação de ressarcir àqueles que viesse a praticar fatos ilícitos contra outrem, em seu aspecto moral, não possuía contornos apenas no aspecto normativo das relações sociais. Ele era muito mais amplo do que os estritos limites jurídicos. Como exemplo, pode-se citar o Livro Sagrado dos Cristãos, onde também é possível encontrar previsões atinentes a reparabilidade de ofensas imateriais ao ser humano. Eram punições normalmente aplicadas ao homem que desonrava a mulher diante da sociedade em que viviam, devendo, tal montante ser pago, sempre, no caso do sujeito passivo ser do sexo feminino, ao seu genitor, em razão da sua submissão: “Se um homem casar com uma mulher e depois lhe ganhar aversão, e procurar pretextos para a repudiar, acusando-a de péssima reputação, e disser: Eu recebi esta mulher e, aproximando-me dela, não a

ocorrida ao longo dos tempos com ressonância no desenvolvimento do instituto em outros países como, por exemplo, na Alemanha e na França.

3.2.2.2 O dano moral no direito canônico

Outro passo importante dado no desenvolvimento do dano moral ocorreu no *Corpus Juris Canonici* que era responsável pela determinação organizacional da Igreja Católica e dos deveres inerentes aos seus fiéis. Em seu conteúdo era possível encontrar casos voltados essencialmente para situações de configuração dos danos morais. “Tal sistema normativo tem real significação para nós brasileiros, já que, antes da vigência da Lei 3.071 de 1º.01.1916 (Código Civil brasileiro), por força da Lei de 06.01.1784 e graça à grande influência da Igreja Católica em nosso território, impunha-se aqui as normas previstas naquele Código”¹⁸⁹. Nesta época, foi possível observar a existência de algumas regras que asseguravam a obrigação de reparar o dano em alguns casos incontestes de desrespeito a direito subjetivo do ser humano.¹⁹⁰

O Código Canônico previa de modo separado as injúrias verbais e as reais, sendo que estas últimas eram destinadas apenas às pessoas do clero e às religiosas. Ademais, este diploma também facultava ao ofendido a possibilidade de escolha de duas formas de reparação, sendo elas civil ou criminal. Isto porque, nesta época a *actio injuriarum* passa a ter sua amplitude alargada, abarcando todos os delitos.¹⁹¹

Diferentemente do que ocorria com os gregos e romanos, que compreendiam a plenitude da

achei virgem, seu pai e sua mãe a tomarão, e levarão consigo as provas da sua virgindade aos anciãos da cidade que estão à porta, e o pai dirá: eu dei minha filha por mulher a este e porque ele lhe tem aversão, levanta-lhe uma péssima reputação chegando a dizer: Não achei virgem a tua filha; e contudo eis as provas da virgindade da minha filha. E estenderão a roupa diante dos anciãos da cidade; e os anciãos daquela cidade pegarão naquele homem, e fá-lo-ão açoitar, condenando-o além disso a cem siclos de prata, que ele dará ao pai da donzela, porque espalhou uma péssima reputação contra uma virgem de Israel, e a terá por mulher, e não poderá repudiá-la durante todo o tempo da sua vida” (INTERNATIONAL BIBLE SOCIETY. *Bíblia Sagrada/Holy Bible*. São Paulo: Vida, 2003, Deuteronômio, Capítulo Xxii, Versículos 13-20).

¹⁸⁹ SILVA, Américo Luis Martins. *O dano moral e a sua reparação civil*. 3. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 83.

¹⁹⁰ Como exemplo, pode-se citar os casos de ruptura da promessa de casamento. Não havia qualquer imposição religiosa para que houvesse o matrimônio, mas ao ser fomentada a esperança pela realização dos enlaces esponsalícios, aquele que desse causa à quebra do ajuste era obrigado, pela Igreja, a reparar os prejuízos e danos que viessem a incidir sobre o outro sujeito da relação.

¹⁹¹ Segundo Américo Luis Martins Silva: “O Código canônico também adota a *actio injuriarum*, torna o seu conteúdo extensivo a todos os delitos e dá ao lesado dois meios distintos de reparação do dano causado pela injúria: a) a reparação criminal; e b) a reparação civil. E isto está claro no § 1º do cânone 2.210, o qual prescreve que “nascem do delito: 1º) ação penal para que se declare ou se imponha a pena e para que se peça a satisfação; e 2º) a ação civil para que se exija a reparação dos danos, se for o caso deles” (SILVA, Américo Luis Martins. *op. cit.*, p. 87).

personalidade humana para aqueles que se encontravam inseridos no Estado, ou seja, na comunidade política, o direito canônico não acompanhou esta tendência, inserindo uma grandiosa colaboração para a mudança completa de pensamento. A partir de então¹⁹², o homem deixa de se visto apenas como cidadão, para passar a ter valor a partir da simples condição de ser pessoa.

Isso implica em dizer, portanto, que o homem era, por si só, um valor que deveria lhe ser erigido ao mais elevado grau de respeito. Era irrelevante para esta vertente qualquer ligação de ordem jurídica ou política, já que a simples condição humana conferia-lhe prerrogativas indestrutíveis que o Estado era compelido a reconhecer.

3.2.3 O dano moral no direito moderno

Evoluindo no caminho da história, chega-se ao direito moderno, onde surge perante a sociedade daquela época o corpo de normas civis francesa conhecido, também, como até Código Civil de Napoleão, que trouxe consigo a ideologia da valorização do patrimônio em detrimento ao ser. A burguesia dominante, a partir da Revolução Francesa, buscou através da codificação das normas a inserção e a proteção aos seus interesses. Estes, por sua vez, cada vez mais enraizado no cotidiano das pessoas, refletiam-se em ideais voltados exclusivamente para a manutenção e sustentação do aspecto econômico.

Através da defesa de ideais como o fomento à igualdade formal, ao individualismo exacerbado e, principalmente, à supervalorização do aspecto material como um fim em si mesmo, o Diploma Francês passou a influenciar diversos sistemas normativos globais com seu pensamento patrimonialista explícito.

O grande problema surgido após o *Codex Francês*, no que se refere à previsão sobre dano, encontrava-se em seu art. 1382¹⁹³ que causava na doutrina de embates homéricos acerca da extensão hermenêutica do termo *dommage* ali existente. Seria ele uma referência apenas ao patrimônio, ou também agregava o núcleo não auferível monetariamente?

¹⁹² Nelson Rosenvald, consultando Cleber Francisco Alves, lembra que a idéia de pecado surgiu exatamente a partir do momento em que o homem transgredia os regramentos estabelecidos pelo criador, deixando de lado a dignidade que lhe era atribuída. Era, segundo a doutrina, neste momento em que o homem era acometido de perversão que ocorriam grandes catástrofes mundiais. (ROSENVALD, Nelson. *Dignidade da pessoa humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1).

¹⁹³ Art. 1382 do Código Civil de Napoleão: “tout fait quelconque de l’homme qui cause à utri um dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à lè réparer.”. Em tradução livre: “tudo o que alguém praticar com qualquer outro homem, causando-lhe danos, está obrigado com ele a vir a reparar a falta causada.”

Ao longo do tempo, os franceses travaram discussões em torno do estabelecimento do limite aceitável para a questão, chegando-se à conclusão de que o exegeta deveria fazer uma interpretação mais ampla do significado deste termo para abarcar, também, os casos de lesões outras à pessoa que não sejam aquelas relacionadas ao aspecto patrimonial. Sendo assim, a palavra dano passou a ser relacionada a todas as lesões sofridas seja de que caráter for.¹⁹⁴

Segundo Wilson Melo da Silva, para que o intérprete conseguisse desenhar o conceito de *dommage* com a amplitude necessária a alcançar os bens imateriais, era necessário recorrer à história da promulgação daquele diploma, já que, o próprio relator do Tribunal chegou à conclusão de que o termo em questão não foi adjetivado com nenhuma restrição, tendo, por consequência, acepção geral¹⁹⁵. “Os debates travados por ocasião da feitura do Cód. Napoleônico demonstraram, à saciedade, que tal foi a intenção do legislador.”¹⁹⁶

Apesar de não ter sido expressa a possibilidade de ressarcimento do dano moral, a simples inexistência de balizas limitadoras faz presumir a intenção dos franceses em abrir a sistemática de responsabilização a qualquer agressão sofrida pelo sujeito passivo, mesmo naquela época em que a predominância, quase que ilimitada, era do pensamento patrimonialista, não havendo preocupação maior com a pessoa.¹⁹⁷

Perante a limitação ideológica que permeava o momento existencial do Código Civil Francês, a partir do seu pensamento burguês de “liberdade, igualdade e fraternidade”, o embate sobre a

¹⁹⁴ Américo Luis Martins da Silva entende de forma diferente. Segundo ele: “pela interpretação literal do texto contido no art. 1382 do Código Civil francês podemos ser induzidos a entender o termo *dano* ou *dommage* em sentido amplo, abrangendo irrestritamente a totalidade dos bens, tanto os materiais (patrimoniais) como os imateriais (não patrimoniais), que efetivamente sejam objeto de lesão de direitos assegurados por lei. Todavia, o princípio da reparabilidade do dano moral ou da reparabilidade ampla e ilimitada dos danos é consagrado em disposições esparsas da legislação francesa, bem como no art. 446 do Código de Instrução Criminal e nos arts. 301 e 311 do próprio Código Civil, originados do Código de Napoleão e, posteriormente, reformados.” (SILVA, Américo Luis Martins. *O dano moral e a sua reparação civil*. 3. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 104).

¹⁹⁵ Segundo Wilson Melo da Silva: “quando se discutia, logo no início do século passado, o projeto de que haveria de ser, depois, o Cód. Napoleônico, GRENVILLE, o relator do Tribunal, emitindo seu parecer a respeito da questão, afirmava: “que todo indivíduo responde por seus atos, é uma das primeiras máximas da sociedade, donde decorre que, se o ato causar a outrem, algum dano, aquêle que o produz é obrigado a repará-lo” (SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 105).

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 106.

¹⁹⁷ Ainda compulsando os escritos de Wilson Melo da Silva é possível encontrar críticas ferrenhas destinadas àqueles que se posicionam de forma contrária à abertura do termo *dommage* a atingir o aspecto imaterial. O autor elenca os grupos de argumentações para identificar os pontos fracos desta tese argumentativa: “Sistematizando suas objeções começam por reunir em três grupos diferentes, segundo a ordem dos argumentos mais comumente levantados contra a doutrina, aqueles que a rejeitam, assim: *1º grupo*: o dos que, capitaneados, por MEYNAL, entendem que só há lugar para representações, quando se verifica uma diminuição do patrimônio econômico, do qual se excluem os bens de natureza ideal; *2º grupo*: o dos que reputam um verdadeiro escândalo a discussão, pública, em juízo, relativamente aos mais sagrados sentimentos do homem, discussão essa a que se não poderiam furtar aqueles que pretendem a reparação dos danos moais, e, finalmente, porque, para a fixação do *quantum* reparador, sempre se haveria de apelar para o perigoso arbítrio do juiz.” (*Ibidem*, p. 108-109).

viabilidade de proteção aos danos morais por parte deste diploma ainda transtornava os doutrinadores ao longo do tempo. O fato é que diante da evolução social, a Corte daquele País passou exarar repetidas decisões focalizando a tese da viabilidade, o que fez com que os negativistas perdessem força argumentativa para sustentar tal tese. Assim:

Le Droit distingue les dommages aux biens et les dommages aux personnes. La réparation d'un dommage consiste dans le versement de dommages-intérêts. Les premiers peuvent être définis comme étant une altération volontaire ou non, causée par un tiers, d'un bien ou d'un droit, ayant pour résultat une perte de valeur ou la perte d'une chance.

S'agissant des personnes, les dommages peuvent consister en une atteinte corporelle. Les tribunaux reconnaissent plusieurs types de dommages corporels faisant l'objet d'une réparation distincte. Il en est ainsi de la réparation du dommage corporel proprement dit, de la réparation du dommage provenant de la douleur physique éprouvée dit "pretium doloris", de la réparation du préjudice esthétique et de celle du préjudice d'agrément.

L'atteinte à l'intégrité physique entraînant la cessation ou la diminution d'une activité professionnelle peut entraîner un dommage matériel par exemple une diminution de salaires ou de revenus ou la nécessité d'avoir recours à une tierce personne pour accomplir les actes de la vie quotidienne. A ces types de dommage il convient d'ajouter le dommage moral éprouvé, par exemple, à la suite du décès d'un proche¹⁹⁸

Resumindo a análise ora desenvolvida, é incontestável que toda a ebulição inicial em torno do nascimento da reparação não-patrimonial nos ordenamentos mundiais, dentre os quais, destaca-se o romano e o francês, fizeram com que, atualmente, grande parte dos países abrace esta viabilidade. Tão incontestável é esta afirmativa, que Yussef Said Cahali¹⁹⁹, baseado em Brebbia, apresenta quatro grupos de Nações que trabalham de forma diferente com a idéia de reparação do dano moral.

Segundo este autor, há um primeiro grupo onde se encontram países que possuem legislações mais acessíveis, com previsões amplas e gerais, acerca da possibilidade de reparação dos danos morais. Tal é esta permissibilidade que se afirma no sentido de haver uma subdivisão neste agrupamento que abrangeria, de um lado as nações que admitem apenas a reparação no

¹⁹⁸ Em tradução livre: “O Direito distingue as indenizações a bens e as indenizações para pessoas. O conserto de um dano consiste na remessa de indenizações. O primeiro pode ser definido como sendo uma mudança voluntária ou não, causada por um terceiro, um bem ou um direito, tendo como resultado a perda de valor ou a perda de uma sorte. Sendo sobre pessoas, as indenizações podem consistir em um ataque corporal. Os Tribunais reconhecem inúmeros tipos de indenizações corporais oriundas de ações distintas. Ela é, assim, o ressarcimento do dano material propriamente dito, já que a reparação do dano que vem da dor física é experimentada a partir do conhecido “*doloris de pretium*”, que ocasiona a reparação de preconceito estético ou de um prejuízo moral.

O ataque para a integridade física que arrasta cessação ou a redução de uma atividade profissional pode requerer um dano material, por exemplo, uma redução de salários ou rendas ou a necessidade ter recurso a uma terceira pessoa para realizar os atos da vida diária. A estes tipos de dano ele / isto concorda somar o dano moral experimentado, por exemplo, seguindo a morte de um próximo” (BRAUDO, Serge. *Dictionnaire du droit prive*. Disponível em: <<http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/ dommage.php>>. Acesso em: 20 set. 2007).

¹⁹⁹ CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 3. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, p. 31.

campo da responsabilidade aquiliana²⁰⁰ – não contratual -, e do outro aquelas que acatam a sua incidência também na responsabilidade contratual.

Como se sabe, as legislações variam de acordo com cada Estado, existindo aqueles que admitem o ressarcimento por agressões imateriais apenas em situações taxativas, pontuais, previstas legalmente, formando, dentro da divisão proposta, um segundo agrupamento.

Por sua vez, há um terceiro grupo, no qual encontram-se os países de tradição anglo-saxônica, que possuem “características especialíssimas que o separam claramente dos sistemas dos países de direito codificado”.²⁰¹

Há ainda o quarto bloco destinado aos Países que, até os dias atuais, ignoram a existência de alguma possibilidade do sistema normativo destinar proteção às agressões não materiais, dentre os quais se destacaram a Rússia e a Hungria.

3.3 O SER HUMANO COMO FOCO PRINCIPAL

Apesar de todo o reconhecimento histórico acerca do dano moral, seu maior destaque se deu a partir da Segunda Guerra Mundial²⁰² que serviu como um testemunho evidente da capacidade humana de cometer atrocidades. Os exemplos trazidos pelos Nazistas, na busca incessante pela exterminação dos Judeus, ou na sua utilização como cobaias de experimentos científicos, apresentaram para as sociedades todos os requintes de crueldade e horror que transbordam pelos poros dos soldados que se encontram encravados nos campos de batalha.

As agressões às pessoas eram contínuas. O desrespeito à condição mínima existencial do ser humano surgia em cada incursão militar. Mulheres eram abusadas sexualmente. Crianças e velhos, quando não eram mortos, eram humilhados, passando por traumas psicológicos, na sua maioria, insanáveis. Os homens eram destinados ao trabalho escravo ou a morte por execução sumária. Em rápidas palavras, pode-se dizer que o homem se bestializou de forma tão brutal que assustou até mesmo seu próprio semelhante.

²⁰⁰ Para maiores detalhes sobre a responsabilidade civil aquiliana, ver Capítulo I.

²⁰¹ Não existe na citação destacada qualquer indicação acerca de quais seria tais características. Porém para uma investigação melhor sobre as peculiaridades do sistema anglo-saxão vide capítulo V desta obra. (CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 3. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 31).

²⁰² “O antropocentrismo ressurgiu com o fim da II Guerra Mundial, deflagrando o movimento de reconhecimento e proteção aos direitos humanos, entre eles os direitos da personalidade (ou personalíssimos para alguns). Os direitos humanos foram a resposta aos genocídios cometidos na II Guerra e aos sistemas autoritários das décadas seguintes” (SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor e Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 28).

Com o término deste grande conflito, o mundo movimentou-se no sentido de proteger o ser humano contra as atrocidades cometidas pela sua própria espécie. Passou-se a observar que o patrimônio sem a pessoa não seria nada, porém este sem aquele ainda existiria. Então o aspecto material foi sendo mitigado paulatinamente através de Declarações²⁰³ assinadas em diversos encontros de autoridades globais no intuito de formar um cinturão protetor.

O ser humano tornou-se o centro do ordenamento jurídico como um todo. Impulsionado por uma profunda modificação no modo de pensar da sociedade e nos parâmetros por ela aceito, o antigo pensamento burguês segundo o qual o aspecto patrimonial das relações sobrepunha-se a figura da pessoa passou a ser abandonado.

Direito é sinônimo de idealismo, por mais paradoxo que isto pareça. E refiro-me aqui não ao idealismo de imaginação, mas ao de caráter, isto é, ao do homem que sente que o direito constitui um fim próprio para si, e que considera tudo o mais como coisa de pouca monta quanto é atacado no que para ele é seu lar íntimo e sagrado. Que lhe importa que este ataque a seus direitos parta de um particular, do governo ou de um povo estrangeiro? A resistência que põe a estes ataques avalia-se não pela pessoa que o ataca, mas pela energia do seu próprio sentimento jurídico, pela força moral, com a qual tem o costume de se defender a si mesmo.²⁰⁴

A experiência nazista germinou na consciência universal de que a preservação da dignidade da pessoa humana²⁰⁵ deve ser feita de forma incondicional, perfazendo-se numa conquista de valor ético-jurídico intangível²⁰⁶. Tornou-se, portanto, um valor supremo de caráter ético e

²⁰³ Como exemplo, pode-se citar, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas em 1948; a Lei Fundamental de Bonn, de maio de 1949; a Constituição portuguesa de 1976 e a Constituição espanhola de 1978.

²⁰⁴ IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.66.

²⁰⁵ Em artigo, Antônio Junqueira de Azevedo lembra que a expressão em questão teve como marco histórico do seu nascimento o preâmbulo da Carta das Nações Unidas, em 1945, ao utilizar-se do termo “dignidade e valor do ser humano” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 2, v. 6, jan./mar. 2002, p. 3). Apesar disso, Maria Celina Bodin de Moraes suscita que a ideologia atinente a este princípio surge com a introdução do cristianismo na sociedade antiga. Registros históricos apontam esta religião como a responsável pela utilização, num primeiro momento, da idéia de existência de uma dignidade inerente a cada indivíduo. A partir do pensamento de que o homem foi criado à semelhança de Deus, e com isso o centro de toda a natureza, foi possível justificar a noção de livre arbítrio, agregando-lhe capacidade para ser senhor de si mesmo com decisões que, em alguns momentos, podem contrariar o seu instinto natural. Neste sentido, comunga a autora que: “tal mudança pôde ocorrer porque, diversamente das demais religiões da Antigüidade, o cristianismo surgiu como uma religião de indivíduos, que não se definem por sua vinculação a uma nação ou Estado, mas por sua relação direta com o mesmo e único Deus. Assim, enquanto nas outras religiões antigas a divindade se relacionava com a comunidade organizada, o Deus cristão relaciona-se diretamente com os indivíduos que nele crêem.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. São Paulo: Renovar, 2003, p. 78).

²⁰⁶ Maria Celina Bodin de Moraes comenta no sentido de que “Se o Estado de Direito, iluminista e racional, se mostrou insuficiente para proteger a coletividade frente ao totalitarismo mais abjeto, tornou-se necessário abandonar a legalidade em sentido estrito, permissiva de arbitrariedades e ditaduras, em direção a opções mais seguras, nas quais os princípios da democracia, da liberdade e da solidariedade não possam jamais ser ignorados. Tais princípios, que consubstanciam valores, tomam o lugar das normas jurídicas quando estas se mostram arbitrárias ou injustas, modificando-as para que reflitam o valor sobre o qual se funda, na atualidade, grande parte dos ordenamentos jurídicos, isto é, o valor da dignidade da pessoa humana.” (*Ibidem*, p. 67-68).

espiritual intocável, protetor do lastro necessário para a manutenção do status que o diferencia dos outros animais e fundamento para todo e qualquer ordenamento jurídico no que concerne à sua compreensão e aplicação²⁰⁷.

Há hoje duas diversas concepções da pessoa humana que procuram dar suporte à idéia de sua dignidade, de um lado, há a *concepção insular*, ainda dominante, fundada no homem como razão e vontade, segundo uns, como autoconsciência, segundo outros – é a concepção para cujo fim queremos colaborar porque se tornou insuficiente – e, de outro, a concepção própria de uma nova ética, fundada no homem como ser integrado à natureza, participante especial do fluxo vital que perpassa há bilhões de anos, e cuja nota específica não está na razão e na vontade, que também os animais superiores possuem, ou na auto consciência, que pelo menos os chimpanzés também têm, e sim, em rumo inverso, na capacidade do homem de sair de si, reconhecer no outro um igual, usar a linguagem, dialogar e, ainda, principalmente, na sua vocação para o amor, como entrega espiritual a outrem. A primeira concepção leva ao entendimento da dignidade humana como autonomia individual, ou autodeterminação; a segunda, como qualidade do ser vivo, capaz de dialogar e chamado à transcendência.²⁰⁸

A partir da gradual inserção da idéia de pessoa humana no ordenamento foi possível apresentar uma concepção de direitos diferenciada daquela em vigor em momentos anteriores,

²⁰⁷ Para evitar quaisquer problemas de interpretação da afirmação acima, é necessário destacar que o princípio da dignidade da pessoa humana já existia perante os povos antigos. Ele não foi uma inovação surgida a partir da Segunda Grande Guerra. Na realidade, após este período o princípio em apreço recebeu uma atenção maior e foi galgado a patamares antes inatingíveis, com sua valorização vertiginosa no ordenamento jurídico global. Durante o tempo antigo, a dignidade da pessoa humana possuía um conteúdo diverso do que é conhecido atualmente. Isso porque o conceito de pessoa para os povos antigos era incompatível com o desenhado nos dias modernos. Para os povos daquela época tratava a dignidade como uma qualidade concedida ao homem de acordo com a sua classe social, refletindo o status de cada indivíduo, já quem era mensurável e, conseqüentemente, variava de pessoa para pessoa.

A evolução dos tempos trouxe uma forma diferente de encarar a dignidade da pessoa humana, fazendo com que, nas palavras de Fátima Carolina Pinto Bernardes, “no pensamento estóico, a dignidade era considerada uma qualidade inerente a todo ser humano, e justamente por isso que o homem se distinguiu das demais criaturas existentes na face da terra. Aqui, a dignidade deixa de ser mensurada, passando a ser atribuída de forma igualitária a todo e qualquer indivíduo. O homem, considerado filho de Zeus, era detentor de direitos inatos e iguais para todos, não obstante as diferenças e qualidades individuais” (BERNARDES, Fátima Carolina Pinto. *Dignidade da Pessoa Humana*. Revista dos Tribunais São Paulo, v. 849, ano 95, jul. 2006, p. 728). Um dos grandes momentos iniciais da dignidade da pessoa humana se deu com a inserção do pensamento cristão e a difusão dos ensinamentos trazidos pela doutrina de Cristo que pregava a igualdade entre todos as pessoas. Foi a partir de então que se reconheceu que a origem da dignidade não tinha sua origem na submissão ao império do Estado, mas sim na condição mínima existencial de ser homem. “O conceito de pessoa como categoria espiritual, com subjetividade, que possui em si mesmo, como ser de fins absolutos, e que, em conseqüência, é possuidor de direitos subjetivos ou direitos fundamentais e possui dignidade surge com o Cristianismo, com a chamada filosofia patrística, sendo depois desenvolvida pelos escolásticos.” (SANTOS, Fernando Ferreira. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Fortaleza: Celso Bastos Editora, 1999, p. 19).

Em seguida, o movimento conhecido com Iluminismo, onde, “a partir daí, tem início a preocupação com os direitos individuais e o exercício de um poder menos arbitrário e mais democrático, com raízes em valores diversos tais como, a igualdade e a fraternidade. O indivíduo passa a ser reconhecido com dignidade própria e autônoma, que não é mais oriunda de Deus ou do Estado. O século XVIII passa a ser o denominado *século das luzes*, dando origem à afirmação de que o ser humano começa a brilhar com luz própria” (BERNARDES, Fátima Carolina Pinto. *op.cit.*, p. 730-731).

²⁰⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 2, v. 6, jan./mar. 2002, p. 4.

já que não mais utilizava o ser humano imaginário, ou ideal, mas sim o fático, o autêntico. A pessoa torna-se interessante para o ordenamento jurídico na sua forma pura, sem qualquer maquiagem, o que eleva à hierarquia superior o princípio da dignidade da pessoa humana.

3.3.1 O princípio da dignidade da pessoa humana

Falar em efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana é referir-se ao reconhecimento de inúmeros direitos como: respeito, proteção, e uma existência digna. Independentemente da sua condição perante a sociedade, a pessoa é merecedora de proteção²⁰⁹. Isso implica em dizer que, mesmo diante da situação de flagelo social, ou de ausência completa de formação cultural, de bens materiais e, até mesmo, da absoluta desestruturação biopsicológica, o indivíduo encontra-se coberto pelo manto do princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet,

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência da vida em comunhão com os demais seres humanos.²¹⁰

Este princípio, considerado como valor supremo, serviu como válvula de escape para a intangibilidade da pessoa, desaguando, por conseqüência, no respeito à integridade biológica e psicológica dos homens, respeitadas as diferenças de cada um, com a admissão de requisitos materiais mínimos necessários à sobrevivência e, conseqüentemente, a defesa mais ampla do seu patamar imaterial.²¹¹

²⁰⁹ Compulsando mais uma vez os ensinamentos de Nelson Rosendal: “a consolidação da noção de dignidade como mola mestra de todo o ordenamento resultou de desastrosas intervenções do Estado sobre a liberdade e a integridade corporal do ser humano, a ponto de alcançar o genocídio como crime contra humanidade. A visão de direitos humanos como “o direito a ter direitos” é desafiada quando o Estado recusa a condição humana da diversidade e discrimina grupos, raças e etnias. Muitas vidas custaram para a inserção da dignidade nas legislações contemporâneas. Como qualquer símbolo, o prestígio difuso ao princípio da dignidade pode resultar em seu próprio acaso” (ROSENVALD, Nelson. *Dignidade da pessoa humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 14).

²¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

²¹¹ Um caso clássico apontado por boa parte da doutrina como fundamental na identificação do princípio da dignidade da pessoa humana envolve a situação do “arremesso de anões”. Na última década do século XX – por volta de 1991 – uma discoteca francesa instituiu como diversão para os seus clientes a “brincadeira” de arremessar anões (*lancer de nains*), transformando-os numa espécie de projétil vivo, para outro ponto da casa noturna. Diante de tal fato, a autoridade Municipal - *Morsang-sur-Orge* -, interditou o local sob a alegação de ferir o art. 131 do Código dos Municípios e o art. 3º da Convenção Européia de Direitos Humanos. Após os

Mesmo diante de toda e qualquer diferença social, racial, cultural, as pessoas são possuidoras de necessidades muito equivalentes às dos seus semelhantes. Sendo assim, a dignidade da pessoa humana surge como a arma protetora na medida em que busca compartilhar uma gama de direitos básicos e necessários entre todos os homens de forma igualitária. Não há que se falar em mitigação ou redução desta qualidade. Mesmo que alguém desconheça ser possuidor deste escudo, ele estará presente e ativo, devendo ser respeitado em toda sua inteireza.

É da ética que se extrai o princípio de que os homens devem ter os seus interesses igualmente considerados, independentemente de raça, gênero, capacidade ou outras características individuais. Os interesses em evitar a dor, manter relações afetivas, obter uma moradia, satisfazer a necessidade básica de alimentação e tantos outros são comuns a todos os homens, independentemente da inteligência, da força física ou de outras aptidões que o indivíduo possa ter.²¹²

Os homens devem ser encarados como espelhos uns dos outros. Respeitam-se os direitos de um, na medida em que o outro deve ter garantido os seus. A manutenção do lastro mínimo

trâmites administrativos, o caso foi levado ao Conselho de Estado que acabou por decidir pela manutenção da interdição do estabelecimento tendo em vista a necessidade de respeito à dignidade da pessoa humana, pois este é um dos pressupostos para a noção de ordem pública, o que garante ao Estado, através do seu poder de polícia tomar qualquer atitude no sentido de salvaguardá-lo.

“Par sa décision du 27 octobre 1995, le Conseil d’État a, pour la première fois, explicitement reconnu que le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l’ordre public. La sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d’asservissement ou de dégradation avait déjà été élevée au rang de principe à valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel (Décision n° 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, p. 100). Elle était aussi visée par les stipulations de l’article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, qui interdit les “peines ou traitements inhumains ou dégradants”. Le Conseil d’État a donc jugé que le respect de la personne humaine était une composante de l’ordre public et que l’autorité investie du pouvoir de police municipale pouvait, même en l’absence de circonstances locales particulières, interdire une attraction qui y portait atteinte.” (Analyse des grands arrêts du Conseil d’État et du Tribunal des conflits. Disponível em: <http://www.conseil-etat.fr/ce/jurisp/index_ju_la47.shtml>. Acesso em: 25 nov. 2007). Em tradução livre: Em sua decisão de 17 de outubro de 1995, o Conselho de Estado, pela primeira vez, reconheceu, explicitamente, o respeito à dignidade da pessoa humana como um dos requisitos da ordem pública. A salvaguarda da dignidade da pessoa humana contra toda forma de dependência ou de degradação tem sido elevada à condição de ocupante do patamar de principal valor constitucional pelo Conselho Constitucional (Decisão n° 94-343/344 DC, 27 de julho de 1994, p. 100). Ela foi apontada, também, com base nas orientações existentes no art. 3º da Convenção Europeia de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 04 de novembro de 1950, que proíbe as “penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”. O Conselho do Estado, por consequência do julgamento a respeito da pessoa humana, determinou como sendo um componente de ordem pública, e que a autoridade investida do poder de polícia municipal poderia, mesmo na ausência de previsões locais específicas, interditar uma atração que por ventura venha a infligi-la.”

Sobre o tema, Nelson Rosenvald, apesar de contrário a tal posicionamento, lembra que “em recente abordagem sobre a dignidade da pessoa humana, Alexandre dos Santos Cunha discorre sobre o *arrêt du lanceur de nains*. Conclui no sentido do desacerto do julgamento, pois “o direito de livre desenvolvimento da personalidade, isento de interferência dos julgamentos morais por parte da opinião pública, ou de restrição estatal, é elemento constitutivo e essencial da dignidade humana [...] não pode ser nunca relativizado, a não ser caso interfira diretamente em direitos de terceiros, sob pena de, pela busca do bem absoluto, cairmos no terror” (ROSENVALD, Nelson. *Dignidade da pessoa humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 11).

²¹² ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitivos damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 11.

existencial serve como guarida para a liberdade exercida em sua plenitude, pois não pode ser considerado completamente livre aquele que não possui alicerces fundamentais firmes o suficiente para lhe trazer a proteção almejada.

Conforme preceitua Immanuel Kant, o ser humano nunca poderia ser considerado como meio, mas, sim, sempre, como fim, pois ele não é uma coisa, um bem²¹³. Aquilo que possui um valor estabelecido monetariamente, ou seja, que detém preço, pode ser substituído por outro similar ou igual, porém aquele outro que se considera “inestimável” é detentor de dignidade e respeito.²¹⁴

O filósofo buscou demonstrar que cancelar qualquer proteção a partir do cargo social ou da sua popularidade seria apenas uma grande farsa na efetivação de uma suposta dignidade humana. Em alguns casos, há uma mudança do *status* do indivíduo, podendo emergir ou decair, porém a sua dignidade deve permanecer íntegra e intacta, razão pela qual se justifica a impossibilidade de graduar esta prerrogativa.

supondo que haja alguma coisa cuja existência em si mesma tenha um valor absoluto e que, como fim em si mesma, possa ser o fundamento de determinadas leis, nessa coisa, e somente nela, é que estará o fundamento de um possível imperativo categórico, quer dizer, de uma lei prática. Agora eu afirmo: o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim.²¹⁵

O direito possui apenas a missão de efetivar o que já se encontra delineado no âmago e na consciência coletiva. Não foi ele quem inaugurou este pensamento filosófico. Houve apenas o enunciado do princípio para que fosse possível a disposição de uma tutela protetiva específica. Muitas são as constituições mundiais que possuem em seu texto a menção explícita sobre a dignidade da pessoa humana²¹⁶.

²¹³ Ana Paula de Barcellos lembra que “interessantemente, e nada obstante os vários retrocessos históricos, concepção kantiana de homem continua a valer como axioma no mundo ocidental, ainda que a ela se tenha agregado novas preocupações, como a tutela coletiva dos interesses individuais e a verificação da existência de condições materiais indispensáveis para o exercício da liberdade” (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.107).

²¹⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

²¹⁵ *Ibidem*, p.77.

²¹⁶ Ingo Sarlet lembra que inúmeros outros países posicionaram-se no sentido de adotar de forma expressa o princípio da dignidade da pessoa humana. Realizando uma análise, ainda que prevê sobre o direito comparado o autor ilustra que: “dentre os países da União Européia, colhem-se os exemplos das constituições de Alemanha (art. 1º, inc. I), Espanha (preâmbulo e art. 10.1), Grécia (art. 2º, inc. I), Irlanda (Preâmbulo) e Portugal (art. 1º), que consagraram expressamente o princípio. Também na Constituição da Itália (art. 3º), encontra-se referência expressa à dignidade na passagem em que se reconhece a todos os cidadãos a mesma dignidade social,

Considerando o âmbito interno, cumpre destacar que a dignidade da pessoa humana foi erigida à peça fundamental para o delineamento desejado pelo legislador constituinte de 1988. Assim como no direito alienígena, o ordenamento jurídico pátrio também pôs o homem como foco principal das suas atenções, dando nova roupagem à proteção anteriormente existente. Em art. 1º, inciso III²¹⁷, o legislador Constitucional brasileiro esculpiu como princípio fundamental, assegurando-lhe, por consequência, valor supremo.

Porém, apesar de efetivado e defendido com veemência, em razão da sua amplitude semântica, tornou-se bastante complicada a evidência dos seus limites e contornos de maneira estanque. Dele decorrem inúmeros outros princípios também fundamentais como a liberdade, a igualdade e o da integridade biopsíquica, por exemplo.

Investigando o tema, Nelson Rosenvald afirma que há a necessidade de abandonar a “idéia mágica da dignidade como elixir para o tratamento indiscriminado de todas as ofensas perpetradas contra direitos humanos”²¹⁸ para focalizá-lo no seu exato, ainda que mais restrito, campo de atuação. Somente assim seria possível aumentar a eficiência da sua aplicabilidade já que ele seria investido apenas nas situações “que perpassa o nosso sentimento pessoal e nos alcance como membros da humanidade.”²¹⁹

Sabe-se que com a Revolução Francesa a legislação civilista codificada passou a “dar as cartas”. O Código Civil era o coração de boa parte do complexo jurídico daqueles países que apoiaram suas bases na ideologia inerente no Diploma Francês. Sendo assim, para proteger os

inobstante não se tenha referido expressamente a dignidade da pessoa humana. A Constituição da Bélgica, quando de sua revisão em janeiro de 1994, passou a incluir dispositivo (art. 23) assegurando aos belgas e estrangeiros que se encontrem em território belga o direito de levar uma vida de acordo com a dignidade humana.

Já no âmbito do Mercosul, apenas a Constituição do Brasil (art. 1º, inc. III) e a do Paraguai (Preâmbulo) guinaram o valor da dignidade ao *status* de norma fundamental. No que tange aos demais Estados americanos, cumpre citar as Constituições de Cuba (art. 8º) e da Venezuela (Preâmbulo), além de uma referência direta ao valor da dignidade da pessoa humana encontrada na Constituição do Peru, onde são reconhecidos outros direitos além dos expressamente positivados desde que derivem da dignidade humana da soberania popular, do Estado social e democrático de direito e da forma republicana de governo (art. 4º). A Carta Magna da Bolívia, de 1967, reformada em 1994, dispõe, em seu art. 6º, inc. II, que a dignidade e a liberdade são invioláveis, incumbindo ao Estado o dever de respeitá-las e protegê-las. Igualmente na Constituição Chilena (art. 1º) e em que pese sua origem autoritária, consta que os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos repisando, de tal sorte, a dicção da Declaração Universal de 1948, formulação esta também encontrada no art. 4º da Constituição da Guatemala, que, no seu preâmbulo, fala na primazia da pessoa humana.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 65-67).

²¹⁷ Art. 1º da CF/88: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I- a soberania; II- a cidadania; III- a dignidade da pessoa humana; IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V- o pluralismo político.

²¹⁸ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade da pessoa humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.12.

²¹⁹ *Ibidem*, p.13

anseios da classe burguesa – dominante à época – a liberdade sempre foi vista como sinônimo da autonomia da vontade que, por sua vez, não trazia para a sociedade o equilíbrio hoje conhecido, mas sim uma “pseudo liberdade”, já que a possibilidade de fazer o que desejasse, e da forma como desejasse, estava diretamente relacionada ao volume de posses que o agente possuía.²²⁰

Desse modo, após a elaboração do conceito de patrimônio, bastou regulamentar os direitos subjetivos relativamente aos bens materiais – concepção que, efetivamente prevaleceu desde o início da era das codificações. Sob esse prisma, a liberdade era “absoluta”; as restrições a ela tinham unicamente o condão de proteger as demais liberdades (dos particulares). A autonomia dos privados se contrapunha à ordem pública e/ou aos interesses da coletividade, os quais somente em pouquíssimos setores, considerados estratégicos, podiam prevalecer sobre os interesses dos privados.²²¹

A evolução social trouxe consigo novos desafios para o direito. Além da mudança de pensamento, os conflitos surgidos com o aumento da complexidade das relações, fizeram com que o ser humano fosse compelido a mergulhar ainda mais fundo na efetivação de um escudo protetor para as relações que envolveriam direitos imateriais.

O interesse social passa a ser detentor de importância antes inexistente o que provoca grandes limitações na antiga autonomia da vontade. Modernamente, o homem passou a deter a sua liberdade não em razão do seu patrimônio, mas, simplesmente, pela condição a qual encontra-se inserido. Desde que os atos praticados estejam em conformidade com os objetivos e fundamentos principiológicos existentes na Constituição Federal, não há porque mitigar, por exemplo, a privacidade, a intimidade e o exercício da vida privada de cada um²²².

Este idealismo do sentimento jurídico não ameaçaria a própria base se o homem se limitasse a defender exclusivamente o seu próprio direito sem tomar parte na manutenção do direito e da ordem. Sabe que, defendendo o seu direito, defende o direito em geral, mas sabe também que, lutando pelo

²²⁰ Lembre-se que o Código Civil de 1916 não possuía um capítulo específico para assegurar os direitos da personalidade, como o faz o Diploma atual. Este comportamento não poderia ser considerado como uma lacuna em razão de desleixo por parte do legislador oitocentista. Na realidade, não havia a valorização da pessoa como um ser, mas sim como o ter. O que importava era o *status social*, não sendo admitido o sujeito desprovido de patrimônio.

²²¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. São Paulo: Renovar, 2003, p. 104.

²²² Inúmeros são os exemplos de atos que podem se configurar em agressões evidentes ao princípio da dignidade da pessoa humana. A Internet, por exemplo, é uma ferramenta bastante útil para ferir o princípio em questão. A divulgação de vídeos, fotos, ou qualquer outra declaração ou gravação de caráter íntimo, sem a autorização do dono, é o desenho perfeito da invasão de privacidade, vindo a ferir a esfera de autonomia que cada pessoa possui. No âmbito profissional, por exemplo, a imposição de revistas íntimas sem a devida cautela também pode ensejar em situações humilhantes que venham a denegrir o aspecto psicológico do sujeito passivo.

direito em geral, luta pelo seu direito pessoal.²²³

Assim, no que concerne ao dano moral, discussões existentes em alguns ordenamentos acerca da sua possibilidade não foram finalizadas a partir do momento em que houve reconhecimento do ordenamento jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana. Assegurou-se então uma proteção muito mais efetiva do que aquela decorrente estritamente do aspecto material. Agora o homem é encarado de forma completa, garantindo-se não apenas uma defesa à manutenção das suas posses, mas também à integridade da sua condição de ser humano.

Portanto, o princípio em apreço possui um conteúdo etimológico muito mais complexo do que se possa imaginar num primeiro plano. Sua definição apresenta-se bastante dificultosa quando conectada a um plano abstrato. O seu alargamento ou a sua restrição estará diretamente ligado a inúmeros aspectos, como culturais e econômicos.

É necessário ter em mente que, independente do entrave mencionado, este valor impõe o dever de respeito incondicional à intangibilidade da vida humana – e subseqüentemente a outros aspectos como a liberdade, a integridade física, e os meios mínimos para o exercício da vida, por exemplo²²⁴ – o que vem a reforçar, na grande maioria dos sistemas jurídicos mundiais, a viabilidade da proteção aos direitos imateriais, com a conseqüente imputação de valor indenizatório para o caso de violação a tal determinação.

3.4 A EVOLUÇÃO DO DANO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO

No que se refere à evolução histórica do dano moral no direito brasileiro é possível identificar a existência de três momentos bastante evidentes: o primeiro que refutava, por completo, qualquer possibilidade de incidência de indenização nas agressões a direitos não-patrimoniais; o segundo que, apesar de aceitar a existência do dano moral, previa-o apenas de forma restrita decorrendo daí o antigo pensamento de que não se poderia cumular com o material; e, por

²²³ IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 67.

²²⁴ Acórdão em H.C nº 71373-4/RS, em que foi relator Min. Francisco Rezek, proferido em 22.11.1996, espelha o ideal trazido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, e conseqüente, da preservação de direitos da personalidade: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA". Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos. (STF. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 25 nov. 2007).

fim, a terceira e última etapa que é a da reparabilidade ampla do dano moral, iniciada, por sua vez, a partir da Constituição Federal de 1988 que inseriu previsão específica em seu corpo normativo, transformando-o em direito fundamental.

3.4.1 Primeiro momento: a negação absoluta ao dano moral

Nas palavras de Wesley de Oliveira Louzada Bernardo: “Na primeira fase, que vai do direito anterior ao Código Civil de 1916, passa pela edição do Código e perdura até 1966, quando o Supremo Tribunal Federal houve por bem mudar sua orientação sobre o tema”²²⁵.

O pensamento dominante no momento inicial do dano moral no Brasil fundamentava-se principalmente na ideologia da impossibilidade de reparação daquilo que não poderia ser auferível. A incerteza do direito violado encontrava-se estampada na contrariedade da maioria dos pensadores. A insegurança trazida pela abstração do imaterial bloqueava a inserção de uma doutrina de horizontes mais amplos do que aquela que previa apenas responsabilidade aos danos materiais.

Não se quer dizer, com isso, que naquela época não se aceitava a existência de agressão ao íntimo das pessoas. A existência de dano ao aspecto psicológico da pessoa era identificada, porém não era abarcado pela sistemática civilista. A moral, a partir de uma visão mais social, era um valor bastante cultuado. As pessoas espelhavam-se na tradição e na honradez do seu semelhante. Porém, não havia a possibilidade de contraprestação indenizatória ou ressarcitória.

A influência irradiada a partir do Código de Napoleão fez com que o pensamento patrimonialista dominasse todo ordenamento pátrio²²⁶. O ser humano era visto apenas como

²²⁵ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Biblioteca de Teses. São Paulo: Renovar, 2005, p. 88.

²²⁶ Antes da promulgação do Código de Beviláqua houve diversas tentativas de formular um conjunto de normas capaz de suprir todos os anseios sociais da época. O primeiro movimento neste sentido ocorreu nos idos de 1823 com a determinação de que a legislação vigente deveria ser mantida até que fosse erigido um código próprio para o país. A Constituição Imperial de 1824 determinava em seu art. 179, n° XVIII o prazo de um ano para a confecção do Código Criminal e do Código Civil, sob manto das bases sólidas da justiça e da equidade. Sendo assim, inúmeros projetos foram elaborados no intuito de cumprir a determinação maior, a exemplo da Consolidação das Leis Cíveis de 1855, do Esboço das Leis Cíveis de 1865 – elaborado por Teixeira de Freitas -, do Apontamento para o Projeto do Código Civil Brasileiro de 1881, até chegar ao Projeto do Código Civil e Clóvis Beviláqua de 1899, que, após 17 anos, foi aprovado em 1° de Janeiro de 1916 sob o n° 3.071/1916, entrando em vigor um ano após.

Seu longo período de criação, por sua vez, não mitigou a flagrante influência que o Código Francês exerceu sobre o ordenamento civilista pátrio. Ele trouxe em seu texto os valores típicos do século XIX como a valorização incondicional do patrimônio, relegando, como dito, a pessoa à segundo plano no âmbito da proteção jurídica.

um produtor de riquezas e não como um ser merecedor de proteção especial. “O homem era considerado apenas enquanto *homo faber*. O direito debruçava-se sobre a pessoa, mas via o homem apenas como produtor de renda”²²⁷.

O Código Civil, bem se sabe, é fruto das doutrinas individualista e voluntarista que, consagradas pelo Código de Napoleão e incorporadas pelas codificações do século XIX, inspiraram o legislador brasileiro quando, na virada do século, redigiu o nosso Código Civil de 1916. Àquela altura, o valor fundamental era o indivíduo. O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais. Eis aí a filosofia do século XIX, que marcou a elaboração do tecido normativo consubstanciado no Código Civil.²²⁸

O materialismo exacerbado impossibilitava uma hermenêutica voltada para assegurar uma ampla proteção ao ser humano como um valor próprio. O patrimônio funcionava como o eixo indispensável para toda engrenagem jurídica, o que deixava o ser humano na condição de subalterno em relação ao aspecto econômico, sendo-lhe reservadas apenas algumas poucas e raras previsões normativas.

O “ter” era posto em primazia em relação ao “ser”, fazendo com que a ideologia de dignidade da pessoa humana fosse relegada a segundo plano. O homem era mensurado a partir da sua capacidade de acúmulo de bens. Respeitado era aquele que possuía um considerável volume de riquezas. À pessoa desprovida de capacidade econômica restava apenas a submissão ao seu semelhante que lhe tomava as vezes de senhor, determinando-lhe ordens e impondo-lhe suas vontades sem respeitar direitos e deveres mínimos existenciais.

Já a responsabilidade civil, era encarada apenas como uma forma de obrigar o ofensor a garantir o *status quo ante* ao ofendido, evitando, com isso que este viesse a arcar com os prejuízos decorrentes do ato ilícito praticado por aquele, era inaceitável pensar na existência de alguma possibilidade de ressarcimento por dano moral. Ora, se esta espécie de proteção não visava assegurar nenhum direito patrimonial ou produtor de riqueza, não havia razão para que o ordenamento civil incidisse sobre ele com as ferramentas em estudo²²⁹.

²²⁷ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais., 2003, p. 45.

²²⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 2.

²²⁹ Em caráter ilustrativo, cita-se o Acórdão do Recurso Extraordinário nº 11.786, do STF, que teve como relator o Min. Hahnemann Guimarães, datado de 07.11.1950, o qual foi lavrado com a seguinte ementa: “não é admissível que os sofrimentos morais dêem lugar a reparação pecuniária, se deles não decorre nenhum dano material”.

Isso não indica a existência de impunidade total. O que se quer deixar claro é que, nesta época, o legislador e os aplicadores do direito não comungavam com o viés, hoje pacificado na sociedade, que é o da reparabilidade por ofensa a direitos personalíssimos. Havia sim, previsão normativa que buscava sancionar tal comportamento, mas, apenas restrita ao âmbito penal, através da tipificação, por exemplo, dos crimes de calúnia, injúria e difamação.²³⁰

Inúmeros eram os juristas²³¹ que se posicionavam contrários à possibilidade de uma agressão atingir o sujeito passivo de forma imaterial. Somente a título exemplificativo destaca-se que um dos grandes adeptos da teoria negativista era Lafaiete Rodrigues Pereira que, em seus escritos, explanava:

O mal causado pelo delito pode consistir simplesmente em um sofrimento físico ou moral, sem relação direta com o patrimônio do ofendido, como é o que resulta do ferimento leve que não impede de exercer a profissão, ou de ataque à honra.

Nestes casos não há necessidade de satisfação pecuniária. Todavia, não tem faltado quem queira reduzir o simples sofrimento físico ou moral a valor: são extravagâncias do espírito humano.

O mal que dá lugar à satisfação pecuniária é o que direta ou indiretamente (por via de consequência) ofende o indivíduo nos seus direitos relativos à propriedade no sentido amplo (§ 24 acima) e nos seus interesses legítimos: tal é o que ocorre quando a coisa é destruída ou subtraída; tal é o prejuízo que resulta ao ofendido que o delito inabilita temporária ou perpétuamente de exercer a sua profissão. Nestes casos dá-se a obrigação de satisfazer o dano causado e com a dita obrigação nasce a hipoteca legal²³²

No voto do Relator, encontra-se a seguinte passagem: “é, sem dúvida, um sinal dos nossos tempos materialistas a preocupação de transformar a ofensa de puros sentimentos morais em dano estimável em dinheiro; tornou-se o dinheiro padrão de todos os valores, inclusive dos valores morais; só essa atitude exageradamente materialista poderia justificar que se admitisse a possibilidade de converter os sofrimentos exclusivamente morais em fonte de enriquecimento, ou em fonte de reparação do dano. A doutrina tem admitido a “pecunia doloris”, o “schmerzensgeld”, a indenização pela dor sofrida, mas quando dessa dor decorre prejuízo patrimonial; se o dano chamado moral, se o sofrimento moral redundando em dano material, será possível indenização. Não é, entretanto admissível que os sofrimentos morais dêem lugar a uma reparação, se deles não decorrer nenhum dano material.” [...] “não acho possível que o sofrimento meramente moral possa ter abrandamento, compensação, consolo por meio de dinheiro. Parece-me até imoral essa atitude, que transforma o sofrimento moral em alguma coisa que possa cessar desde que o indivíduo ganhe, receba dinheiro, indenização. Só posso admitir reparação do dano moral quando dele decorre dano patrimonial, mas não é possível aceitar a possibilidade de se abrandar o sofrimento moral mediante dinheiro. (STF. Segunda Turma. RE nº 11786. Rel. Min. Hahnemann Guimarães. Julgado em 07.11.1950. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 01 set. 2007).

²³⁰ Art. 138 do Código Penal: “Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa;

Art. 139 do Código Penal: “difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: pena – detenção de três meses a um ano, e multa;

Art. 140 do Código Penal: “Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: pena- detenção, de um a seis meses, ou multa”

²³¹ Wilson Melo da Silva em sua obra clássica intitulada *O Dano Moral e Sua Reparação*, em seu capítulo XVIII apresenta inúmeros autores que assentam seus opinativos no sentido contrário a qualquer possibilidade de ressarcimento por danos morais. (SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955).

²³² PEREIRA, Lafaiete Rodrigues apud SILVA, Wilson Melo de. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 259-260.

Nesta época, a noção de delito era sintetizada no fato, ou omissão, do qual resulte, ou pelo menos tivesse a possibilidade de acarretar, dano ao patrimônio do sujeito passivo. A possibilidade de qualquer agressão que não decorresse numa redução material não poderia ser acobertada pelo direito civil, devendo, por exemplo, ser direcionada para a seara penal, como tratado anteriormente. Para que existisse indenização, exigia-se, preliminarmente, a prova do dano experimentado.

A Corte Suprema do País, no fervor desta discussão existente à época, posicionava-se de acordo com o entendimento contrário à possibilidade de reparação do dano moral. Mais uma vez deve-se destacar o conteúdo do Recurso Extraordinário nº 11.786/MG que teve como relator o Min. Hahnemann Guimarães, que ao enfrentar a questão foi categórico delineando em sua ementa que “não é admissível que os sofrimentos morais dêem lugar a reparação pecuniária, se deles não decorre nenhum dano material.”²³³

Como dito, o aspecto moral não era passível de produção de riquezas. No máximo poderia ser considerado como uma prerrogativa pessoal, o que tornava imoral a compensação de qualquer

²³³ No Acórdão do Recurso Especial nº 11.786, o STF transcreve a decisão do magistrado mineiro Henrique de Paula Andrade que merece receber destaque, não só pelo posicionamento contrário à reparabilidade do dano moral, mas também, pela singularidade com que o Julgador tratou do tema: “Contratando com uma verdade sabida desde os bancos acadêmicos, qual a que não existe, em direito, duas causas semelhantes, conheço hipótese absolutamente igual à que ora me preocupa. Não a busquei no bôjo das revistas jurídicas do País. Ao revés, fui buscá-la num livro que diverte e faz rir... Em férias a minha atividade funcional, quis deleitá-la com uma leitura qualquer. E foi assim que os meus olhos, cansados de interpretar duros textos de leis, pousaram sobre um livro de contos de HUMBERTO DE CAMPOS. A páginas tantas do *Mealheiro de Agripa*, o saudoso escritor comenta um julgado da Corte de Apelação do Distrito Federal, segundo o qual aquele tribunal condenou a Santa Casa de determinado lugar a pagar a um viúvo a importância de Cr\$ 100.000,00 a título de indenização pelo desaparecimento misterioso dos ossos de sua mulher, inumada havia quatro anos, em um cemitério daquela Capital. Sim, porque os coveiros, na azáfama com que trabalhavam, teriam lançado à vala comum os ossos da virtuosa senhora, supondo tratar-se de outra sepultura qualquer. E conclui o citado escritor, como o marido a amasse loucamente, reclamou à Santa Casa a referida indenização.

Lembra HUMBERTO DE CAMPOS, prossequindo na sua narração uma passagem escrita pelo original LIMA BARRETO, ao comentar caso análogo corrido em outra cidade de São Paulo. Disse êle que na cidade de Tupiacanga, no interior do Brasil, certa tarde apareceu uma personagem bizarra, conduzindo uma infinidade de aparelhos misteriosos. Era o alemão Edmundo Flamel, indivíduo de reputação universal e que procurava, pacientemente, uma fórmula para a fabricação do ouro; Flamel aliou-se a um farmacêutico local, e, ambos juntos, fabricavam o ouro, servindo-se como ingrediente principal ossos de defunto. E, ao serem surpreendidos no cemitério, na ocasião em que violavam os túmulos, quase foram linchados. Entre os que mais se revoltaram contra êles achavam-se o juiz de direito, o tabelião, o engenheiro da estrada de ferro, o carteiro, o chefe da banda de música, etc. Apanhados em flagrante fugiram, e isso depois de esclarecerem o seu invento. Na noite seguinte, começou a povoar-se de sombras e vultos desconfiados o cemitério de Tupiacanga. Esses vultos se curvavam cavando a terra junto aos túmulos antigos. Eram o juiz de direito, o engenheiro da estrada de ferro, o carteiro, o mestre da banda de música, o tabelião, enfim era a cidade inteira que revolia, frenética, o solo da casa dos mortos... E o comentador, sempre alegre e brejeiro, tira a moral de seu escrito: a solução desta causa pertence a uma alquimia perigosa. Dentro de alguns meses não haverá mais viúvos, talvez que encontrem, sob a lousa fria, na tristeza do sono eterno, os ossos da mulher... *Mutatís mutandis*, e a hipóteses dêstes autos.

Todavia, nota-se entre os dois casos uma pequena diferença. É que Edmundo Flamel procurava fazer ouro com os ossos de defunto, enquanto o autor bem mais prático, quis fazer, de vez, a própria moeda sonante, com o réis brasileiro, o futuro cruzeiro.

Mas, não será com alquimia da lei que o conseguirá fazê-lo. Pelo menos assim penso e assim decido.”

dor com o pagamento em dinheiro. O pensamento que servia como sustentáculo para esta aversão era de que a vítima seria beneficiada, auferindo um montante pecuniário, a partir de uma situação fática que lhe trouxe apenas menoscabo e tristeza.

Era incompreensível aceitar que alguma agressão além da patrimonial pudesse ser considerada²³⁴. “Sua refutação está em que o dano moral é consequência irrecusável do fato danoso”²³⁵.

Aliado a isso, existia a idéia de que o dano somente poderia ser configurado a partir de um efeito penoso durável. Como o aspecto imaterial não apresentava uma postergação dos resultados de forma visível, tornava incongruente aceitar a existência de agressão, já que tais dores eram consideradas como fenômenos passageiros. Sendo assim, José Aguiar Dias traz a lume o posicionamento de Gabba:

Que se chame dano, e propriamente dano físico, a lesão corporal, é aceito e plausível; que também se chame dano a diminuição da consideração social da pessoa ou a ofensa à pudicícia de uma jovem ou a perda da assistência dos pais é igualmente admissível; mas que se chame de dano a ofensa ao décor, à liberdade ou um dos tantos padecimento morais.. não é nem pode ser admitido²³⁶

Neste sentido, conclui Wesley de Oliveira Louzada Bernardo que tal argumentação desaguava numa impunidade completa por parte daquele que causou o dano moral, e conseqüentemente no incentivo à reincidência, o que ia, de encontro com os princípios da justiça, dentre os quais encontrava-se a reprovação social à ofensa²³⁷. Sendo assim, imoral seria abster-se de impor ao agente danoso qualquer tipo de obrigação, deixando-o impune e, além disso, a vítima irreparada.

Dentre todas as justificativas que afastavam a possibilidade reparação pela agressão não patrimonial encontra-se a da impossibilidade de aferição equivalente entre o dano e o

²³⁴ Em exposição realizada no Tribunal Regional Federal da 3ª Região em 30.03.95, no “Fórum Debates”, o Ministro Raphael de Barros Monteiro Filho lembra um pouco da história do dano moral no STF, trazendo à lume o seguinte julgamento: “em dezembro de 1913, à análise do Supremo Tribunal Federal foi submetido o Agravo n.º 1.723, que cuidava precisamente da liquidação de danos havidos em acidente ferroviário, no qual perdera a vida um chefe de família. A princípio concedida a indenização por dano material, de um lado, e por dano moral, de outro (cfr. RF vol. XXV, págs. 73–77), tal decisão foi parcialmente reformada por acórdão de 26 de junho de 1915, da mesma Suprema Corte, que culminou em excluir a indenização pelo dano moral. A pretensão de reduzir o sofrimento físico ou moral foi ali tida como uma “extravagância do espírito humano”. (MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros. *Indenização por dano moral: evolução da jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/Discursos/0001089/Indeniza%C3%A7%C3%A3o%20por%20Dano%20Moral%20%20Evolu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Jurisprud%C3%Aancia.doc>>. Acesso em: 03 set. 2007).

²³⁵ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. vol. II. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 738.

²³⁶ *Ibidem*, p. 737.

²³⁷ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Biblioteca de Teses. São Paulo: Renovar, 2005, p. 90.

ressarcimento, que até o presente momento ainda reflete nos ditames da doutrina nacional. A idéia de restituição ao *status quo* é um ideal que deve ser buscado pelo magistrado na prolação da sentença. Porém, algumas vezes, em razão da complexidade com que os conflitos se desenham, esta meta principal não é atingida, obrigando o juiz a realizar uma aproximação, ou seja, uma compensação, onde deverá buscar uma maior similitude com a situação jurídica antes existente. Assim, tal objeção se torna irrelevante na medida em que também nos danos patrimoniais, em alguns momentos, torna-se inviável a aferição exata do prejuízo sofrido.

Seguindo esta trilha, mais uma vez, recorre-se aos ensinamentos de insigne José Aguiar Dias para afirmar que “não é razão suficiente para não indenizar, e assim beneficiar o responsável, o fato de não ser possível estabelecer equivalente exato, porque, em matéria de dano moral, o arbitrário é até a essência das coisas”²³⁸

3.4.2 Segundo momento: o reconhecimento taxativo do dano moral

As influências da mudança de pensamento ocorrida no universo jurídico mundial, principalmente a partir da II Guerra Mundial, que apresentou para a comunidade global as atrocidades que o homem era capaz de praticar com seu semelhante, trouxe reflexos para o ordenamento pátrio.

O homem não era mais um subalterno ao patrimônio. Ele se encontrava num momento de transição no qual erguia-se sobre a condição de quase insignificância imposta pelas leis elaboradas pelos burgueses do século XVIII. Passa-se então a perceber que mais importante do que os bens economicamente mensuráveis era o ser humano, e que, em razão disso, ele necessitava de proteção ampliada.

Neste sentido, lembra o Ministro Raphael de Barros Monteiro Filho que:

o colendo Supremo Tribunal Federal, em novembro de 1942, ainda que não deferindo a indenização do dano extrapatrimonial, entreabriu a porta para um futuro reconhecimento, conforme deixou estampado a ementa do v. acórdão de que foi relator o Ministro Orozimbo Nonato: "No direito brasileiro atual, só em raros casos se indeniza o dano moral. Neles não se inclui o de homicídio. Contudo, o princípio da reparação do dano puramente moral vai abrindo caminho, triunfando na doutrina e se inserindo nos Códigos" (RF, vol. XCIV, pág. 477).²³⁹

²³⁸ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. vol. II. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 739.

²³⁹ MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros. *Indenização por dano moral: evolução da jurisprudência*. Disponível em: <

Esta porta entreaberta deixada anos antes pelo Ministro Orozimbo Nonato trouxe para dentro do Excelso Tribunal um posicionamento antes inexistente, e que passaria a iluminar os pensamentos dos demais componentes anos mais tarde. À semelhança das histórias infantis, o “patinho feio” do dano moral estava se preparando para transformar-se num “cisne” no ordenamento jurídico. O acender do sinal mais humanista passa a guinar, gradativamente, os preceitos outrora solidificados. Os clamores de juristas como Pontes de Miranda²⁴⁰ fizeram-se ecoar no ordenamento jurídico.

O STF, então, passou a observar o ordenamento jurídico de outra forma, aceitando a existência do aspecto mais íntimo do ser humano e o reconhecimento da sua fragilidade. A inserção do ideal de que todo dano deve ser indenizado fez clarear a tendência de que o aspecto moral do homem também é merecedor de proteção.

Apontam os arquivos do Pretor Excelso que o primeiro posicionamento a favor da reparabilidade destinada ao aspecto imaterial veio com o acórdão nº 59.111/CE²⁴¹ que, sob a relatoria do Ministro Djaci Falcão, nos idos de 1967, acatou a existência do dano moral no caso de morte de filho em razão de acidente. Assim, passou-se a reconhecer a possibilidade da existência de proteção, apesar de que tal seguridade se dava sobre bases ainda vacilantes.

A inserção do novo traz ao receptor alguns aspectos que o fazem ficar irresoluto perante tal condição. Sendo assim, lembra Wesley de Oliveira Louzada Bernardo que “essa fase caracteriza-se pela incerteza e pela recalcitrância, com decisões que ora inadmitiam a reparação por danos morais, ora admitiam-na, fundada, entretanto, no chamado dano patrimonial indireto”²⁴²

Este momento de transmutação engessou o reconhecimento da proteção aos direitos imateriais

<http://www.stj.gov.br/Discursos/0001089/Indeniza%C3%A7%C3%A3o%20por%20Dano%20Moral%20%20Evolu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Jurisprud%C3%Aancia.doc>>. Acesso em: 03 set. 2007.

²⁴⁰ Como lembra José Aguiar Dias, Pontes de Miranda defendia a existência de uma inversão de valores no ordenamento pátrio, no qual os interesses patrimoniais encontravam-se em situação de sobreposição em relação aos extrapatrimoniais. Não é por outra razão que a sua inquietude permeava-se perante a seguinte meditação: “que mal-entendida justiça é essa, que dá valor ao dano imaterial ligado ao material e não ao dano imaterial sozinho?” (DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. rev. atual. vol 1. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 752).

²⁴¹ O referido acórdão tinha como ementa o seguinte: RESPONSABILIDADE CIVIL. RESSARCIMENTO DO DANO MORAL. A REPARAÇÃO DO DANO DECORRENTE DE ATO ILICITO, QUE HAJA CAUSADO A MORTE DE MENOR, NÃO SE RESTRINGE AOS LIMITES DO ART. 1 537 DO C. CIVIL. IMPÕE-SE A INDENIZAÇÃO POR ARBITRAMENTO, CONSOANTE A REGRA DO ART. 1553 DO CITADO DIPLOMA. (RE 59111/CE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRIMEIRA TURMA. REL. MIN. DJACI FALCÃO. JULGAMENTO: 15.05.1967. PUB. 10.08.1967. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 24 ago. 2007).

²⁴² BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Biblioteca de Teses. São Paulo: Renovar, 2005, p. 92.

apenas a casos pontuais onde a indenização era vinculada à perda da expectativa de ganhos futuros dos pais em relação aos filhos e, em outros casos, dos gastos realizados por aqueles para a criação destes até o fatídico acontecimento. Ou seja, não se buscava amenizar a dor sofrida pelo fortuito, mas sim assegurar, ainda, o aspecto patrimonial.

Com base neste pensamento, e em reiteradas decisões da Corte Máxima brasileira, no que se refere às indenizações por morte de descendente em razão de acidente, surge, sob a lavra do STF, a súmula 491 que concretiza que: "É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado."

Numa primeira e superficial análise, percebe-se que se escancara uma janela para a possibilidade de ressarcimento dos danos morais, haja vista que tal determinação acima mencionada não se relaciona com qualquer gasto decorrente do óbito. Porém, numa atividade interpretativa mais acurada, constata-se que o fundamento basilar dessa orientação está na situação de que as famílias de baixa renda perderiam, com a morte do filho menor, um potencial ganho econômico. Cuida-se aí de dano de caráter patrimonial, o que justifica, por via de conseqüência, a tendência daquele Pretório em refutar a cumulação da indenização patrimonial com a outra, a título de ressarcimento do dano moral em seu aspecto puro.

Sendo assim, pode-se concluir que, na realidade, o reconhecimento da possibilidade de indenização – ou ressarcimento, a depender da teoria que siga – em razão de uma agressão moral, na realidade não passa de um dano material travestido. Sob o manto deste instituto, à época, revolucionário, o tradicional prejuízo monetário ainda reinava soberano.

Por vivenciar este momento de transição, Wilson Melo da Silva afirma que "Os julgados e as decisões, quando não recusam, de maneira formal, a doutrina, aceitam-na, no comum das vezes segundo o critério da escola capitaneada por DALLOZ, e ordenam a reparação dos danos morais apenas em seus reflexos patrimoniais"²⁴³. Mesmo assim, o autor – adepto incontestável da possibilidade de existência de danos morais – lembra que apesar de todas as derrotas existentes nos tribunais pátrios, há, sempre, inseridos nestes acórdãos, votos a favor da reparabilidade, chegando até a profetizar que esta doutrina "dia a dia e cada vez mais, na jurisprudência, acabará por ter consagração plena em nosso meio"²⁴⁴

Somente era possível aceitá-lo se houvesse empobrecimento do lesado, ou seja, se ele viesse a sofrer qualquer variação econômica negativa, não sendo, portanto, aceita a forma pura do

²⁴³ SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 259.

²⁴⁴ *Idem*.

instituto.

O próximo grande passo dado pela doutrina²⁴⁵, mas que ainda não significa a plenitude do instituto, tangenciava no sentido de aceitar a existência do dano moral apenas em casos legalmente previstos. Para a corrente simpática a este posicionamento, todo dano deveria ser ressarcido pelo sujeito ativo, porém, no que se refere ao moral, necessitava-se de um cuidado maior com tal afirmativa, já que em sua essência era impossível agregar-lhe valor econômico. Em razão da sua incompatibilidade pecuniária, abria-se a possibilidade de existência de especulações e da atuação de aproveitadores que, a partir da justificativa da afetividade, se utilizariam deste instituto para conseguir vantagens.

Pontualmente é possível encontrar em leis esparsas previsões que abarcam o dano moral, a exemplo do Decreto 2.681 de 07.12.1912 que dispunha sobre a responsabilidade civil das estradas de ferro. Em seu art. 21, a referida norma apresenta uma previsão que torna possível a reparação por dano moral em seu aspecto puro. Ao mencionar que “no caso de lesão corpórea ou deformidade, à vista da natureza da mesma e de outras circunstâncias, especialmente a invalidez para o trabalho ou profissão habitual, além das despesas com tratamento e lucros cessantes, deverá pelo juiz ser arbitrada uma indenização conveniente” o legislador abre espaço para a aceitação da existência de agressão a direitos não-materiais.

A expressão “deverá pelo juiz ser arbitrada uma indenização conveniente” além das despesas consideradas como materiais, nada mais significa do que a real viabilidade da compensação da vítima pelos danos decorridos do acidente. Porém, em pesquisa realizada no *site* do Supremo Tribunal Federal foi possível notar que apesar de existir determinação legal, poucos foram os recursos que trataram da temática, haja vista que, não por objeção por parte dos Ministros, mas sim por ausência de questionamento da própria vítima.²⁴⁶

²⁴⁵ Teixeira de Freitas, que tão pouco é valorizado no Brasil, mas que foi fonte inspiradora para o Código dos vizinhos patrícios, já visualizava a possibilidade de indenização em razão de dano que acometesse o patamar imaterial da pessoa. Dentro da sua Consolidação das Leis Cíveis, merece destaque os artigos 801 e 804 que traziam em seu bojo o enfrentamento do problema relacionado aos danos morais de forma mais explícita:

“Art. 801: Para êste fim o mal, que resultar à pessoa, e aos bens do ofendido, será avaliado por árbitros, em tôdas as suas partes, e conseqüências.

Art. 804: Para se restituir o equivalente, quando não existir a própria coisa, será esta avaliada pelo seu preço ordinário, e pelo de afeição, contanto que êste não exceda a soma daquele.”

²⁴⁶ A idéia ainda permeava em torno da ausência de colaboração patrimonial que ocorreria em razão do acidente. A preocupação não seguia no sentido da amenização do patamar intrínseco abalado da vítima, mas sim na insuficiência econômica que poderia decorrer de tal ato, seja em relação a ela própria ou aos seus familiares. O STF também compartilhava deste pensamento, o que pode ser comprovado a partir do posicionamento adotado pelo Ministro Antônio Villas Boas que no Recurso Extraordinário lavrado sob o número 46241/RJ adotou o seguinte opinativo: “aqui se trata de indenização por morte de mulher que não tinha em seu cargo a manutenção da casa; esta compete ao marido. De sorte que já o Tribunal, havendo dado a indenização, fêz o bastante e o

Até mesmo quando referente à morte, a suposta indenização dela decorrente deveria ser arbitrada em consonância com a investida econômica que a vítima tinha diante dos seus familiares. No recurso especial nº 54.239, ao analisar a temática, o Min. Hermes Lima posiciona-se da seguinte forma:

O problema aqui seria o de considerar que o autor não viveu na dependência do filho. A decisão se baseou nos documentos de fls. 8, em que não se encontra o nome do filho morto como dependente econômico do autor, seu pai. Na base desses documentos reformou-se a sentença, para dar direitos apenas à indenização, limitando a condenação às despesas com funeral. Achou o acórdão que não ficou comprovado nos autos que o autor fôsse sustentado pela vítima e que esta não contribuía para as despesas do lar paterno, porque ganhava insuficientemente. A verdade, porém, é que êle era empregado e ganhava. Nas famílias pobres, um elemento ganhando alguma coisa, contribui, alivia a carga do grupo familiar. Assim, dou provimento ao recurso.²⁴⁷

3.4.2.1 O dano moral e o Código Civil de 1916

Ao tempo das discussões sobre o Código Civil de 1916, a temática em apreço não foi alvo de debates acalorados. Apesar disso, houve a inserção de algumas previsões espaciais que suscitaram questionamento dos doutrinadores acerca da ampla aceitabilidade da indenização por danos morais no direito brasileiro²⁴⁸. O barulho dos estudiosos foi grandioso, os embates

fixou com base no salário mínimo, uma vez que não era possível verificar qual a contribuição que a mulher trazia para o lar.

Neste caso, a fixação do quantum partiu de uma ficção; admitiu-se que ela teria o salário mínimo. Agora, com base nessa ficção, ainda admitir os reajustamentos salariais, acho demais.

Assim, conheço o recurso como foi admitido, mas nego-lhe provimento.” (Re. 46.241/RJ. Rel. Min. Antônio Villas Boas. Segunda Turma. Pub. 06.12.1960. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 27 out. 2007).

²⁴⁷ Re. 54.239. Rel. Min. Hermes Lima. Segunda Turma. Pub. 11.06.1965. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 27 out. 2007.

²⁴⁸ O Ministro Aliomar Baleeiro, no Recurso Extraordinário nº 59940, em que foi relator aponta no sentido da viabilidade de aceitação jurídica do dano moral de forma ampla. Segundo ele: “Malgrado a hesitação a reparabilidade do dano moral vem aldravando, há mais de meio século, a consciência de vários dos maiores membros” [...] “na doutrina pátria, entre os nomes luminosos que proclamam a admissibilidade do ressarcimento do dano moral, figuram nada menos que Clovis, Filadelfo Azevedo, Pontes de Miranda, Espínola, entre outras estrelas de primeira grandeza” [...] “Sem qualquer propósito polemístico, impróprio do pronunciamento judiciário, inclino-me a crer que êsses mestres, que de pretório, que de cátedra interpretam bem o direito federal, quando, admitindo a reparação do dano extrapatrimonial, se reportam ao direito de ação não só por legítimo interesse econômico, mas também moral, do art. 76 do C. Civ.; ao preço da “Afeição” equivalente à coisa que já não existe do art. 1543 do mesmo Código. à referência expressa a indenização da injúria e calúnia (idem art. 1547); ao dote da mulher agravada em sua honra se o culpado não quiser reparar o mal pelo casamento (art. 1.548; à remissão do art. 1.550 in fine ao art. 1.547, além de perdas e danos no caso da ofensa à liberdade pessoal; no arbitramento do dano nos casos de violência sexual ou ultraje ao pudor (id. art. 1.549); no dote à mulher “ainda capaz de casar” do art. 1.538 § 2º, que deve ser entendido como proteção àquela que não exerce nem tem aptidões para exercer profissão.” [...] “e se o direito positivo não veda, parece-me, a reparação do dano moral, mas antes o permite e insinua nas disposições citadas, não oferece relevância a objeção costumeira, de aparente caráter ético, ou apenso prático, de que seria difícilima avaliação da pratum doloris do desgosto, do

ideológicos ocorreram de forma ferrenha, porém é inegável que o Diploma de Clóvis Beviláqua foi bastante tímido no que se refere ao estabelecimento de preceitos ligados à temática em estudo.

A utilização de conceitos fechados buscava transformar o magistrado em mero transmissor dos comandos normativos, o que, em consequência, tornava deveras complicado encontrar outras previsões de indenização a direitos extrapatrimoniais, além daquelas já expressamente constante no arcabouço civilista.

O Código Civil de 1916, apesar de regular com muita timidez a matéria relacionada à reparação do dano moral e excluí-la em alguns casos, a nosso ver, de um modo geral, não chegava a existir em seu texto óbice decisivo à sua aceitação. Tanto é que a reparação do dano mora, conforme previsto no antigo art. 1.543 (com correspondência no parágrafo único do ar. 952 do Código Civil de 2002), era cabível até para coisas que compunham um quarto, uma sala, um escritório, bem como para obras de artes, árvores ou qualquer outro objeto a que se ligava a *afeição* da uma pessoa.²⁴⁹

A evolução de pensamento continuou no rumo da aceitação da compensação aos danos sofridos em razão de suposta agressão imaterial, porém ainda não de forma plena absoluta²⁵⁰. A visão romântica de que o sentimento ferido não poderia ser fonte de contraprestação em forma de dinheiro estava começando a ser mitigada. Os padecimentos morais deveriam ser observados e utilizados como ingrediente no cálculo do montante aplicado na indenização.

Sendo assim, cumpre, destacar Pontes de Miranda que, ao ser suscitado por Wilson Melo da Silva, afirma ser contrário à irreparabilidade do dano moral. Segundo ele, até mesmo nos danos à propriedade é possível observar a existência de elemento não-patrimonial que se apresenta apartado do valor patrimonial. “Demais, o mais vulgarizado fundamento para se não conceder a reparação do dano imaterial é o de que não seria completo o ressarcimento.”²⁵¹

Discussões diversas foram travadas na intenção de identificar nas normas civilistas a

abatimento moral, aliás com inevitáveis refluor físico, profissionais e econômicos dos que têm direito a alegá-los.” (Re. 59.940. Rel. Min. Aliomar Baleeiro. Segunda Turma. Pub. 24.06.1966. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 27 out. 2007).

²⁴⁹ SILVA, Américo Luis Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. 3. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 182.

²⁵⁰ O STF em decisão pontual acatou a existência de dano moral puro no caso de devolução indevida de cheques sem fundos sob o argumento inexistência de provimento de fundos. O Acórdão do RE nº 109.233 foi publicado em 19.09.1986 com a relatoria do Min. Octavio Gallotti possui a seguinte ementa: DANO MORAL PURO. RESTITUIÇÃO INDEVIDA DE CHEQUE, COM A NOTA 'SEM FUNDOS', A DESPEITO DE HAVER PROVISAO SUFICIENTE DESTES. CABIMENTO DA INDENIZAÇÃO, A TÍTULO DE DANO MORAL, NÃO SENDO EXIGIVEL A COMPROVAÇÃO DE REFLEXO PATRIMONIAL DO PREJUIZO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DE QUE NÃO SE CONHECE, POR NÃO ESTAR CARACTERIZADA A NEGATIVA DE VIGENCIA DO ART. 159 DO CÓDIGO CIVIL E DO ART. 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, TAMPOUCO O ALEGADO DISSIDIO JURISPRUDENCIAL. (STF. 1º TURMA. RE. 109233/MA – MARANHÃO. REL. MIN. OCTÁVIO GALLOTTI. PUB. 19.06.1986)

²⁵¹ SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 284.

tendência legislativa em aceitar a indenização por agressão moral. Em situações como a da cobrança indevida de dívida já paga, era necessária a comprovação de que de tal atitude decorria prejuízo ao ofendido, além da comprovação de dolo ou culpa do sujeito ativo²⁵².

Ao contrário do que possa parecer, a existência de previsão normativa, que desnudava a trilha para o entendimento no sentido da possibilidade de ressarcimento por prejuízo imaterial, não facilitou a solidificação de uma base concreta para a construção atualmente conhecida. Apesar de, em alguns momentos, o debate acerca da admissibilidade transparecer enfraquecido, havia outras questões inerentes ao instituto que provocavam fortes turbulências.

Não se pode esquecer que nos idos do Código Civil de 1916, o pensamento dominante originava-se a partir dos anseios da burguesia francesa, que, por sua vez, privilegiava o patrimônio em detrimento à pessoa como um ser humano. Como já mencionado, valorizava-se o homem como produtor de riqueza e não como um ser que necessita da proteção legal. Daí pode-se dizer que apesar da existência de previsão protetiva, ela era insuficiente, já que, à época, era inaceitável um escudo amplo e irrestrito aos direitos imateriais, devendo eles constar no respectivo diploma legal para que houvesse a devida chancela do poder judiciário.

a doutrina majoritária defendia a tese de que o art. 159 do Código Civil, ao disciplinar a responsabilidade civil aquiliana e ao mencionar a reparabilidade de qualquer dano, estaria incluindo, em sua sanção, tanto o dano material como o moral. A jurisprudência, todavia, vacilava e predominava a corrente que negava a reparabilidade do dano moral fora das hipóteses explicitamente enumeradas em textos de lei.”²⁵³

Este positivismo exacerbado decorreu do temor outrora existente em conceder ao Juiz um amplo arbítrio. Segundo a ideologia vigente, ao magistrado cumpria unicamente a missão de aplicar a lei, sem que, para isso, fosse necessária a utilização de uma hermenêutica mais elaborada. A obediência pura e simples à letra fria da norma possibilitaria a mitigação dos

²⁵² Um desses embates doutrinários encontra-se na identificação da natureza jurídica do art. 1531 do CC/16 (correspondente ao art. 940 do CC/2002) que dispunha no sentido de que “aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houve cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se por lhe estar prescrito o direito, decair da ação”. Para doutrinadores, como Silvio Rodrigues, o valor imputado é a prova cabal da aplicação de uma pena ao sujeito ativo, pois, mesmo que o sujeito passivo não venha a sofrer qualquer prejuízo a lei impõe o pagamento em dobro como forma de punir aquele que efetuou a cobrança em dobro. Além disso, ainda segundo o doutrinador, o cumprimento desta pena civil não pode servir como condão para que haja o afastamento da legitimidade para pleitear danos morais acerca da cobrança indevida. (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 10. ed. vol IV. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 39). Há, por sua vez, outra parte da doutrina que versa no sentido de que este valor imputado pela cobrança indevida nada mais é do que o delineamento perfeito da possibilidade de indenização por um suposto dano moral. Porém, o posicionamento do STF era no sentido de que tal valor nada mais era do que uma sanção, pois, de acordo com a súmula 159 da Suprema Corte, a “cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 531 do Código Civil”

²⁵³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 4. ed. atual e amp. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 4.

poderes conferidos aos supostos maus julgadores o que garantiria a ordem e a paz social.

Quando o Código Civil brasileiro agregou a possibilidade de ressarcimento não-patrimonial, o fez com base nos chamados danos de afeição. Estes, por sua vez, nada mais são do que o vínculo sentimental desenvolvido entre as pessoas – proprietárias, na maioria das vezes – e suas coisas²⁵⁴. O cálculo tinha como fonte de construção a força deste vínculo. Com isso era possível encontrar situações onde um objeto perdido ou um animal morto seria fonte de indenizações muito maiores do que aquela destinada ao falecimento de um bebê, por exemplo.²⁵⁵

Já no que se refere à honra, consolidou-se o entendimento no sentido de ser devida a proteção que venha a garantir a sua incolumidade nos casos de calúnia e injúria. O art. 1.547 tratava da temática aduzindo que “a indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que deles resulte ao ofendido”. Estes, por sua vez, vale lembrar, seriam danos morais com reflexos patrimoniais, o que demonstra certa aversão à aceitação do instituto de forma pura. O próprio parágrafo único do referido artigo trata de demonstrar a preocupação com o aspecto econômico quando estabelece que “se este não puder provar prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva (art. 1550).”

Mesmo diante da aceitação da possibilidade de indenização em razão de danos morais, sua identificação na forma pura era algo bastante contestável no ordenamento jurídico. Acreditava-se que seria impossível a existência de um comportamento que viesse a atingir exclusivamente um patamar além daquele economicamente auferível. Apesar das tímidas previsões codificadas, a doutrina e jurisprudência existentes à época não aceitavam a cumulatividade do dano moral com o material. Para eles haveria um entrave entre ambos, sendo devido apenas uma das duas formas de reparação, sob pena de solidificar um enriquecimento sem causa por parte do ofendido.²⁵⁶

²⁵⁴ Os danos por afeição estão, por exemplo, constantes no art. 1.543 do Código Civil de 1916, segundo o qual: “para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa (art. 1541), estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avante àquele”. É certo que a própria lei limita o valor agregado ao dano de afeição, porém não se pode negar, também, que tal possibilidade é um passo deveras importante para o desenvolvimento de uma provável liquidação dos danos morais que, ainda atualmente, vem causando grandes conflitos doutrinários e jurisprudenciais.

²⁵⁵ O Código Civil destina o art. 1537 para tratar acerca da temática que envolve homicídio. Segundo este dispositivo: “a indenização, no caso de homicídio, consiste: I- no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família. II- na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia”. Observa-se que nestas situações a previsão concedida pelo legislador é bastante limitada aos prejuízos patrimoniais

²⁵⁶ Vide o R.E nº 97488/RJ, julgado em 13.08.1982, sob a relatoria do Min. Djaci Falcão: “RESPONSABILIDADE CIVIL. ACOLHIMENTO DE ARGÜIÇÃO DE RELEVÂNCIA. NA INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE ACIDENTE NÃO SE CUMULA O RESSARCIMENTO DE DANO

Neste sentido, posicionou-se durante muito tempo o Supremo Tribunal Federal que, na grande maioria dos Ministros, acreditava ser inaceitável o pagamento de qualquer valor oriundo das duas formas de sofrimento, o patrimonial e o não-patrimonial.

Um passo a mais nessa indagação jurisprudencial deixa ver, no entanto, que mesmo os eminentes Ministros que se posicionam, em minoria, na linha do reconhecimento da indenização do dano moral em caso de morte, refugam a cumulação do mesmo dano moral com o pagamento de pensão a título de indenização por lucros cessantes, ou ainda, consideram inviável a reparação dele quando já adsorvida pelo dano material (RREE ns. 84.674, 84.746, 85.862, 83.760)²⁵⁷

Um dos principais passos evolutivos da doutrina aqui em apreço ocorreu com a promulgação do Código Brasileiro de Telecomunicações²⁵⁸ que veio a introduzir de forma expressa o respectivo valor da indenização por danos morais puros, abandonado a idéia até então existente da reparabilidade de agressões que decorram reflexamente em perdas patrimoniais. Neste mesmo diapasão, anos mais tarde, foi promulgada a Lei de Imprensa²⁵⁹ que inovou

MORAL COM O DANO MATERIAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO PARA EXCLUIR A CONDENAÇÃO A VERBA CONCERNENTE A DANO MORAL.” E o R.E 100.320/RJ, julgado em 19.08.1983, sob a relatoria do Min. Rafael Mayer: “RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. MORTE EM ATROPELAMENTO POR TREM. DANO MORAL AUTONOMO E DANO PATRIMONIAL (INACUMULATIVIDADE). -A JURISPRUDÊNCIA DO STF REPELE A HIPÓTESE DE ACUMULAÇÃO DA REPARAÇÃO REPRESENTADA PELA PENSÃO ALIMENTAR, A TÍTULO DE LUCROS CESSANTES, COM A INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL. ESTE, ALIAS, EMBORA CONTEMPLADO EM NORMAS LEGAIS DIVERSAS, NÃO ESTA PREVISTO NO ART-1537 DO CÓDIGO CIVIL, QUE SERVE DE BASE A ORIENTAÇÃO DESTA TRIBUNAL, NO QUE TANGE A INDENIZAÇÃO CIVIL POR MORTE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.”

²⁵⁷ R.E 100.320/RJ, julgado em 19.08.1983, sob a relatoria do Min. Rafael Mayer: “RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. MORTE EM ATROPELAMENTO POR TREM. DANO MORAL AUTONOMO E DANO PATRIMONIAL (INACUMULATIVIDADE). -A JURISPRUDÊNCIA DO STF REPELE A HIPÓTESE DE ACUMULAÇÃO DA REPARAÇÃO REPRESENTADA PELA PENSÃO ALIMENTAR, A TÍTULO DE LUCROS CESSANTES, COM A INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL. ESTE, ALIAS, EMBORA CONTEMPLADO EM NORMAS LEGAIS DIVERSAS, NÃO ESTA PREVISTO NO ART-1537 DO CÓDIGO CIVIL, QUE SERVE DE BASE A ORIENTAÇÃO DESTA TRIBUNAL, NO QUE TANGE A INDENIZAÇÃO CIVIL POR MORTE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.” (Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 12 out. 2007).

²⁵⁸ A Lei 4.117 de 27 de agosto de 1962, conhecido como Código Brasileiro de Telecomunicações, trouxe em seus arts. 81 a 88 previsão atinente às ofensas direcionadas à honra de uma pessoa, a partir da prática de injúria, calúnia e difamação veiculadas por radiodifusão. Em seu art. 81 – que foi revogado pelo Decreto-Lei 236 de 28.02.1967 – havia a seguinte previsão: “independentemente da ação penal, o ofendido pela calúnia, difamação, ou injúria cometida por meio de radiodifusão, poderá demandar, no Juízo Cível a reparação por dano moral, respondendo por este, solidariamente, o ofensor, a concessionário ou permissionária, quando culpada por ação ou omissão, e quem quer que favorecido pelo crime haja de qualquer modo contribuindo para ele”. Já em seu art. 84, também revogado pelo decreto supracitado: “na estimação do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa. § 1º O montante da reparação terá o mínimo de 5 (cinco) e o máximo de 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País. § 2º O valor da indenização será elevado ao dobro quando comprovada a reincidência do ofensor em ilícito contra a honra, seja por que meio fôr. § 3º A mesma agravação ocorrerá no caso de ser o ilícito contra a honra praticado no interesse de grupos econômicos ou visando a objetivos antinacionais.”

²⁵⁹ A Lei 5.250 de 09 de fevereiro de 1967, conhecida com Lei de Imprensa estipulava em seu art. 51 que: “a responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia: I - a 2 salários-mínimos da região, no caso de

trazendo uma tarifação para os danos morais nela insertos.

3.4.3 Terceiro momento: da constituição federal de 1988 até os dias atuais

A mola propulsora do reconhecimento pleno do dano moral em sua forma límpida veio com a promulgação da Constituição Federal de 1988²⁶⁰.

Os ideais transmudam com o evoluir dos tempos e o direito deve acompanhar a evolução, buscando sempre a sua concomitância. “O direito deve colocar instrumentos à disposição de quem sofreu violação para não permitir nenhuma intromissão indevida ou injusta à pessoa. A consciência de cidadania e de dignidade pessoal conduzem a uma mais forte auto-estiva e preservação dos valores que emergem do ser mesmo do homem.”²⁶¹

A sociedade encontrava-se inseridas em novas vertentes ideológicas²⁶² o que a imputava uma

publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, ns. II e IV). II - a cinco salários-mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decoro de alguém; III - a 10 salários-mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém; IV - a 20 salários-mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º).

Art 52. A responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação é limitada a dez vezes as importâncias referidas no artigo anterior, se resultar de ato culposo de algumas das pessoas referidas no art. 50.

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 o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação; III - a retratação 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 e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido.

²⁶⁰ Daniel Sarmiento comenta no sentido: “no Brasil, onde nosso ordenamento se alicerça sobre uma Constituição fundada sobre princípios e valores humanitários, como a dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito, e que conta com uma capítulo tão generoso de direitos fundamentais, desencadear a força normativa da Lei Fundamental e projetá-la sobre todos os setores da vida humana e do ordenamento jurídico torna-se essencial, para quem se preocupa com a promoção da justiça substantiva. Ao invés da rejeição da dogmática jurídica, e da busca da Justiça fora do direito positivado, que tantos perigos encerram, parece uma estratégia muito mais segura e inteligente a aposta na força normativa da Constituição como instrumento de emancipação social.” (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 76).

²⁶¹ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 38.

²⁶² Segundo Paulo Luiz Netto Lobo, “a ideologia do social, traduzida em valores de justiça social ou distributiva, passou a dominar o cenário constitucional do século XX. A sociedade exige o acesso aos bens e serviços produzidos pela economia. Firmou-se a *communis opinio* de que a solidez do poder residiria, substancialmente, no econômico e, relativamente, no político. Daí a inafastável atuação do Estado, para fazer prevalecer o interesse coletivo, evitar os abusos e garantir o espaço público de afirmação da dignidade humana. Nem mesmo a onda de neoliberalismo e globalização, que agitou o último quartel do século, abalou os alicerces do Estado social, permanecendo cada vez mais forte a necessidade da ordem econômica e social, inclusive com o advento de direitos tutelares de novas dimensões da cidadania, a exemplo da legislação de proteção do consumidor.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 18 nov. 2007).

carência cada vez maior por mudanças radicais. Incumbido dessas mutações ficou o legislador constitucional que a partir da assembléia constituinte trouxe para o país um Diploma Constitucional preocupado muito mais com a proteção do ser humano do que com o antigo paradigma patrimonialista vigente. Isso lhe concedeu a titulação de Constituição Cidadã.²⁶³

Os valores pulsantes no seio da sociedade atual não são os mesmos difundidos pelo direito civil inserto no Estado Liberal. Em detrimento da autonomia da vontade e da igualdade formal, brotam os interesses protetivos destinados à população que aguarda a efetividade das prestações estatais. Estes valores, tempos atrás, encontravam-se esculpidos no bojo do diploma civilista, e transpassam-se, agora, para a Carta Magna.

Não é por outro motivo que Francisco Amaral conclui que:

compreende a substituição do Código Civil pela Constituição Federal no centro da estatuição jurídica da sociedade civil; a personalização ou humanização do indivíduo, que passa a titular de novos direitos e deveres; o pluralismo das fontes e das soluções no interior do mesmo sistema; a perda crescente da importância da certeza e da segurança jurídica em favor do primado de outro valor fundamental que é a justiça; o pensamento problemático, ou o direito como experiência problemática imposta pela realidade social, em detrimento do pensamento sistemático, de natureza lógico-dedutiva. E enfim, a superação da idéia do direito como sistema hierárquico e axiomático, próprio da cultura dos códigos que usavam a razão em sentido teórico e sua substituição pelos microssistemas jurídicos, tudo isso implicando a retomada da razão prática e do saber pragmático na realização do direito²⁶⁴

A elevação da pessoa ao foco central de toda engrenagem jurídica fez com que o legislador constituinte ecoasse em seu texto a proteção ao ser humano como princípio fundamental, esculpido à sombra da dignidade da pessoa humana, conforme se depreende da leitura do artigo inaugural²⁶⁵ do Diploma Superior. A partir de então, exorciza-se a supremacia das

²⁶³ É necessário ambientar o período de promulgação da Constituição Federal brasileira. Não é por acaso que ela é considerada como a constituição mais cidadã já promulgada. O país, tempos antes, atravessara décadas mergulhado num regime ditatorial onde os cidadãos não possuíam direitos e garantias restritos. A utilização da tortura, agregado com o amordaçamento dos meios de comunicação e outros atos de atrocidade direitos fundamentais foram ingredientes utilizados pelos militares para a sua manutenção no poder e o estabelecimento da ordem principalmente na década de 70. Por isso, “ao dispor logo no início da Constituição sobre os Direitos e Garantias Fundamentais, não o fez por mera questão topográfica. A Constituição quis escoimar qualquer dúvida que porventura ainda persistisse sobre a atual conjuntura política e social do Brasil. Não mais a repressão. “Tortura nunca mais”. Projeção à pessoa sempre. O Estado, outrora repressor, passa a ser o guardião da cidadania e da dignidade da pessoa humana, opondo-se a qualquer ato que vise a sua usurpação.” (SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 44).

²⁶⁴ AMARAL, Francisco. O direito Civil na Pós-Modernidade. *Revista da Escola Superior de Advocacia da OAB/RJ*, Rio de Janeiro, Ano 2, n. 2, 2. ed., 2004, p. 41.

²⁶⁵ Art. 1º, CF – “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I- a soberania; II- a cidadania; III- a dignidade da pessoa humana; IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político”

regras para cultivar a principiologia²⁶⁶ como baliza orientadora da aplicação concreta da justiça. “Esta matriz teórica, denunciando a insuficiência da subsunção como método e aplicação das normas, concebe o sistema jurídico como um conjunto de regras e princípios, sendo estes últimos a porta de conexão entre o Direito e a Moral.”²⁶⁷

3.4.3.1 A Constituição Federal no centro do ordenamento jurídico brasileiro

Sendo assim, muda-se a forma de observação do desenho das normas feito sob o papel do ordenamento jurídico. A valorização dos princípios na funcionalização do direito faz com que a Constituição Federal passe a ser o ponto nevrálgico de toda construção normativa. O Direito Civil é retirado do ponto central do para dar lugar ao Direito Constitucional que, com suas regras e princípios, baliza todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Os autores que trabalham na linha do direito civil constitucional se servem da teoria dos princípios como forma de se desenredar da malha firme dos Códigos e da legislação arcaica. Ao fazerem referência à Constituição, fazem referência, também aos princípios, posto que toda interpretação constitucional corretamente situada é uma interpretação principiológica. Além disto, qualquer bandeira levantada por uma ordem justa em uma sociedade cujos patamares jurídicos contemplem o pluralismo não podem prescindir dos princípios, os quais, metodologicamente, são de todos adequados para a flexibilidade e as quebras necessárias em um sistema que contemple a discordância.²⁶⁸

Neste mesmo sentido, Gustavo Tepedino lembra que, após a promulgação da Constituição Federal e da modificação de eixo hermenêutico, o interprete foi apresentado a uma gama principiológica constitucionalizada que deve ser utilizada como paradigma fundamental “para a reunificação do sistema interpretativo” no intuito de eliminar a existência de antinomias oriundas de sistemas possuidores de lógicas próprias²⁶⁹.

Agora, o ponto gravitacional encontra-se na Constituição e não mais no Código Civil como

²⁶⁶ Sobre a valorização dos princípios, destaca-se que “é interessante observar que essa nova idade de ouro dos princípios surge num contexto de superação da concepção formalista que não reconhecia em toda as disposições constitucionais valor normativo, e que negava eficácia jurídica precisamente àqueles dispositivos que veiculavam princípios, apresentando abertura semântica e menor densidade jurídica” (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. A estrutura normativa das normas constitucionais. Notas sobre a distinção entre princípios e regras. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (orgs.). *Os princípios da Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 4).

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 5.

²⁶⁸ NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os princípios entre a teoria geral do direito e o direito civil constitucional. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (orgs.). *Os princípios da Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 479.

²⁶⁹ TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 278, Notadez, dez./2000, p. 5-21.

outrora era defendido.

No direito, a temática já não é a liberdade individual e seus limites, como no Estado liberal; ou a intervenção estatal e seus limites, como no welfare state. Liberdade e igualdade já não são os ícones da temporada. A própria lei caiu no desprestígio. No direito público, a nova onda é a governabilidade. Fala-se em desconstitucionalização, delegificação, desregulamentação. No direito privado, o código civil perde sua centralidade, superado por múltiplos microssistemas. Nas relações comerciais revive-se a *lex mercatoria*. A segurança jurídica – e seus conceitos essenciais, como o direito adquirido sofre o sobressalto da velocidade, do imediatismo e das interpretações pragmáticas, embaladas pela ameaça do horror econômico. As fórmulas abstratas da lei e a discricção judicial já não trazem todas as respostas. O paradigma jurídico, que já passara, na modernidade, da lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução, singular ao problema a ser resolvido.²⁷⁰

A hermenêutica²⁷¹ constitucional irradia sua área de atuação por todo ordenamento jurídico. O complexo de normas jurídicas apresenta-se dependente da irradiação principiológica e normativa da Carta Magna para que se possa manter intacto ao seu propósito²⁷².

O estudo sobre este prisma deve ser regra fundamental na apreciação de qualquer outro instituto dentro da sistemática jurídica brasileira. Interpretar sem que haja a incidência do Diploma Maior é fechar os olhos para o inquestionável. Tal é a importância desta análise que Antônio Jeová dos Santos lembra que além de todas as normas elencadas nos artigos, é necessária também, principalmente para o estudo aqui proposto, a observância do preâmbulo constitucional. “É lá que o constituinte resolve arrolar todo um programa que visa assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança o bem-estar, o

²⁷⁰ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*. Ano I, v. I, n. 6, set./ 2001. Salvador: Centro de Atualização jurídica. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2007.

²⁷¹ Para Vicente Ráo: “A hermenêutica tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para o efeito de sua aplicação; a interpretação, por meio de regras e processos especiais, procura realizar, praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nelas contidos e assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam.” (RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 456).

²⁷² Luis Roberto Barroso, em seu artigo intitulado Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito afirma que “a interpretação jurídica tradicional não está derrotada ou superada como um todo. Pelo contrário, é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas, provavelmente a maioria delas. Sucede, todavia, que os operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional. A partir daí deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de *nova interpretação constitucional*, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico.” (BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 31 ago. 2007).

desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.”²⁷³

Porém, a interpretação da Constituição não se apresenta como sendo tarefa fácil. A dimensão de superioridade em que se encontra o seu texto impossibilita que o estudioso debruce seus conhecimentos da mesma forma com que faz com as leis de caráter infraconstitucionais, haja vista que são normas que, em seu bojo, possuem como característica uma principiologia abundante, além da maior viabilidade na adequação as evoluções sociais em razão da sua conceituação aberta.

No Estado constitucional-democrático, o cidadão é intérprete da Constituição. Por isso, tornam-se relevantes as cautelas adotadas com o objetivo de garantir a liberdade: a política de garantia dos direitos fundamentais de caráter positivo, a liberdade de opinião, a constitucionalização da sociedade. A democracia do cidadão aproxima-se mais da idéia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o povo soberano limita-se a assumir o lugar do monarca.²⁷⁴

3.4.3.2 Os direitos da personalidade com pilar fundamental

A mudança na hermenêutica do antigo art. 159 do Código de Beviláqua, já que interpretado agora a partir de um viés mais humanitário, resultou na construção do atual art. 186 do Diploma Civil de 2002²⁷⁵, que, por sua vez, passou a abranger também os danos morais outrora refutados. Não é por outra razão que Maria Celina Bodin de Moraes lembra que:

o que antes era tido como inconcebível passou a ser aceitável, e, de aceitável, passou a evidente. Se era difícil dimensionar o dano, em questão de poucos anos tornou-se impossível ignorá-lo. Se era imoral receber alguma remuneração pela dor sofrida, não era a dor que estava sendo paga, mas sim a vítima, lesada em sua esfera extrapatrimonial, quem merecia ser (re)com pensada pecuniariamente, para assim desfrutar de alegrias e outros estados de bem-estar psicofísico, contrabalançando (*rectius*, abrandando) os efeitos que o dano causara em seu espírito.²⁷⁶

Pietro Perlingieri, por sua vez afirma que a mais avançada das interpretações deve ser feita no

²⁷³ SANTOS, Antônio Jeová dos. *Dano moral indenizável*. 4. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 34.

²⁷⁴ GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. *Hermenêutica dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/10.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2007.

²⁷⁵ Art. 186, CC – aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

²⁷⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. São Paulo: Renovar, 2003, p. 147.

sentido introduzir na sociedade a noção de igualdade. O ser humano deve ser respeitado independentemente da sua condição social. A simples razão de ser pessoa é que lhe concede condições idôneas para o exercício de suas qualidades pessoais.²⁷⁷

A transformação do pensamento, aliado à evolução da responsabilidade civil, fez com que tornasse intolerável a idéia de deixar a vítima de uma agressão a direito personalíssimo irressarcida por parte do sujeito ativo. Se assim fosse, acarretaria num completo desequilíbrio na ordem jurídica, na medida em que reinaria livre a impunidade para situações semelhantes, fulminando, por completo, o preceito principal da Justiça: a manutenção da ordem e da paz social.

Há, portanto, uma valorização da vítima da agressão que, a partir de então, passa a dispor de meios necessários para garantir a sua efetiva reparação, o que, nos dizeres de Antônio Jeová dos Santos, acarreta na situação segundo a qual “o dano cometido à pessoa deve ser indenizado independentemente das conseqüências de ordem patrimonial que a lesão possa acarretar. Isso porque, vai longe o tempo em que o ser humano era considerado exclusivamente em razão da sua capacidade de trabalho, para efeitos de reparação de um dano de natureza subjetiva”.²⁷⁸

O movimento de personalização das relações jurídicas acarretou na valorização de uma gama de direitos inerentes ao indivíduo denominados direitos da personalidade. O ser agora está inserto nos problemas sociais e seus conflitos não mais dizem respeito à sua individualidade, mas sim a toda coletividade. A comunidade é formada para o indivíduo e não o contrário. Isso implica em dizer que “a formação social tem valor constitucional somente se atender à função do livre desenvolvimento da pessoa.”²⁷⁹

Ademais, a valorização da pessoa, trouxe consigo uma maior preocupação com os direitos da personalidade. A própria Constituição Federal agregou em seu texto, de forma expressa um rol exemplificativo destes direitos: o inciso X do art. 5º faz alusão ao direito à intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, por exemplo.²⁸⁰

²⁷⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 37.

²⁷⁸ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 49.

²⁷⁹ PERLINGIERI, *op.cit.*, p. 39.

²⁸⁰ Outros dispositivos constitucionais aludem a atributos especiais da personalidade, como o inciso III do art. 5º, segundo o qual “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”; o inciso XLIX do mesmo artigo, que assegura aos presos o “respeito à integridade física e moral”; os incisos IV e IX, que asseguram a liberdade de manifestação e expressão; o inciso VIII, que assegura a liberdade de crença religiosa ou convicção filosófica ou política. A doutrina já observou que essa enumeração é meramente exemplificativa

A valorização da pessoa, aliada à sua elevação ao texto constitucional, tornou os direitos da personalidade uma categoria especial e, por consequência, com peculiaridades exclusivas, já que por meio deles busca-se assegurar proteção à pessoa na sua essência com a garantia dos bens e valores a ele indispensáveis.

Os direitos da personalidade são próprios do ser humano, direitos que são próprios da pessoa. Não se trata de direito à personalidade, mas de direitos que decorrem da personalidade humana, da condição de ser humano. Com os direitos da personalidade, protege-se o que é próprio da pessoa, como o direito à vida, o direito à integridade física e psíquica, o direito à integridade intelectual, o direito ao próprio corpo, o direito à intimidade, o direito à privacidade, o direito à liberdade, o direito à honra, o direito à imagem, o direito ao nome, dentre outros. Todos esses direitos são expressões da pessoa humana consideradas em si mesma. Os bens jurídicos mais fundamentais, primeiros, estão contidos nos direitos da personalidade.²⁸¹

É evidente que a previsão estritamente legal não consegue abranger todas as situações que o ser humano pode ser inserido. Por sua vez, é necessário, por imposição do pensamento atualmente dominante, que à pessoa seja concedida a proteção plena de seus interesses, evitando-se abusos ou qualquer outro comportamento ilícito. Sendo assim, não se pode afirmar que a relação de direitos da personalidade constante na norma constitucional e infraconstitucional configure-se como um rol taxativo. Considerar tais direitos como hipóteses estanques, ao invés de exemplos, seria mitigar de forma gritante a proteção extensiva desejada pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante disso, segue-se a linha de pensamento que defende a existência de um rol exemplificativo de hipóteses, devendo ser construído um “direito geral de personalidade”²⁸². O legislador é incompetente para prever todas as situações em que ocorrerá a subsunção da norma ao caso fático.

Comunga-se com o pensamento de que, muito acima da lei, a doutrina e a jurisprudência são responsáveis pela identificação dos direitos da personalidade, que, por sua vez, encontram-se em ampla expansão. Diariamente, a evolução social acaba por identificar novos aspectos

²⁸¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 21.

²⁸² Sobre o direito geral de personalidade, André Gustavo Corrêa de Andrade noticia que “a idéia de um “direito geral de personalidade” reemergiu a partir da segunda metade do século passado, com o fim da segunda grande guerra. O impacto causado pelas atrocidades cometidas no conflito mundial e o crescimento da sociedade de consumo levaram a uma busca pela ampliação tutela da personalidade humana. A tutela de aspectos particulares da personalidade se mostrou insuficiente para a proteção do homem na sociedade atual. Passaram as constituições e os textos infraconstitucionais de diversos países, então, a admitir a existência de um direito geral de personalidade sem deixar de enfatizar algumas de suas expressões particulares.” (ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitives damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 22).

inerentes à personalidade humana, elevando-os a interesses passíveis de proteção pela norma.

A tecnologia invade o cotidiano das pessoas. A mudança de costumes e a rejeição às tradições são cada vez mais frequentes. O homem passa a ser refém da sua própria criação. A complexidade da sociedade faz com que violações diversas se proliferem com facetas antes impensáveis. Assim, as determinações legais constantes na Constituição Federal e, atualmente, no Código Civil²⁸³, nada mais são do que uma maneira de garantir celeridade na proteção daqueles direitos já reconhecidos, não importando, repise-se, na sua limitação.

Por sua vez, cumpre aqui destacar que tal imprecisão que reina no universo dos direitos da personalidade não pode representar obstáculo ao seu reconhecimento, na medida em que são possuidores de características próprias que se diferenciam, indubitavelmente, dos direitos patrimoniais, devendo, portanto, ser tutelados de forma ampla.

As mais recentes decisões jurisprudenciais a respeito dos direitos de personalidade, assim como o desenvolvimento doutrinário, levam à interpretação de que, atualmente, a personalidade jurídica é um valor do nosso ordenamento, um valor jurídico que informa não apenas o direito privado, mas também o direito público.²⁸⁴

Apesar de temática bastante apaixonante, transborda os limites objetivos do presente trabalho o desenvolvimento de uma análise mais aprofundada dos direitos da personalidade. A complexidade com que estes são desenvolvidos acarreta em inúmeros estudos construídos ao longo de anos.

Nesta esteira, a consagração constitucional do direito genérico à indenização do dano moral deu ao princípio da dignidade da pessoa humana lugar de destaque na seara da responsabilidade civil. A partir de então, abre-se a proteção jurídica a todas as pessoas, na forma mais ampla possível, apenas pela sua condição de pessoa humana, pouco importando a sua faixa etária ou sua capacidade de discernimento.

A violação do princípio da dignidade da pessoa humana, para o fim de configuração do dano moral, é muito mais do que o ato que afeta o íntimo existencial (vida, saúde, integridade física, habitação, educação). O princípio da dignidade humana pode ser realizado em diferentes dimensões e também pode ser violado em diferentes níveis. O dano moral envolve esses diversos graus de violação da dignidade humana. Abrange todas

²⁸³ O legislador civilista de 2002 dedicou um capítulo específico – art. 11 à 21 - para tratar do tema referente aos direitos da personalidade, reafirmando a previsão *lato sensu* de proteção da pessoa humana prevista na Constituição Federal, particularmente entre os seus arts. 1º a 5º, que consagram, princípios de suma importância, como, respectivamente, os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade

²⁸⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 14.

ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social.²⁸⁵

Mister se faz que haja uma prestação jurisdicional efetiva, fundamentada no mesmo preceito agredido, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana. Porém, a sua vagueza poderia trazer dificuldades na prestação jurisdicional para aqueles magistrados acostumados com aplicação da ideologia positivista Kelseniana, tornando-os impassíveis diante do fato. A rápida evolução social deixa as previsões normativas muito aquém do que anseia, o que, em diversos momentos, tornaria o agredido insusceptível de ser merecedor de proteção específica em razão da ausência de sua previsão expressa, ferindo o princípio máximo no *alterum non leadere*.

Sendo assim, para o juiz, é imposta a necessidade de tomar para si o papel de interprete, ultrapassando a antiga ideologia de mero repetidor da norma, já que, somente desta forma será possível garantir a efetiva proteção inserta no princípio em questão e a conseqüente proteção integral ao ser humano.

3.4.3.3 Constituição Federal, direitos fundamentais e danos morais

O Constituinte de 1988, como já mencionado, inaugura o texto constitucional com previsão explícita destinada ao princípio da dignidade da pessoa humana, reforçando ainda mais o perfil que passou a ser inserido em todo ordenamento jurídico a partir da sua promulgação.²⁸⁶ Isso demonstra o reconhecimento do legislador de que o Estado existe em função da pessoa e não o contrário, já que a finalidade primordial daquele é assegurar todos os direitos deste.

O Direito Constitucional representa o conjunto de valores sobre os quais se constrói, na atualidade, o pacto de convivência coletiva, função que já foi exercida pelos códigos civis. À diferença, porém, da codificação, redigida pelos juristas à luz dos valores de uma classe dirigente, os textos constitucionais, ao menos tendencialmente, são elaborados por um legislador democrático. Desse modo, ignorar os princípios constitucionais, ou interpretá-los à luz do código civil, como ainda hoje, sob considerações variadas, alguns têm feito, significa desconsiderar o princípio da democracia ou tentar escamoteá-lo com a idéia de uma “razão lógica”, de um cientificismo obrigatório, ou apenas subordinar-se à força da tradição.²⁸⁷

²⁸⁵ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitives damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 30.

²⁸⁶ Vale salientar que o princípio da dignidade da pessoa humana não encontra previsão apenas no inciso III do art. 1º da Constituição Federal. O legislador constitucional espalhou por todo o texto da Carta Magna inúmeras normas que possuem em seu âmago a obediência a este princípio. Pode-se citar, por exemplo o art. 226, § 7º, o art. 227, caput, o art. 230, caput, entre outros.

²⁸⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. São Paulo: Renovar, 2003, p. 70.

Diante disso, os direitos fundamentais²⁸⁸ ganharam uma amplitude muito maior do que aquela existente em sistemas jurídicos pretéritos²⁸⁹. Localizados no art. 5º da Carta Magna de 1988, eles decorrem diretamente dos princípios fundamentais, mais especificamente da dignidade. Abandona-se a idéia de que eles apenas resumiam a sua atuação a situações em que fosse necessária uma proteção especial contra a excessiva e eventual ingerência estatal.

Eles passaram a espelhar o ideal a ser protegido e assegurado pelo Estado ao homem, exigindo do interprete, por consequência, uma atenção redobrada na sua aplicação. O fato é que os direitos individuais devem ser encarados como instrumentos hábeis a garantir ao ser humano a defesa da sua personalidade²⁹⁰. São estes direitos que garantem o escudo protetor mínimo para o exercício da dignidade da pessoa humana de forma incontestada.

Sobre o tema, citando Camilo Velazquez Turbay, Antônio Jeová dos Santos afirma que:

[...] as Constituições dos distintos países contém dois tipos de normas: umas se referem aos direitos das pessoas, ao tipo de relações das pessoas com o Estado, com a sociedade e as relações interpessoais, que constituem o espírito do regime político constitucional, sua filosofia, sua razão de ser, sua essência estas integram a parte dogmática da Constituição; e outras se ocupam na organização do Estado, na escolha dos titulares da função governante, em seus foros, em suas competências, nas relações entre os distintos órgãos do Estado; esta vem a ser, o que já foi afirmado mais acima, como sendo a parte orgânica da Constituição.

Ocorre que, entre um tipo e outro de normas, existem outras de tipo intermédio, que consultam critérios de organização do poder público ao mesmo tempo em que definem a natureza da liberdade, dos direitos e as garantias da pessoa humana. Nesta categoria são encontrados os tipos de Estado e a forma de governo, os fins do Estado, a organização interna das

²⁸⁸ Nas leituras destinadas à temática envolvendo os direitos fundamentais, é possível encontrar a utilização de diversos sinônimos como, por exemplo, direitos naturais, direitos individuais, direitos humanos, direitos do homem, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.

²⁸⁹ Tratando sobre o tema em questão, Robert Alexy adverte que há duas formas de observar o que venha a ser o direito fundamental. Segundo ele, deve-se observá-lo a partir de um patamar abstrato ou concreto. “*Es planteada abstractamente cuando se pregunta sobre la base de cuáles criterios una norma, independientemente de su pertenencia a un determinado orden jurídico o Constitución, puede ser identificada como norma de derecho fundamental. Es planteada concretamente cuando se pregunta cuáles normas de un determinado orden jurídico o de una determinada Constitución son normas de derecho fundamental y cuáles no.*” (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p.62). Em tradução livre: é considerada abstratamente quando se pergunta com base em quais critérios uma norma, independientemente de pertencer a um determinado ordenamento jurídico ou Constituição pode ser identificada como norma de direito fundamental. É considerada concretamente quando se pergunta quais as normas de um determinado ordenamento jurídico ou de uma determinada constituição que são de direitos fundamentais e quais não são.

²⁹⁰ Antônio Jeová dos Santos argumenta sobre os direitos da personalidade no seguinte diapasão: “os direitos fundamentais devem ser concebidos enquanto instrumentos ou meios de transformação que são entregues ao ser humano em defesa de sua personalidade. A pessoa humana, de par a seus atributos fundamentais tais como a liberdade, a dignidade pessoal, a vida etc., é superior e preexiste ao Estado. Contra quem a personalidade do homem deve ser defendida? Contra outros seres humanos e contra o Estado” (SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 36).

competências, o conceito de soberania, o critério da legalidade e a situação do Estado no concerto internacional. As normas que tratam de tão relevantes temas são consideradas integrantes da parte dogmática da Constituição.²⁹¹

No que concerne à Constituição de 1988, é possível encontrar a existência de espécies de direitos que buscam assegurar o cumprimento integral dos direitos fundamentais, quais sejam: os direitos e garantias individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos.

Sendo assim, a inserção do art. 5º, decorrência direta do multimencionado princípio veio a reforçar ainda mais o conteúdo normativo que envolve os danos morais. A observância do homem não em razão da superficialidade trazida pelo seu patrimônio, mas sim na profundidade inerente ao seu aspecto subjetivo firmou bases sólidas para a indenização imaterial. Tanto é assim que o próprio Diploma Constitucional esculpiu no inciso V do artigo supracitado o regramento de que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”; e no inciso X que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

A inserção expressa do termo “dano moral” na Constituição Federal de 1988 trouxe para o direito brasileiro a certeza plena da aceitabilidade desta condição. O que antes era interpretado de forma restrita apenas para o aspecto material teve seus horizontes completamente desnudados para abarcar também o viés imaterial.

Esse novo pensamento trouxe à reboque a elaboração de inúmeras normas, ampliando o leque de ações que buscavam a proteção deste direito, por muito tempo negado pelo legislador brasileiro. Prova disso se faz, por exemplo, com a elaboração do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8078/90 - que em seu art. 6º, inc. VI e VII seguiu a mesma tendência determinada pela lei maior, prevendo explicitamente a reparação por danos patrimoniais e a indenização em razão de danos não-patrimoniais.

3.4.4 A personalização das relações civis

Nascido há pouco mais de quatro anos, o Novo Código Civil já veio ao mundo regrado pelo pensamento mais humanista. Após quatorze anos de irradiação dos ideais principiológicos da Constituição Federal de 1988, clamava-se por um complexo de normas civis que apresentasse

²⁹¹ *Ibidem*, p. 37.

consonância com o pensamento dominante. Em razão da sua doutrina patrimonialista, o Código de Beviláqua já se encontrava disforme, em muitos dos seus aspectos, com a evolução social. Com isso o surgimento de leis específicas – movimento denominado de descodificação - era uma solução viável para trazer aos trilhos o ordenamento jurídico.

Fundado a partir de uma tríplice estrutura de princípios, o Diploma elaborado sob a coordenação de Miguel Reale²⁹² trouxe consigo a busca pela humanização das relações sociais. Utilizando-se dos princípios da eticidade, moralidade e socialidade, o legislador civilista afastou a idéia egocêntrica e individualista constante na norma de 1916. Tentou-se deixar de lado a letra da lei fria e estática para apresentar à sociedade um complexo de regras muito mais dinâmicas.

A partir da Eticidade houve uma busca pela superação do formalismo jurídico dominante no país, fruto da influência do direito tradicional português e da Escola Germânica dos Pandectistas existentes nos séculos XIX e XX. A tendência pela inserção de valores éticos nas normas, sem deixar de lado a técnica jurídica, foi fundamental para a opção pela utilização, em diversos momentos²⁹³, de cláusulas gerais²⁹⁴.

Seguindo filosofia adversa ao individualismo, o CC/02 apóia-se no princípio da solidariedade. Busca, portanto, atualizar o pensamento vigente, com uma previsão mais coerente à vida

²⁹² Ao explicar a maneira como desenvolveu o Código Civil de 2002, Miguel Reale noticia que: “Coube-me a missão inicial de estabelecer a estrutura básica do Projeto, com uma Parte Geral e cinco Partes Especiais, convidando para cada uma delas o jurista que me pareceu mais adequado, tendo todos em comum as mesmas idéias gerais sobre as diretrizes a serem seguidas. A experiência longamente vivida veio confirmar o acerto da escolha dos nomes de *José Carlos Moreira Alves, Agostinho Alvim, Silvio Marcondes, Erbert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro*, respectivamente relatores da Parte Geral, do Direito das Obrigações, do Direito de Empresa, do Direito das Coisas, do Direito de Família e do Direito das Sucessões.

Todos eles uniam ao valor do saber e da experiência pessoais a predisposição a examinar objetiva e serenamente as críticas feitas ao próprio trabalho, quer por outros juristas, quer por instituições especializadas, o que explica as quatro redações que teve o Projeto, todas publicadas no Diário Oficial da União, em 1972, 1973, 1974 e, por fim, 1975, para conhecimento de todos os interessados.

Como se vê, não estamos perante uma obra redigida por um legislador solitário, por um Sólon ou Licurgo, como se deu para Atenas e Esparta, mas sim perante uma "obra transpessoal", submetida que foi a sucessivas revisões” (REALE, Miguel. *Visão geral do novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>>. Acesso em: 23 nov. 2007).

²⁹³ Vários são os momentos em que há a inserção de cláusulas gerais no novo código civil. Versando sobre a temática ora trabalhada, pode-se citar o art. 187 que determina: “Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

²⁹⁴ Judith Martins-Costa explica com bastante clareza o que venha a ser cláusulas gerais: “cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo”. (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 2 tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.274). Portanto, cláusulas abertas, em linhas gerais, são normas nas quais o legislador tende a generalizar seu conteúdo a fim de garantir uma aplicabilidade durante um período muito mais amplo. Essa opção legislativa é decorrente das rápidas mudanças que a sociedade vem experimentando ano após ano.

moderna e cada vez mais competitiva.

Por fim, buscando a adequação do diploma em apreço aos desejos da sociedade e à moldura da Constituição Federal, há o princípio da operabilidade, segundo o qual busca garantir meios para facilitar a interpretação e aplicação do diploma pelo operador do direito.

A reunião destes três pilares inaugura uma nova era para o direito civil que, regrado pela irradiação constitucional, busca trazer o personalismo para as relações jurídicas, afastando, em boa parte, o posicionamento patrimonialista adotado pelo Código de Beviláqua. A forte influência do princípio da dignidade da pessoa humana faz com que o legislador, e o operador do direito, lancem mão de uma gama de direitos fundamentais e personalíssimos na busca pela manutenção da integridade do ser humano. Não mais é possível ver a pessoa como produtor de riquezas, mas sim, como possuidor de direitos e deveres.

Volta-se a ciência jurídica à busca de técnicas legislativas que possam assegurar uma maior efetividade aos critérios hermenêuticos. Nesta direção, parece indispensável, embora não suficiente, a definição de princípios de tutela da pessoa humana, como tem ocorrido de maneira superabundante nas diretivas européias e em textos constitucionais, bem como sua transposição na legislação infraconstitucional. O legislador percebe a necessidade de definir modelos de conduta (*standards*) delineados à luz dos princípios que vinculam o intérprete, seja nas situações jurídicas típicas, seja nas situações não previstas pelo ordenamento.²⁹⁵

Desde a promulgação da Carta Magna de 1988, o Código não representava a peça mais importante de toda engrenagem²⁹⁶. Mesmo assim, tornava-se necessário a inserção de uma nova roupagem civilista para que houvesse a tão esperada harmonia entre as pessoas.²⁹⁷

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um *sentimento constitucional* no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença,

²⁹⁵ TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnicas legislativas na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. XXI.

²⁹⁶ Segundo Gustavo Tepedino: “com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, debruça-se a doutrina na tarefa de construção de novos modelos interpretativos. Abandona-se, deliberadamente, o discurso hostil dos que, justamente, entreviam a incompatibilidade axiológica entre o texto codificado e a ordem pública constitucional. Afinal, o momento é de construção interpretativa e é preciso retirar do elemento normativo todas as suas potencialidades, compatibilizando-o, a todo custo, à Constituição da República.” (*Ibidem*, p. XV).

²⁹⁷ Para um estudo mais aprofundado acerca do novo código civil, vide Capítulo V.

não o ódio, o contrário do amor.²⁹⁸

Neste diapasão, no que se refere aos direitos da personalidade constantes em capítulo próprio do Código Civil de 2002, é necessário que seja estabelecida uma tangente no sentido de que eles não sejam considerados como limitadores, mas sim como exemplos de direitos atualmente reconhecidos. O reconhecimento de defesas à personalidade humana deve manter-se à semelhança de uma porta aberta, onde não há qualquer impedimento para que direitos outros sejam reconhecidos, já que a personalidade humana, antes de tudo, é um valor jurídico que não é suscetível a ser reduzido para uma situação jurídica específica.

O principal escudo para a garantia da integridade destes direitos está na viabilidade dos danos morais. Desta forma, a fim de evitar quaisquer posicionamentos negativistas, o legislador civilista seguiu os passos da Norma Suprema e estampou em seu art. 186²⁹⁹ o reconhecimento da possibilidade de indenizar agressões imateriais quando afirma que: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral comete ato ilícito”.

A expressão “ainda que exclusivamente moral” é a pedra de toque para fulminar qualquer possível movimento contrário à existência de um dano extrapatrimonial em seu aspecto puro. Agora, o hermenauta civil não precisa desenvolver uma interpretação tão extensiva como aquela que ocorria com o art. 159 do regramento antecedente³⁰⁰. O legislador atual, a fim de espancar qualquer dúvida, preferiu esculpir no art. 186 determinação legal inquestionável relacionada com o tema em apreço.

Sendo assim, hoje, mitigada está a discussão acerca da viabilidade do dano moral. Porém a aparente tranqüilidade é sacudida quando se desce do patamar meramente doutrinário e adentra no âmbito mais prático e funcional. Questões controvertidas surgem a cada momento

²⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 23 nov. 2007.

²⁹⁹ Para uma análise mais aprofundada sobre o art. 186 do Código Civil de 2002, vide capítulo I.

³⁰⁰ Cumpre aqui lembrar que esta afirmação não significa a necessidade total de interpretação. Adota-se a posição no sentido de que toda e qualquer norma, por mais expressa que seja, merece um tratamento interpretativo para que possa ser encontrada sua atuação e sua amplitude. O brocardo latino *in claris cessat interpretatio* deve ser aplicada apenas para os casos dos direitos sucessórios expressos em testamento, pois, nestas situações há uma última declaração de vontade que deve ser obedecida na risca. Não há como utilizar tal brocardo para a interpretação ligada as normas jurídicas. Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, ao comentar sobre a hermenêutica as regras traz o pensamento de Carlos Maximiliano que afirma: “no campo legislativo, embora perfeita a forma, cumpre descer a fundo, à idéia. Prevalece ali o ensinamento de Celso: *scire leges non hoc este, verba earum tenere sed vim ac potestatem*. – ‘saber as leis não é conhecer-lhes as palavras, porém a sua força e poder’, isto é o sentido e o alcance respectivos.” (GAGLIANO, Pablo Solze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: parte geral*. 8. ed. rev. atual. e ref. 2 tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 61).

e, conforme se observará no próximo capítulo, não serão passíveis de resolução de forma simplificada. A evolução social é uma realidade, e, juntamente com ela, também é incontestável o surgimento de novas questões emblemáticas que, por algum tempo, ainda manterão instáveis as vigas de sustentação deste instituto.

4 ELEMENTOS DO DANO MORAL

4.1 INTRODUÇÃO

Vencida toda a discussão envolvendo a possibilidade de reconhecimento do dano moral puro, a doutrina e a jurisprudência travam batalhas para resolução de questionamentos surgidos no âmbito do próprio instituto. A sua aceitação abriu um vasto, e pouco conhecido, território a ser desbravado.

Os operadores do direito ainda encontram-se numa zona turbulenta quando se fala em agressão a direitos não-patrimoniais. Alguns³⁰¹ se posicionam de forma bastante resistente a acatar a sua forma atual. Porém, para a maioria, que aceitam suas diretrizes gerais, algumas nuances ainda apresentam-se como nebulosas e incertas.

Para que se possa chegar à maturidade, é necessário ultrapassar entaves que surgem no transcorrer do percurso. A caminhada é longa e, em alguns momentos, bastante acidentada, mas a meta pela solidificação das estruturas instiga todos aqueles que trabalham com o tema a buscar a resolução dos diversos problemas suscitados constantemente.

Inserido no âmbito da responsabilidade civil³⁰², o instituto demanda suscitações bastante complexas que atordoam, principalmente, os magistrados, quando se deparam com demandas onde há pleitos neste sentido.

A sua evolução gradativa decorreu do reconhecimento da importância do ser humano perante o ordenamento jurídico. Existia a necessidade de garantir proteção à dimensão subjetivista, ofuscada pelo pensamento patrimonialista inserido pela burguesia dominante na época da Revolução Francesa. As pessoas, antes encaradas como meros produtores de riqueza,

³⁰¹ J. J. Calmon de Passos é um dos autores que apresentam certa resistência quando se trata da temática acerca dos danos morais. Em seu artigo intitulado “O imoral nas indenizações por dano moral” o autor apresenta posicionamento bastante cauteloso no sentido de aceitar a aplicação da teoria dos danos morais com os contornos atualmente reconhecidos. (PASSOS, J. J. Calmon de. O imoral nas indenizações por dano moral. In: *Dano Moral e sua Quantificação*. Caxias do Sul: Plenum, 2007. 1 CD-ROM. ISBN 978-85-88512-18-4)

³⁰² Tema abordado no Capítulo I

passaram a ter uma proteção completa e balizada apenas à sua condição de “ser”, ao invés do padrão do “ter”, adotado em ordenamentos jurídicos anteriores.³⁰³

Sendo assim, a linha limítrofe entre o prejuízo material e imaterial tornou-se mais evidente. Aquilo que, antes, era aceito apenas quando resvalava no âmbito econômico, agora possui o reconhecimento jurídico necessário para, sob o manto da dignidade da pessoa humana, ter para si a devida previsão normativa, tanto num patamar constitucional, como em nível de legislação ordinária.

O volume de pleitos que buscam indenizações em decorrência de lesões não-patrimoniais cresceu vertiginosamente desde sua expressa previsão na Constituição Federal de 1988. Com isso, a necessidade de estabelecer procedimentos-padrão fomentou a formulação de inúmeras teorias³⁰⁴, que tentam objetivar o que possui como característica principal a subjetividade.

Tentar tratar o dano moral com inspirações trazidas pelo patrimonial é um equívoco que mitigará profundamente o instituto. Ambos são previsões normativas que partem de uma mesma fonte, qual seja, o ato ilícito ou abuso de direito e que, a partir de então, cada complexo de normas assume autonomia plena, não devendo ser confundidas no todo, mas apenas identificados nos pontos em que se comunicam.

A abordagem independente é necessária para que, a partir de então, se consiga desbravar o universo desvendado com a troca das velhas e embaçadas lentes do patrimonialismo exacerbado. A filosofia de repersonalização das relações jurídicas fortaleceu o escudo protetor contra as agressões subjetivas, dando a amplitude necessária para o desenvolvimento dissociado do dano a direitos economicamente mensuráveis.

A análise ora proposta destina-se a realizar uma viagem ao cerne do dano moral, buscando investigar com mais vagar as suas qualidades e características. A partir do estabelecimento de zonas que tornam o prejuízo imaterial autônomo em relação ao patrimonial, é possível dar continuidade ao estudo mais específico, voltado exclusivamente à pontuação de caracteres próprios do menoscabo psicológico.

O trabalho destinado a este capítulo será atinente a solidificar conceitos fundamentais para a construção da teoria proposta. São institutos e características que funcionam como mola propulsora para o funcionamento desta engrenagem chamada dano moral.

³⁰³ O tratamento ministrado para a evolução do dano moral encontra-se no Capítulo II da presente obra.

³⁰⁴ As teorias mencionadas serão analisadas com mais vagar no transcórre da presente obra.

4.2 DANO MORAL E DANO PATRIMONIAL: DUAS REALIDADES DISTINTAS

Como já tratado em inúmeros momentos, a inserção de previsão explícita no capítulo destinado aos direitos fundamentais acerca da possibilidade de indenização por danos morais na Carta Magna de 1988 – art. 5º, incisos V e X – inaugurou um novo tempo para a sociedade brasileira³⁰⁵. O que antes versava duvidoso agora é concreto e inquestionável.

É indubitável que o *sistema afetivo* do homem, porque componente de sua personalidade, é merecedor de proteção jurídica. As lesões injustas aos sentimentos de outrem são por si só indenizáveis, independentemente de qualquer outra repercussão que o ato lesivo possa ter provocado, seja na esfera pessoal, seja na esfera patrimonial da vítima.³⁰⁶

Sendo assim, não há mais que se falar na aceitabilidade do dano moral apenas quando este fulmina, de forma indireta, o conglomerado econômico do sujeito passivo. A partir de agora, a ofensa subjetiva apresenta-se apartada da material, o que, inicialmente, causou grande inquietação junto aos operadores do direito que se questionavam acerca da possibilidade de cumulação de ambas as ações.

É importante notar que, mesmo antes da promulgação da Carta Magna vigente havia o conflito doutrinário envolvendo a possibilidade ou não de imputar valor indenizatório às supostas agressões surgidas a partir de um mesmo ato jurídico. O Supremo Tribunal Federal mantinha posicionamento firme no sentido de não ser possível cumular o prejuízo material com o menoscabo psicológico. Porém, ainda na Corte Máxima, existiam decisões, apesar de poucas, que ultrapassaram tal barreira e aceitaram a possibilidade de imputar ao sujeito ativo a necessidade de ressarcir o agente passivo.³⁰⁷

³⁰⁵ Art. 5º, CF – “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

³⁰⁶ 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, p. 97.

³⁰⁷ Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 o tema ainda era vacilante nos Tribunais de cada Estado, porém no STF o Min Djaci Falcão mantinha-se firme contra a possibilidade de cumulação entre ambos os danos. Para ele era inaceitável haver condenação em dano moral e material a partir do mesmo momento. Sendo assim, era excluído das decisões o valor referente à indenização imaterial. Neste sentido, destaca-se o seguinte julgado: RESPONSABILIDADE CIVIL. ACOLHIMENTO DE ARGÜIÇÃO DE RELEVÂNCIA. NA INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE ACIDENTE NÃO SE ACUMULA O RESSARCIMENTO DO DANO MORAL COM O DANO MATERIAL. RECURSO. EXTRAORDINÁRIO PROVIDO, PARA EXCLUIR-SE DA CONDENAÇÃO A VERBA CONCERNENTE A DANO MORAL. (STF. RE 97488 /RJ - RIO DE JANEIRO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SEGUNDA TURMA. RELATOR(A): MIN. DJACI FALCAO. PUBLICADO: 13.08.1982) (STF. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 25 nov. 2007).

Neste sentido, em julgamento proferido no Acórdão nº 109.083/RJ, o Ministro Carlos Madeira expressou em límpidas palavras que: “o acórdão recorrido acentua que excepcionalmente é de admitir-se a indenização cumulada com dano moral. Mas o Tribunal já consolidou seu entendimento, de que, somente à própria vítima é indenizável o dano material cumulado com o dano moral, não à sua família. O dano moral é direito subjetivo da própria pessoa lesionada.”³⁰⁸

Mesmo diante da transparência da questão, muitos advogados, em matéria de defesa, batiam às portas dos Tribunais com o argumento da impossibilidade de cumulação de tais indenizações, sob condição de penalizar em duplicidade o agente pelo mesmo ato praticado.

Ora se, desde 1988, os direitos patrimoniais ganharam autonomia em relação aos imateriais, não haveria que falar em *bis in idem*. A partir de um ato único era perfeitamente possível trazer prejuízo a um bem material como também agravo psicológico ao sujeito ativo. Era, portanto, devido o ressarcimento pelo valor perdido na coisa deteriorada e a indenização pelo sentimento negativo que porventura veio a acometer o pólo passivo da ação.

Desde o início de suas atividades, o STJ já mantinha posicionamento reiterado admitindo a cumulatividade entre os dois tipos de dano³⁰⁹. A solidez com que tal posicionamento foi erigido construiu a súmula nº 37 do Pretório que determinava, peremptoriamente: “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundo do mesmo fato”. Sendo

³⁰⁸ Comentário adotado no voto do RE 109083 / RJ - RIO DE JANEIRO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CARLOS MADEIRA. SEGUNDA TURMA. PUBLICADO EM 29.08.1986. (STF. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 25 nov. 2007).

Neste mesmo sentido, o acórdão proferido pelo Min. Oscar Correa no Recurso Extraordinário nº 113.705/MG: RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL ACUMULADO COM DANO MATERIAL SOMENTE INDENIZAVEL A PROPRIA VÍTIMA, NÃO A SEUS DESCENDENTES OU BENEFICIARIOS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO, EM PARTE, E, NESTA PARTE, PROVIDO. (STF. RE 113705 / MG - MINAS GERAIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRIMEIRA TURMA. RELATOR(A): MIN. OSCAR CORREA. PUBLICADO EM: 21.08.987).

³⁰⁹ O STJ adotou a postura segundo a qual era possível aceitar a existência do dano moral juntamente com o dano material. Inúmeras foram as decisões proferidas neste sentido. Em caráter meramente exemplificativo, destaca-se: RESPONSABILIDADE CIVIL - HOMICÍDIO - DANO MORAL. INDENIZAÇÃO - CUMULAÇÃO COM A DEVIDA PELO DANO MATERIAL. OS TERMOS AMPLOS DO ARTIGO 159 DO CODIGO CIVIL HÃO DE ENTENDER-SE COMO ABRANGENDO QUAISQUER DANOS, COMPREENDO, POIS, TAMBEM OS DE NATUREZA MORAL. O TITULO VIII DO LIVRO VIII DO CODIGO CIVIL LIMITA-SE A ESTABELECEER PARAMETROS PARA ALCANÇAR O MONTANTE DAS INDENIZAÇÕES. DE QUANDO SERA DEVIDA INDENIZAÇÃO CUIDA O ART. 159. NÃO HAVENDO NORMA ESPECIFICA PARA A LIQUIDAÇÃO, INCIDE O ART. 1.553. A NORMA DO ART. 1537 REFERE-SE APENAS AOS DANOS MATERIAIS, RESULTANTES DO HOMICÍDIO, NÃO CONSTITUINDO OBICE A QUE SE RECONHEÇA DEVA SER RESSARCIDO O DANO MORAL. SE EXISTE DANO MATERIAL E DANO MORAL, AMBOS ENSEJANDO INDENIZAÇÃO, ESTA SERA DEVIDA COMO RESSARCIMENTO DE CADA UM DELES, AINDA QUE ORIUNDOS DO MESMO FATOS. NECESSIDADE DE DISTINGUIR AS HIPOTHESES EM QUE, A PRETEXTO DE INDENIZAR-SE O DANO MATERIAL, O FUNDAMENTO DO RESSARCIMENTO, EM VERDADE, E A EXISTENCIA DO DANO MORAL. (STJ REsp 4236 / RJ RECURSO ESPECIAL 1990/0007250-6. TERCEIRA TURMA. MIN. NILSON NAVES. PUBLICADO EM: 01.07.1991).

assim, as discussões acerca do tema foram arremessadas ao solo, e qualquer tentativa de impedir indenização por agravo subjetivo, neste sentido, perderia completamente a razão de existir³¹⁰.

É indispensável que se destaque a linha divisória entre o dano moral e o material. Enquanto o segundo refere-se a prejuízos eminentemente material, o primeiro abarca o patamar economicamente inestimável. Aquele, por exemplo, que perde um dos seus membros sofre, além de uma agressão material em razão da sua impossibilidade de desenvolver sua atividade laboral como o fazia anteriormente, também menoscabos psicológicos, já que a sua esfera emocional estará, indubitavelmente, abalada.

Porém, não é apenas com o destaque da sua autonomia que se responderá a pergunta: o que é o dano moral?

4.3 AFINAL, O QUE VEM A SER O DANO MORAL?

Ao ser reconhecido pelo ordenamento jurídico, o dano moral provocou uma situação, no mínimo, curiosa para os juristas: não se tinha noção dos seus parâmetros conceituais. A doutrina descobriu sua orfandade diante de uma definição que apresentasse de forma transparente o cerne do instituto. As discussões atualmente existentes ainda não assentaram a poeira, tornando tortuosa a missão do operador do direito que se dedica à matéria em apreço.

*Determinar qué se entiende por daño moral constituye una cuestión de fundamental importancia, tanto para el damnificado como para el sindicado como responsable. Los límites cualitativos y cuantitativos del derecho del primero y la obligación de resarcir del segundo pasan por la cuestión conceptual.*³¹¹

Inegavelmente, uma apresentação adequada do que venha a ser o dano moral permite equacionar seus alcances, facilitando a compreensão do operador do direito no momento da

³¹⁰ A posição sumular passou a constar de forma expressa nos acórdão proferidos pelo STJ, fulminando qualquer tentativa, sob a justificativa de não-cumulação, de mitigação ao dever de indenizar: AGRAVO REGIMENTAL. INDENIZAÇÃO. CUMULAÇÃO DE DANO MORAL E MATERIAL. MATERIA SUMULADA. - ENCONTRANDO-SE A MATERIA SUMULADA - SÃO CUMULAVEIS AS INDENIZAÇÕES POR DANO MATERIAL E DANO MORAL ORIUNDOS DO MESMO FATOS (SUMULA N. 37) - NÃO SE JUSTIFICA O PROVIMENTO DE AGRAVO PARA SUBIDA DO RECURSO ESPECIAL. (STJ. AgRg no Ag 19536 / RJ AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 1992/0004417-4. SEGUNDA TURMA. MIN. HÉLIO MOSIMANN. PUBLICADO EM. 23.11.1992) (STJ. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 25 nov. 2007)

³¹¹ Determinar o que se entende por dano moral constitui uma questão de fundamental importância tanto para o agredido como para aquele indicado como responsável. Os limites qualitativos e quantitativos do direito do primeiro e a obrigação de ressarcir do segundo passam pela questão conceitual." (PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral: prevención/reparación/punición: el daño moral em las diversas ramas del Derecho*. Buenos Aires: Hammulabi, 1996, p. 35).

subsunção da previsão normativa ao caso fático. Sendo assim, ao longo do tempo, inúmeras foram as teorias construídas e tantas outras foram derrubadas com a evolução do pensamento jurídico.

Uma adequada descrição do dano moral permite equilibrar a amplitude dos seus alcances, facilitando a tarefa do jurista na busca de soluções concretas para a adequação à realidade social. Apesar disso, a legislação pátria, até o presente momento, não apresenta qualquer conceito legal³¹².

Sendo assim, um dos principais questionamentos ainda pulsa indefinido: o que vem a ser o dano moral?

Apesar de, num primeiro momento, parecer uma pergunta bastante elementar, após um período maior de reflexão, demonstra-se de grande importância. A expressão pode levar os mais afoitos a confundir a idéia de moral, como algo ético³¹³, com o sentido da palavra “moral” aqui utilizada. Nem sempre o comportamento aquiescente com os ditames sociais será uma garantia da incolumidade subjetiva de terceiros.

No Brasil, esse óbice tem colaborado para o mau desempenho do assunto. Não é possível buscar nos dicionários a conceituação de moral para encontrar o real sentido do dano extrapatrimonial. Muito menos imaginar que a existência de noção preconcebida, e que subjaz no cérebro como algo ligado à ética, servirá para dar a exata noção de *dano moral*.³¹⁴

A nomenclatura defeituosa, por sua vez, não apresenta grandes dificuldades para a sua aplicação nos corredores forenses. A utilização cotidiana causou a adequação do termo à intenção do legislador, apesar da terminologia implantada mostrar-se, tecnicamente inconsistente, principalmente para os leigos que passam a ter um contato inicial com a matéria.

O prejuízo em questão é direcionado a qualquer agressão à integridade psicossomática da pessoa, o que extrapola a idéia vinda de uma análise técnica do adjetivo *moral*. Há, sim, lesão a múltiplas facetas da personalidade que são classificadas pela doutrina como sendo direitos imateriais. A modificação do espírito ou da capacidade de discernimento se traduz numa das formas de identificação do dano moral.

³¹² Há na Câmara dos Deputados, projeto de Lei de autoria do Deputado Pedro Simon – nº 150/99 – que busca conceituar o que venha a ser o dano moral. Segundo o seu art. 1º, “constitui dano moral a ação ou omissão que ofenda o patrimônio moral da pessoa física ou jurídica, e dos entes políticos, ainda que não atinja o seu conceito na coletividade.”

³¹³ Para compulsar breves apontamentos sobre moral, vide tópico no capítulo II.

³¹⁴ SANTOS, Antônio Jevoá. *Dano moral indenizável*. 4. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.86.

Deve ser considerado, ainda, que no Brasil não existe um terceiro gênero de danos. Ou a lesão é patrimonial, representada pelo dano emergente e lucros cessantes, ou é moral. Não existe espaço, no plexo normativo brasileiro, para outra categoria de dano que não acoberte um dos dois já mencionados. Por isso, muito embora a expressão *dano moral* possa traduzir certa ambigüidade, pelas características da língua portuguesa que não está habituada em ver no vocábulo *moral* o conjunto de faculdades do espírito, deve permanecer a expressão, competindo à doutrina e jurisprudência decantar os vocábulos, escoimá-los de impurezas e encontrar o seu sentido mais puro e verdadeiro.³¹⁵

A agressão em questão é subjetiva e parte-se diretamente para o aspecto afetivo do ser humano, o que tornam variáveis as reações sentidas diante de uma situação. Um mesmo acontecimento pode derivar em diferentes estados psicológicos e que, fora os casos de mero aborrecimento, em nada servirão para majorar ou diminuir o dano moral. A sua configuração não pode ser atrelada a partir de uma maior ou menor reação ao ato ilícito.

A sedimentação da nomenclatura “dano moral” transcorreu, até o momento atual, com bases bastante sólidas³¹⁶. A sua inserção no consciente social não suscitou grandes conflitos doutrinários. Estes, por sua vez, ficaram reservados à delimitação conceitual que, em razão de características peculiares do tema, tem causado furor entre os operadores do direito.

De maneira semelhante, pode-se falar em dano moral, no singular, ou danos morais, no plural, dependendo do *prima* pelo qual o fenômeno seja observado. O dano moral, embora seja examinado teoricamente como entidade jurídica singular, manifesta-se através de formas variadas atingindo diferentes atributos da personalidade, ou atingindo o mesmo atributo de modos distintos.³¹⁷

Ademais, independentemente da sua utilização no plural ou no singular, ou até mesmo a adequação – ainda que desnecessária – da sua denominação, outras dúvidas surgem quando se busca definir o que venha a ser realmente o dano moral: Seria possível vincular a honra a um valor pecuniário³¹⁸? Um direito, como a vida, que transborda todos os limites, é passivo de ser

³¹⁵ *Ibidem*, p.94.

³¹⁶ Há países que destacam tipos específicos de danos não-patrimoniais. Na Itália, por exemplo, há a distinção entre o *danno morale* e o *danno biologico* – também denominado de *danno allá salute*. O *danno biologico* surgiu a partir de sedimentação de entendimentos jurisprudenciais que acabaram por elevá-los ao mesmo patamar dos danos morais e patrimoniais. Os danos biológicos constituem-se a partir de um ato lesivo à saúde do sujeito passivo, enquanto que os morais abrangem o aspecto subjetivo. A ofensa psicológica, aquela que reverte-se numa patologia ou mesmo na ofensa psicológica pode ser considerado como um dano biológico. Já na França, é possível encontrar a divisão abrangendo os danos à vida, os danos estéticos e os sofrimentos físicos. No Brasil, por sua vez, não há tal diferenciação, sendo todas essas formas abrangidas simplesmente pelos danos morais.

³¹⁷ 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, p. 81.

³¹⁸ Antônio Chaves lembra as palavras do Padre Antônio Vieira ao afirmar que a honra “um bem imortal; a vida, por larga que seja, tem os dias contados; a fama por mais que conte anos e séculos nunca lhe há-de achar conto, nem fim, porque os seus são eternos: a vida conserva-se em um só corpo, que é o próprio, o qual, por mais forte e robusto que seja, por fim se há de resolver em poucas cinzas: a fama vive nas almas, nos olhos, na boca de

adequado sob cifras? Os atributos personalíssimos mantidos intactos através de conquistas ao longo dos anos devem ser indenizados – ou compensados ou restituídos – a partir de uma moeda corrente no comércio? Estes são apenas alguns exemplos de questionamentos que inicialmente eram feitos para doutrinadores que se dedicavam ao tema.

No caminhar da análise é possível encontrar diversas perguntas que inquietam a alma dos mais céticos, afinal os direitos que se busca proteger a partir da instituição da figura do dano moral são aqueles que protegem a paz a integridade, a honradez, a saúde mental e espiritual do ser humano. Tal agressão pode recair diretamente sobre a pessoa vinculada ao ato ilícito ou indiretamente aos seus familiares ou terceiros a ele vinculados e possuidores de direitos legítimos³¹⁹, o que não implica em afirmar que qualquer pessoa possua legitimidade para interpor uma demanda por dano moral.

O subjetivismo a ele inerente provoca vacilações tanto na doutrina com na jurisprudência. Identificar o seu conceito ainda é uma tarefa bastante árdua para a maioria daqueles que buscam enfrentar de frente o tema ora proposto. No transcurso do tempo surgiram três correntes conceituais que ganharam grande destaque perante os juristas, mas que, mesmo assim, ainda não cumpriram a missão de pacificar a doutrina dedicada ao estudo do agravo não-patrimonial.

4.3.1 O conceito excludente do dano moral

A identificação das agressões imateriais foi apresentada, inicialmente, a partir do viés negativista. Para os adeptos desta corrente, o prejuízo moral seria, exatamente, aquele que não fosse taxado como patrimonial. Em outras palavras, o dano extrapatrimonial – conforme expresso na sua própria rotulação – origina-se de uma ofensa a direito desprovido de valor econômico, enquanto o patrimonial tem sua fonte na face inversa.

Este patamar de análise torna a definição bastante restrita, o que acarretou em enorme rejeição por parte da doutrina, tanto brasileira³²⁰ como estrangeira³²¹. Certamente, o dano moral é

todos, lembrada nas memórias, falada nas línguas, escrita nos anais, esculpida nos mármores e repetida sonoramente sempre nos ecos e trombetas da mesma fama. Em suma, a morte mata, ou apressa o fim do que necessariamente há de morrer, a infâmia, afronta, afeia, escurece e faz abominável um ser imortal, menos cruel e mais piedosa se o puder matar” (CHAVES, Antônio. Responsabilidade civil – atualização em matéria de responsabilidade por danos morais. *Revista Jurídica*, São Paulo, n. 231, jan./97, p. 11).

³¹⁹ Sobre as espécies de dano moral, vide tópico 4 desde capítulo.

³²⁰ Yussef Said Cahali também partilha dessa opinião quando afirma que: Se, porém abstrairmos o caráter estritamente econômico do *patrimônio*, para (segundo as concepções mais modernas) dilargar o seu conteúdo de

muito mais do que a face oposta do patrimonial, na medida em que sua autonomia plena, conseguida após a Carta Magna de 1988, trouxe-lhe características próprias que transbordam da letra da Lei.

El daño moral debe ser calibrado por lo que es antes que por lo que no es. Lo contrario ha determinado que durante décadas, permaneciese ignorado, relegado a um segundo plano, a la sombra del daño material. Y que su reparación asumiese, com frecuencia, carácter meramente simbólico, como algo “casi no jurídico”, que sólo podía ser computado para castigar o sancionar al autor de la lesión³²²

Caminha-se neste mesmo sentido. A construção de uma conceituação apenas fundada na negativa de ofensa econômica é chancela de uma limitação sem precedentes.

Não é necessário que a lesão a direitos patrimoniais acarrete diretamente num dano de mesma qualidade. É evidente que há possibilidades do dano desta natureza decorrer num prejuízo que não pode seu aferido economicamente. O mesmo pode acontecer em sentido contrário. Há, ainda, a situação na qual um ato praticado pode ocasionar mais de uma repercussão, ou seja, pode ter como consequência reflexos materiais e imateriais ao mesmo tempo.

Tal pensamento apresenta-se por demais insubsistente e fragilizado, na medida em que amputa as demais possibilidades que surgem perante os operadores do direito. José Aguiar Dias posiciona-se de forma contrária a esta maneira de conceituar o dano moral ao aduzir que: “o dano, já o dissemos, é uno, e não se discrimina em patrimonial e extrapatrimonial em atenção à origem, mas aos efeitos.”³²³.

Neste mesmo sentido, Maria Helena Diniz afirma que: “quando se distingue o dano patrimonial do moral, o critério da distinção não poderá ater-se à natureza ou índole do direito subjetivo atingido, mas ao interesse, que é pressuposto desse direito, ou ao efeito da lesão jurídica, isto é, ao caráter de sua repercussão sobre o lesado, pois somente desse modo se

modo a compreender valores imateriais, inclusive de natureza ética, veremos que o critério distintivo à base da exclusão revela-se insatisfatório.”

³²¹ Ramon Daniel Pizarro é irredutível ao afirmar que: “No estamos de acuerdo com esta corriente, que acude a um criterio simplista, cual es definir por negación, sin brindar pautas positivas para dar una noción de daño moral. Tal proceder, además de resultar científica y metodologicamente objetable, repercute em forma disvaliosa sobre la aplicación práctica de la figura ya que no contribuye a determinar em forma positiva el concepto de daño moral, sus límites y su contenido.” (PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral: prevención / reparación / punición. El daño moral em las diversas ramas del derecho*. Buenos Aires: Hammulabi, 1996, p.37). Em tradução livre: “Não estamos de acordo com esta corrente que busca um critério simplista, qual seja o de definir por negação, sem observar aspectos positivos para dar uma noção de dano moral. Tal comportamento, ademais, resulta científica e metodologicamente rejeitado, repercutindo de forma pejorativa sobre a aplicação prática da figura já que não contribui pra determinar a forma positiva do conceito de dano moral, nem os seus limites e o seu conteúdo.”

³²² *Ibidem*, p.37.

³²³ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 10. ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 740.

poderia falar em dano moral.”³²⁴

A resistência doutrinária foi bastante efetiva, o que acabou deixando muitos dos juristas insatisfeitos e inquietos com a situação³²⁵. O estabelecimento de uma conceituação utilizando-se apenas pilares estanques onde há a identificação dos direitos ou bens patrimoniais e não-patrimoniais não se apresenta como sendo uma opção viável para a limitação do que realmente venha a ser o dano moral.

Vale salientar, por sua vez, que a utilização do termo dano não-patrimonial, feito até o presente momento, se deu apenas com o objetivo de servir como sinônimo³²⁶, não importando, em momento algum, na aceitação plena desta teoria.

4.3.2 O dano moral como modificação do estado anímico

A doutrina, então, passou a construir uma nova ideologia, trazendo à baila a referência ao estado anímico do sujeito passivo³²⁷.

³²⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 21. ed. rev. atual. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 89.

³²⁵ “Para superar dicha crítica algunos autores que adhieren a estas ideas han esbozado una artificiosa distinción entre daño moral com repercusión sobre el patrimonio y daño moral puro, según la lesión al derecho no patrimonial haya o no generado alteraciones en el patrimonio del damnificado. Se trata de una construcción inconvincente que, em el afán de llevar hasta los últimos extremos um razonamiento equivocado, termina llamando daño moral com repercusión patrimonial a um menoscabo que es puramente patrimonial.” (PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral: prevención / reparación / punición. El daño moral em las diversas ramas del derecho*. Buenos Aires: Hammulabi, 1996, p. 39). Em tradução livre: para superar dita crítica, alguns autores que concordam com estas idéias, têm esboçado uma distinção artificial entre dano moral com repercussão sobre o patrimônio e o dano moral puro segundo a lesão ao direito não patrimonial ou aquele que não tenha gerado alterações no patrimônio do ofendido. Trata-se de uma construção sem qualquer convencimento que, no afã de levar até as últimas conseqüências, num pensamento equivocado, termina chamando dano moral com repercussão patrimonial de uma agressão que é puramente patrimonial.

³²⁶ A doutrina também não é benevolente com aqueles que se arriscam a adotar o mesmo posicionamento. Como exemplo, pode-se citar, Fernando Noronha que refuta por completo esta atitude, afirmando que deveria a linguagem jurídica assegurar a perfeição terminológica evitando tal imprecisão, pois “há razões ponderosas que contra-indicam o uso da designação “dano moral” como sinônima de dano extrapatrimonial; seria conveniente que só se referisse como danos morais *stricto sensu*, os que temos vindo a denominar anímicos.” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. Vol I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 562).

Da mesma forma, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho sentenciam que: “mesmo a expressão “danos extrapatrimoniais”, também de uso comum na linguagem jurídica, pode se tornar equívoca, principalmente se for comparada com a concepção de “patrimônio moral”, cada vez mais utilizada na doutrina e jurisprudência que supostamente abrangeria, entre outros direitos tutelados pelo ordenamento jurídico, a intimidade, a vida privada a honra e a imagem da pessoa.

Melhor seria utilizar-se o termo “dano não-material” para se referir a lesões do patrimônio imaterial, justamente em contraponto ao termo “dano material”, como duas faces da mesma moeda, que seria o “patrimônio jurídico da pessoa, física ou jurídica” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. vol. III. São Paulo: Saraiva, 2003, p.56).

³²⁷ Para Clayton Reis, “O conceito primário de dano geralmente é constituído por elementos consistentes em prejuízo material, ou ainda, conseqüência imediata do ato ilícito praticado pelo agente lesionado. O conceito deve ser ampliado, posto que a subtração da vítima ao direito de usufruir um bem futuro, decorrente de um

Para esta corrente, o instituto em apreço deve ser identificado a partir da dor, que por sua vez não se resume apenas à física, mas envolve também a psicológica e espiritual. A tristeza, a angústia, a vergonha, a humilhação, a amargura, a inferioridade, são sentimentos que devem ser visto como sofrimentos num aspecto mais amplo, pois, antes de tudo, elas são dores morais.

Quando ao dano não corresponde às características do *dano patrimonial*, dizemos que estamos em presença do dano moral. A distinção, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado. De forma que tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a um bem não patrimonial como dano moral em resultado de ofensa a bem material.³²⁸

Argumenta-se que o ponto central do conceito de danos morais está relacionado à impressão causada pelo ato lesivo, já que, o dano nada mais é do que o efeito a algum acontecimento, retirando-se a importância relacionada com o tipo ou as características do direito lesado. Seria ele, portanto, um extrato psíquico resultado da ofensa sofrida.

A análise a partir do estado anímico já era considerada, por alguns doutrinadores, como importante para a real defesa dos interesses. Em obra intitulada “A luta pelo Direito”, Ihering sentença de forma bastante peculiar que: “Quem nunca sentiu essa dor, em si mesmo ou em outrem, ainda não compreendeu o que é o direito, mesmo que saiba de cor todo o Corpus Juris.”³²⁹

José Aguiar Dias já se posicionava simpático a esta corrente na medida em que a distinção entre os danos – moral e patrimonial -, para este autor, não residia na natureza do direito ou do bem ferido, mas sim no reflexo desta lesão, ou seja, no seu efeito sobre o agente passivo.

Ao lado desse há, porém, o dano moral: este consiste na penosa sensação da ofensa, na humilhação perante terceiros, na dor sofrida, enfim, nos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima do dano, em quando não tenha deixado resíduo mais concreto, seja pela atitude de repugnância ou de reação ridícula tomada pelas pessoas que o defrontam.³³⁰

É a partir da turbacão anímica, com alteração do bem-estar psicofísico, que se identifica a agressão imaterial. Isso implica em dizer que ele é muito mais do que uma mera ofensa isenta de qualquer envolvimento patrimonial: é algo que ultrapassa as fronteiras do palpável para

interesse em poder valer-se dos bens que a vida moderna propicia, representa indiscutível prejuízo.” (REIS, Clayton. *A avaliação do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 13-14).

³²⁸ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. vol. II. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 743.

³²⁹ IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.14.

³³⁰ DIAS, José de Aguiar. *op.cit.*, p. 729.

fulminar o interior de cada indivíduo³³¹. Não há que se falar em dano moral sem que haja alterações negativas no estado anímico. Sem dor; sem padecimento ou sofrimento não haverá interesse ativo na promoção da causa. “Não é o dano em si que dirá se ele é ressarcível, mas os efeitos que o dano provoca”³³².

Abre-se, portanto, o leque de opções para a identificação do dano moral. Ora, se a análise feita toma como norte apenas um menoscabo psicológico, nada impede que uma ofensa a um bem ou direito patrimonial venha a desaguar numa tristeza, angústia, medo, ou qualquer outro sentimento negativo para o sujeito passivo. Assim, estaria configurada a agressão imaterial, devendo aquele que foi o titular da ação indenizar a parte que veio a experimentar tal situação.

O ponto de análise não seria o bem em si, como sugerem os negativistas, mas sim algo mais profundo que se encontra insculpido na subjetividade de cada um, ou seja, a sensação dolorosa experimentada pela pessoa em seu significado mais amplo, o que implica em dizer que eles são “feridas da alma”. Segundo Wilson de Melo da Silva, esta condição anímica seria um pressuposto ontológico para a identificação do dano moral.

O interesse representa, assim, a possibilidade de gozo que possuem as pessoas para usufruir de um benefício pessoal intransferível. Todos os seres humanos têm direito à felicidade, que é um estado de espírito sujeito a uma satisfação íntima e pessoal, representada na convivência familiar, prestígio social, situação econômica estável, moradia e alimentação adequada, realização profissional e outros. Ora, almejar este *estado de alma* constitui, sem dúvida, um interesse desejado por todos, e que, portanto, deve ser preservado da ação lesiva cometida pelos agentes irresponsáveis.³³³

O fato é que, entre a lesão e a perda, existe uma relação direta de causa e efeito, onde é possível identificar o dano ressarcível naquele último. Relembrando as características do dano patrimonial, é possível afirmar que este não surge a partir da lesão a direitos desta natureza ou a qualquer interesse a ele relacionado, mas a sua configuração parte do pressuposto de que houve uma afetação econômica agregada a um prejuízo para o sujeito passivo. Assim, quando alguém tem, por exemplo, seu carro destruído em razão de um acidente, deverá ser ressarcido, ou seja, observar-se-á o resultado para que possa ser sanado o resultado decorrente do ato lesivo.

³³¹ Ihering sustenta a flama de que “não é o prosaico interesse pecuniário que arroja a lesão a encetar o processo, mas a dor moral que lhe causa a injustiça sofrida; não se trata para ele de recuperar simplesmente o objeto do litígio – talvez mesmo que antecipadamente o haja destinado a uma instituição de beneficência, como freqüentemente sucede em hipóteses análogas, para estabelecer o bem verdadeiro motivo do processo – mas sim de fazer valer o seu justo direito.” (IHERING, Rudolf Von. *op.cit.*, p.16-17).

³³² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. rev. aum. atual. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Malheiros, 2006, p. 93.

³³³ REIS, Clayton. *A avaliação do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 12-13.

*Ahora bien, para bindar un concepto de daño moral, ¿habrá que adoptar un criterio distinto? La respuesta negativa parece imponerse. En uno y otro supuesto el daño resarcible es siempre una consecuencia disvaliosa, un menoscabo, deviravo de la lesión a un interés no patrimonial. Por lo tanto la esencia de uno y otro detrimento debe ser buscada tomando en cuenta las repercusiones que produce la acción lesiva.*³³⁴

Seguindo esta linha de raciocínio não se deve idealizar o dano moral ressarcível como sendo uma mera lesão a direitos extrapatrimoniais. Ele é muito mais do que isso. A sua análise deve ser feita à semelhança do que ocorre com a agressão patrimonial onde o que se busca sanar são as conseqüências que a conduta danosa acarretou.

Para aqueles que são adeptos a esta linha de pensamento, o dano moral está relacionado a uma redução da subjetividade da pessoa, ocasionada pela lesão a um interesse, ou seja, uma modificação espiritual negativa que se relaciona ao seu modo de ser, e tem como conseqüência a prejudicialidade espiritual da pessoa.

Sem esse menoscabo subjetivo, não há que se falar em configuração do dano moral.³³⁵

Apesar de, num primeiro momento, apresentar-se ideal para o seu objetivo, este pensamento expõe um ponto controverso que a fulmina com gravidade. Na realidade, os estados emotivos aqui mencionados não são o dano propriamente dito. Eles são as conseqüências oriundas do ato praticado. Neste ínterim, é necessária toda cautela possível a fim de evitar que haja confusão entre a agressão propriamente dita e o resultado dela decorrente.

Para o direito, no entanto, o significado vulgar de dano não engloba todas as manifestações possíveis do dano moral. Na verdade, a associação do dano a algum acontecimento natural (físico ou psicológico) é apropriada para a identificação de uma espécie de dano, qual seja, o dano material ou patrimonial, que, em sentido estrito, corresponde a um estrago ou avaria, a uma diminuição ou perda. Essa associação mostra-se inadequada, no

³³⁴ PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral: prevención / reparación / punición. El daño moral em las diversas ramas del derecho*. Buenos Aires: Hammulabi, 1996, p. 46.

³³⁵ Segundo Ramon Daniel Pizarro: “*insistimos que el dolor, la angustia, la tristeza, la pérdida del deseo de vivir, etcétera, no son sino posibles manifestaciones del daño moral o – dicho de otra manera – la forma en que, generalmente, éste suele exteriorizarse. Y que cabe la posibilidad de que, aún “sin lágrimas” o sin percepción sensitiva del menoscabo padecido, exista daño moral. Aunque la víctima ya no tenga aptitud para sentirlo; aunque se encuentre em estado de vida vegetativa, sin posibilidad – quizás – de sentir, de sufrir, de entristecerse por su destino. El sólo disvalor subjetivo producido que se determina por comparación entre la situación que la víctima tenía antes u después del hecho dañoso alcanza para configurar el daño moral.*” (*Ibidem*, p. 49-50). Em tradução livre: insistimos que a dor, a angústia, a tristeza, a perda do desejo de viver, etc, não são as únicas manifestações possíveis do dano mora ou – em outras palavras – a forma em que este se exterioriza. É cabível a possibilidade de, ainda que “sem lágrimas” ou sem percepção sensitiva do padecimento, exista o dano moral. Ainda que a vítima já não tenha mais aptidão para sentir-lo; ainda que se encontre em estado de vida vegetativa é possível – ainda assim – de sentir, de sofrer, de entristecer-se pelo seu destino. E so o desvalor subjetivo produzido que se determina pela comparação entra a situação que a vítima tinha antes e depois do ato danoso alcança para configurar o dano moral.

entanto, para explicar o dano moral.³³⁶

O ato antecedente não pode ser confundido com a ocorrência subsequente. Associar dano moral ao sofrimento ou a qualquer sentimento negativos decorre da idéia de que ele somente poderá ser identificado a partir de uma alteração provocada por algum comportamento ou acontecimento ligado a ato praticado por terceiros.

Segundo Américo Luis Martins da Silva com fundamento em Eduardo Zannoni:

o dano moral não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o desgosto, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem a conseqüência do dano. A dor que experimentam os pais pela morte violenta do filho, o padecimento ou complexo que suporta um dano estético ou a humilhação de quem foi publicamente injuriado são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, pois cada pessoa sente a seu modo.³³⁷

Padecimentos psicológicos que atingem o sujeito passivo de um evento danoso nada mais são do que a conseqüência ou o resultado do dano em si, podendo ser ele moral ou material. A dor sentida em razão de uma humilhação, ou a vergonha que lhe foi imposta a partir de um evento danoso são estados de espírito que são experimentados de formas diferentes por cada pessoa individualmente, mas que, nem por isso, deixam de ser o substrato do ato lesivo.

Da mesma forma, podem ocorrer situações nas quais as perdas patrimoniais podem provocar padecimento ou sofrimento e desaguarem apenas num dano patrimonial³³⁸. O abaloamento de dois veículos, por exemplo, pode vir a trazer sentimento negativo para o sujeito passivo do ato. Ele pode sentir-se triste, por exemplo, pela situação de ter que andar de táxi ou de ônibus durante o conserto do seu carro. Porém em casos como este não é possível vislumbrar, a priori, a existência de um dano moral. Pelo menos, não de acordo com o senso médio.

É evidente que somente poderá haver incidência da proteção jurídica para aqueles acontecimentos que são, por ela, consideradas relevantes. Não haverá a possibilidade de abarcar toda e qualquer mutação negativa dos sentimentos, pois se assim fosse estaria diante de situações consideradas teratológicas e que não devem estar entrelaçados com os braços da

³³⁶ ANDRADE, André Gustavo C. de. A evolução do conceito de dano moral. In: *Dano moral e sua quantificação*. 3. ed. Caxias do Sul: Plenum, 2005, p. 78.

³³⁷ SILVA, Américo Luis Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. 3. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 39.

³³⁸ O condômino que litiga com o condomínio ou com o vizinho em razão de infiltrações existentes em seu imóvel passa por grandes constrangimentos e aborrecimentos. Outro exemplo pode ser um telefone celular que cai no chão por descuido de uma pessoa e vem a quebrar. O dono do celular não poderá pleitear danos morais em razão da quebra do aparelho somente porque lá tinha sua agenda telefônica gravada nele. Mesmo havendo um menoscabo psicológico para o dono do aparelho, ele não poderá intentar qualquer ação por dano moral contra aquele que, por descuido, deixou o celular ir ao chão.

justiça. Qualquer ser humano é passivo de sofrer aflições subjetivas. Na realidade, com a sociedade altamente competitiva e impessoal em que se vive nos dias atuais, esta forma de agressão é bastante comum de ser identificada.

Sendo assim, como será visto mais à frente, é imprescindível que se destaque, diante dos olhos de toda coletividade, a abrangência do instituto dos danos morais e a exclusão daquilo que é denominado de mero aborrecimento³³⁹. Somente a partir desta divisão é que será possível trabalhar de forma independente e retilínea com o ideal efetivo de dano moral.

A configuração do dano moral, em princípio, deve decorrer de ato diretamente ligado ao sujeito passivo³⁴⁰. Diz-se isso, pois não poderá pleitear a indenização em questão aquele que, ao presenciar um acidente automobilístico, por exemplo, sentiu-se entristecido com a situação ali presente. Apesar do incontestável sentimento de impotência e lástima, a testemunha do acontecimento trágico não poderá bater às portas do judiciário para saná-lo, mas sim lançar mão de um profissional da área de medicina no intuito de amenizar as imagens que aquelas cenas deixaram em sua mente e em seu coração, haja vista que não há qualquer tipo de vínculo afetivo com o acidentado.

Aceitar pacificamente esta corrente será o mesmo que fechar os olhos para situações diversas. O que falar dos doentes mentais ou das pessoas que se encontram internados em estado vegetativo ou de coma? Será que eles não fazem jus à indenização por dano moral?. A peculiaridade da sua condição não lhe retira o direito, por exemplo, de manter íntegro o seu nome ou a sua imagem, pois, se assim fosse, estaria configurado o esvaziamento dos direitos denominados personalíssimos.

Uma pessoa que não possui a plenitude de sua consciência ou vale-se de uma compreensão reduzida do mundo que o cerca é tão digna de consideração e respeito à sua dignidade quanto uma pessoa possuidora de todas as faculdades e considerada pelo ordenamento como absolutamente capaz.

O mesmo pensamento deve ser conferido à criança que, na mais tenra idade (assim como em

³³⁹ Para um análise um pouco mais aprofundada sobre o mero aborrecimento, vide tópico 3.

³⁴⁰ Com tal afirmação não se busca excluir o dano moral reflexo. Aceita-se a existência do dano moral reflexo em sua plenitude. Com a afirmação de que “a configuração do dano moral deve decorrer de ato diretamente ligado ao sujeito passivo” buscou deixar claro ao leitor que apenas aqueles atos que venham a afetar diretamente a pessoa podem vir a causar dano moral. Um fato ocorrido com terceiros que não tenham qualquer ligação de afinidade com aquele que pleiteia tal indenização não pode ser abraçada pela prestação jurisdicional. No caso do dano moral reflexo, apesar de inexistir a incidência do dano sobre o autor da demanda, há uma ligação sentimental entre ele e aquele que veio a sofrer a agressão e, em razão disso, é que há o surgimento de um sentimento negativo, conferindo, portanto, legitimidade para a realização do pleito. O dano moral reflexo será analisado no tópico 4.1.

relação ao nascituro) já deve ser considerada como titular de direitos inerentes à condição de ser humano. Nestas condições, a identificação de dor ou qualquer outra valoração torna-se mais complexa, o que não mitiga a incidência de indenização resultante de agressões imateriais.

Bastante precisa é a idéia apresentada por Antônio Jeová dos Santos quando diz que: “se o dano moral não exige derramamento de lágrimas como no caso que envolva crianças de tenra idade, os loucos e a pessoa que estiver em profundo estado de coma, levando vida vegetativa, a pessoa jurídica, que por ela mesma não tem ânimo, pode sofrer dano moral.”³⁴¹

Neste sentido, é possível agregar à pessoa jurídica direitos da personalidade antes inerentes apenas à pessoa física. Sendo assim, também será possível conferir proteção a estes direitos, o que chancela a incidência do dano moral também para estes entes³⁴². Esta é uma realidade tão

³⁴¹ SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. rev. amp. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 151.

³⁴² A pessoa jurídica, por exemplo, é titular de honra objetiva – também denominada de externa – que, por sua vez serve como sinônimo para reputação. Diferente é a honra subjetiva, conhecida como interna que refere-se àquele sentimento ligado à própria dignidade e atributos, ou seja, o juízo que cada pessoa tem de si mesmo. Apenas a honra objetiva dispensa manifestações anímicas ou psíquicas. Porém, este não foi o pensamento dominante ao longo dos anos. Wilson Melo da Silva, por exemplo, sustentava que as pessoas jurídicas não teriam direitos a qualquer indenização a título de danos morais, pois esta seria apenas uma proteção voltada aos bens da alma, e que, por causa disso, não poderiam ser abrangida às pessoas jurídicas. (SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955).

A evolução da sociedade, por sua vez, imprime uma mudança de pensamento que obriga encarar as pessoas jurídicas além de simples organizações de bens e pessoas que se unem para exercer uma atividade patrimonial. Exige-se delas que tenham uma conduta política e eticamente responsáveis. Não foi por outra razão que o legislador de 2002, inseriu no corpo do Novo Código Civil, em seu artigo 52, a seguinte determinação: “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”. A partir de então, as discussões antes existentes no sentido de inviabilizar a aplicação destes direitos à pessoa jurídica foram mitigadas. Porém, cumpre salientar que não são todos os direitos da personalidade que estão aptos a ser lançados sobre a pessoa jurídica. É por isso que não se pode falar de direitos à integridade física – inclui-se aí o direito à vida, a partes do próprio corpo e ao cadáver das pessoas jurídicas.

O STJ também é simpático à teoria da possibilidade de concessão de indenizações por danos morais à pessoa jurídica. Segundo julgado proferido pelo Ministro Fernando Gonçalves : AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDENIZAÇÃO. INSCRIÇÃO INDEVIDA. SERASA. DANOS MORAIS. PESSOA JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DOS PREJUÍZOS. VALOR. RAZOABILIDADE. MANUTENÇÃO. 1 - A inscrição indevida do nome da pessoa jurídica em cadastros de inadimplentes gera o direito à indenização por danos morais, sendo desnecessária a comprovação dos prejuízos suportados, pois são óbvios os efeitos nocivos da negativação perante o meio social e financeiro. 2 - O valor da indenização por danos morais somente é revisto nesta sede em situações de evidente exagero ou manifesta insignificância, o que não ocorre no caso em análise, onde o montante foi fixado em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). 3 - Agravo regimental desprovido. (STJ. T4. QUARTA TURMA. AgRg no Ag 777185 / DF. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2006/0067862-8. REL. MIN. FERNANDO GONÇALVES. PUB. 29.10.2007). Porém, mais uma vez é necessário alertar que A pessoa jurídica não tem sensibilidade, não podendo sofrer de forma subjetiva, já que para que haja o dano moral nestes casos é necessária repercussão na sociedade, abalo de bom-nome. Isso implica em dizer que havendo possibilidade de estancar o ato antes que ele seja projetado na sociedade, não é possível falar em dano moral. Assim, posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça: RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. PESSOA JURÍDICA. NECESSIDADE DE PUBLICIDADE E REPERCUSSÃO. PROTESTO INDEVIDO. CAUTELAR DE SUSTAÇÃO QUE IMPEDIU O REGISTRO. INEXISTÊNCIA DE PUBLICIDADE. 1. A pessoa jurídica não pode ser ofendida subjetivamente. O chamado dano moral que se lhe pode afligir é a repercussão negativa sobre sua imagem. Em resumo: é o abalo de seu

evidente que o próprio STJ tratou de sumular a questão através – Súmula 227 – quando afirma que: “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”

Seguindo esta linha de raciocínio, conclui-se que há situações nas quais se configura o dano moral sem que haja qualquer ligação com dor ou sentimentos negativos. Não se pode dizer que uma pessoa jurídica venha a sofrer qualquer aflição por ter, por exemplo, sua imagem vinculada a um acontecimento repudiado socialmente. Ocorrerá, sim, um arranhão na forma como a comunidade lhe observará, e não uma mágoa por parte dela. As perturbações de espírito são restritas apenas às pessoas físicas.

Não se quer, a partir desta análise, refutar qualquer ligação do dano moral com as alterações psíquicas. A dor, a humilhação, a vergonha, ou qualquer outro sentimento negativo a estes assemelhados são apenas sinais de que o sujeito passivo teve a sua esfera subjetiva invadida e não requisitos fundamentais para configurá-lo. Tais reações internas apresentam-se como consequência – nem por isso deve-se classificá-la como necessária - dessa espécie de dano.

A desvinculação do dano moral em relação às “dores sofridas” permite uma observação do instituto a partir de um prisma mais transparente e amplo, abrangendo, por consequência, uma gama muito maior de interações e classes de componentes sociais.

Há, portanto, a necessidade de buscar novos ventos, para que seja possível complementar a idéia aqui apresentada a fim de que possa ser cristalizada uma conceituação suficientemente adequada para as características do instituto em apreço.

4.3.3 Dano moral como ofensa a direitos da personalidade

A insuficiência conceitual com a utilização de vocábulos em sentido contrários demonstrou para a doutrina a necessidade de construir uma nova estrutura onde fosse possível sustentar com firmeza todo peso semântico atinente ao dano moral. Sendo assim, mudou-se o foco central da conceituação.

Por sua vez, a dor ou qualquer outro sentimento classificado como negativo deve ser considerado apenas como resultado da agressão, o que implica em assegurar a necessidade de modificação da forma como se observa o instituto. A busca conceitual germina a partir da identificação do direito agredido e não da consequência a ele inerente, como queriam os

bom-nome. 2. Não há dano moral a ser indenizado quando o protesto indevido é evitado de forma eficaz, ainda que por força de medida judicial. (STJ. T3. TERCEIRA TURMA. REsp 752672 / RS RECURSO ESPECIAL 2005/0083652-0. REL. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS. PUB. 29.10.2997).

adeptos da corrente anteriormente exposta.

A análise a ser feita compreende não mais a consequência do ato lesivo, mas sim a espécie de direito por ele atingido. Com esta transformação, houve uma ampliação sem precedentes da zona de contato do dano moral. A proteção jurídica contra atos que venham a causar tais agressões procura assegurar a integridade aos direitos da personalidade que, diante de suas características especiais, demandam atenção muito mais efetiva por parte do legislador na confecção das normas e do operador do direito na sua aplicação.

Críticas também foram lançadas a esta forma de conceituação. Doutrinadores³⁴³ alegaram que considerar o dano moral como sendo, exclusivamente, a ação decorrente de agressão a direitos da personalidade é fechar os olhos para a idéia de que eles não possuem qualquer valor econômico, o que impossibilitaria a sua proteção a partir desta via. Em outros termos, observá-los desta maneira é aplicar uma restrição incompatível com o instituto, já que existem outros direitos que estão ao largo dos direitos da personalidade e que, da mesma forma, configuram-se como sendo extrapatrimoniais. Nesta esteira encontram-se os direitos sociais, por exemplo.³⁴⁴

Razão não assiste a tal posicionamento.

A repersonalização³⁴⁵ das relações jurídicas serviu como fator de suma importância para toda

³⁴³ Por todos eles, consulte Antônio Jeová dos Santos em: SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

³⁴⁴ Antônio Jeová dos Santos demonstra com bastante clareza este posicionamento. Segundo ele há outros direitos que não podem ser considerados como de personalidade, mas que são passíveis de gerar dano moral. O autor cita os direitos políticos, sociais e os decorrentes de laço familiar. Ele defende que tal agressão deve ser determinada a partir da consequência do ato. Ou seja, é o efeito do dano é que irá determinar se ele é ressarcível ou não. Ademais, ele alega que considerar apenas os direitos da personalidade como sendo fonte dos danos morais é obrigar o julgador a valorar da mesma forma acontecimento semelhantes, o que é impossível quando se trata do tema em questão: “Se o que vai definir o dano é a própria lesão, é o atingimento de direito da personalidade, a indenização deveria ser praticamente idêntica para cada espécie de lesão. Assim, por exemplo, a integridade corporal e a vida de alguém teriam o mesmo peso; receberiam a mesma importância quando houvesse a mensuração do dano.” (*Ibidem*, p. 92).

Perfilhando do mesmo pensamento Ramon Daniel Pizarro sentencia: “*Por lo demás, la referencia a los derechos de la personalidad denota una visión restringida de la cuestión, por cuanto olvida la existencia en el ámbito extrapatrimonial de otros derechos, como los derechos políticos, sociales y los de familia, cuya minoración – coherentemente – también debería generar un daño moral.* (PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral: prevención / reparación / punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho*. Buenos Aires: Hammulabi, 1996, p. 41). Em tradução livre: Ademais, a referência aos direitos da personalidade denota uma visão restrita da questão, porquanto restringe a existência de âmbito extrapatrimonial de outros direitos, como os direitos políticos, sociais e os de família, cuja agressão também deveria gerar um dano moral.

³⁴⁵ Paulo Luiz Netto Lobo alerta no sentido de que: “a repersonalização não se confunde com um vago retorno ao individualismo jurídico do século dezanove e de boa parte do século vinte, que tinha, como valor necessário da realização da pessoa, a propriedade, em torno da qual gravitavam os demais interesses privados, juridicamente tuteláveis. A pessoa deve ser encarada em toda sua dimensão ontológica e não como simples e abstrato pólo de relação jurídica, ou de apenas sujeito de direito. Nos direitos da personalidade a teoria da repersonalização atinge seu ponto máximo, pois como afirmou San Tiago Dantas, não interessam como capacidade de direitos e obrigações mas como conjunto de atributos inerentes à condição humana. (LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Danos*

evolução do agravo subjetivo. O propulsor principal para o surgimento deste novo pensar veio com a valorização dos direitos da personalidade trazidos com a Constituição Federal de 1988 e reforçados com a promulgação do Código Civil de 2002. “A interação entre danos morais e direitos da personalidade é tão estreita que se deve indagar da possibilidade da existência daqueles fora do âmbito destes.”³⁴⁶

Tais direitos sofreram, durante muito tempo, com a orfandade de um mecanismo hábil que garantisse a proteção contra influências de terceiros³⁴⁷. Malgrado tais agressões existirem ao longo dos tempos, a sua defesa ficou escondida sob os anseios estritamente econômicos do pensamento anteriormente predominante. Atualmente, o reconhecimento do homem como centro das relações jurídicas mudou completamente o pensamento outrora vigente.

A personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é o objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens³⁴⁸.

A sua condição de essenciais à pessoa humana agrega-lhe características próprias³⁴⁹ que os particularizam dos demais direitos³⁵⁰. Por serem direitos inatos ao homem, eles extinguem-se

morais e direitos da personalidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>>. Acesso em: 28 nov. 2007).

³⁴⁶ *Idem*

³⁴⁷ Orlando Gomes lembra que: “no plano jurídico da ordem privada, essa tendência revelou-se principalmente sob a forma de negação dos direitos subjetivos. Partiram os ataques ao subjetivismo de especialistas do Direito Público, imbuídos de preocupações sociológicas oriundas da filosofia de Augusto Comte, desembocando num tecnicismo que pretendeu destruir a viga mestra da Teoria Geral do Direito. Radicalizaram-se essas tentativas iconoclastas na veemente negação dos substanciais direitos subjetivos de *personalidade*, provocando a reação que, na sua consagração legislativa, encontra plena satisfação.

Favoreceu-a a terrível ameaça que pesa sobre a individualidade física, intelectual e moral do homem em consequência de conquistas científicas e técnicas que permitem até a própria desintegração da personalidade.” (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. rev. atual. aum. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 134).

³⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 21. ed. rev. atual. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 90.

³⁴⁹ Os direitos da personalidade são pluridisciplinares. Não se pode dizer, no estágio atual, que eles situam-se no direito civil ou no direito constitucional, ou na filosofia do direito, com exclusividade. Sua inserção na Constituição deu-lhes mais visibilidade, mas não os subsumiu inteiramente nos direitos fundamentais. Do mesmo modo, a destinação de capítulo próprio do novo Código Civil brasileiro, intitulado “Dos Direitos da Personalidade”, não os fazem apenas matéria de direito civil. O estudo unitário da matéria, em suas dimensões constitucionais e civis, tem sido melhor sistematizado no direito civil constitucional, apto a harmonizá-las de modo integrado (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Danos morais e direitos da personalidade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>>. Acesso em: 28 nov. 2007).

³⁵⁰ Os direitos da personalidade caracterizam-se por serem direitos inerentes à pessoa na sua condição fundamental, deve a coletividade respeitá-los. Isso lhe concede a eficácia *erga omnes*, decorrendo, daí o seu absolutismo. Quanto à indisponibilidade, “impede que o titular possa deles dispor em caráter permanente ou

com a morte do ser humano, podendo, porém, haver, em relação a alguns, uma eficácia *post mortem*, que confere aos familiares a defesa em caso de lesão aos direitos da personalidade do *de cuius*.

Estes direitos estão inerentes à pessoa³⁵¹, sendo incongruente afirmar que somente devem ser aceitos aqueles elencados positivamente. A sua amplitude pode causar estranheza aos legalistas mais radicais, mas é evidente que a complacência, no sentido de reconhecer apenas os expressos na norma, não condiz com o seu cerne, cujo objeto são os diversos aspectos inerentes à própria pessoa e sua projeção em relação aos demais.

Não é a personalidade, por outro lado, objeto desses direitos, visto que, sendo o pressuposto de todos os direitos, em si mesma não é um *direito* (Unger) e, muito menos, *objeto de qualquer relação*. Recaem em manifestações especiais de suas projeções, consideradas dignas de tutela jurídica, principalmente no sentido de que devem ser resguardadas de qualquer ofensa, por necessária sua incolumidade ao desenvolvimento físico e moral de todo homem.³⁵²

Ao considerar os direitos da personalidade “como um conjunto de faculdades jurídicas reconhecidas à pessoa humana, cujo objeto jurídico caracterizado pelos diferentes aspectos da pessoa tomada em si mesma e em suas projeções e prolongamentos”³⁵³, há o reconhecimento da sua importância para a ordem jurídica atual, impondo a sua elevação ao patamar constitucional para que, a partir de então, irradie sua influência sobre todo ordenamento.

total, preservando a sua própria estrutura física, psíquica e intelectual, muito embora possa, eventualmente ceder (temporariamente) o exercício de determinados direitos da personalidade.” (FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil: teoria geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 110). Há, porém, alguns direitos da personalidade que são passíveis de serem disponibilizados parcialmente por tempo determinado. Assim definiu o enunciado nº 4 da I Jornada de Direito Civil: “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.” A imprescritibilidade, por sua vez, impede que uma agressão a direitos da personalidade seja imprescritível, o que não se confunde com o direito de indenização que é prescritível. Também é inerente à característica da imprescritibilidade a idéia de que não há prazo para o exercício deste direito. Ele não se extingue pelo não-uso. Aliado a esta característica, encontra-se a da impenhorabilidade que é uma consequência lógica da indisponibilidade. A extrapatrimonialidade representa a impossibilidade de equiparação destes direitos a um montante econômico. Há também a característica da generalidade que “significa que os direitos da personalidade são outorgados a todas as pessoas, simplesmente pelo fato de existirem” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Parte Geral. 8. ed. rev. atual e ref. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 148). Por fim a vitaliciedade é outra característica e representa a idéia de que eles acompanham o ser humano até a sua morte.

³⁵¹Lembra Miguel Reale que: “segundo os partidários do Direito Natural clássico, que vem de Aristóteles até nossos dias, passando por Tomás de Aquino e seus continuadores, os direitos da personalidade seriam *inatos*, o que não é aceito pelos juristas que, com o Renascimento, secularizaram o Direito, colocando o ser humano no centro do mundo geral das normas ético-jurídicas. Para eles trata-se de *categorias históricas* surgidas no espaço social, em contínuo desenvolvimento. Não cabia ao legislador da Lei Civil tomar partido ante essas divergências teóricas, ainda que fazendo referência também ao Direito Natural Transcendental, na linha de Stammler ou de Del Vecchio.” (REALE, Miguel. *Direitos da Personalidade*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Acesso em: 30 nov. 2007).

³⁵²GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. rev. atual. aum. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 136.

³⁵³FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil*. Teoria Geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 107.

Com esta perspectiva, os direitos da personalidade – ultrapassando a setorial distinção emanada da histórica dicotomia direito público e privado – derivam da própria dignidade reconhecida à pessoa humana para tutelar os seus valores mais significativos do indivíduo seja perante outras pessoas, seja em relação ao Poder Público. Com as cores constitucionais, os direitos da personalidade passam a expressar o *minimum* necessário e imprescindível à vida com dignidade.³⁵⁴

Não foi diferente com a Carta Magna de 1988 que trouxe inúmeras previsões espalhadas em seu texto, deixando claro para o operador do direito a preocupação do ordenamento com a efetivação das garantias inerentes à pessoa.

Dentre tais abordagens é possível encontrar em seu art. 5º, referente aos direitos fundamentais, determinações expressas no sentido de imputar ao ofensor a obrigação de responder perante o ofendido através do instituto do dano moral. É possível, portanto, ler claramente nos incisos V e X do mencionado artigo a garantia de indenização para aqueles que tiverem seus direitos personalíssimos feridos.

O que existe, na realidade, é a mera exemplificação por parte do Estado de alguns direitos da personalidade, afastando, por tanto, a característica de *números clausus* ao rol constante tanto na Constituição Federal, quanto no Código Civil, por exemplo. A previsão conferida pelo legislador apenas reforça a necessidade de observância daqueles direitos ali constantes, por serem eles alvos constantes de agressões. Porém, nada impede que sejam acrescentados mais itens à lista, ou que sejam erigidos à qualidade de direitos da personalidade outras situações atualmente ignoradas como tal.

A sua importância acarreta na transcendência ao direito positivado já que, em razão da situação de inerentes à condição humana, eles não podem ser taxados de tal maneira a limitar a sua aplicação. A evolução social não respeita o tempo.

cada direito da personalidade se vincula a um *valor fundamental* que se revela através do processo histórico, o qual não se desenvolve de maneira linear, mas de modo diversificado e plural, compondo as várias *civilizações*, nas quais há *valores fundantes* e valores acessórios, constituindo aqueles as que denomino *invariantes axiológicas*. Estas parecem inatas, mas assinalam os momentos temporais de maior *duração*, cujo conjunto compõe o *horizonte* de cada ciclo essencial da vida humana. Emprego aqui o termo horizonte no sentido que lhe dá Jaspers, recuando à medida que o ser humano avança, adquirindo novas idéias ou ideais, assim como novos instrumentos reclamados pelo bem dos indivíduos e das coletividades³⁵⁵.

A inserção de tecnologias e a mudança de pensamento transformam o mundo numa

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 108.

³⁵⁵ REALE, Miguel. *Direitos da Perosnalidade*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Acesso em: 30 nov. 2007.

velocidade muito maior do que consegue acompanhar o legislador positivo. Surgem, portanto, novas descobertas que são responsáveis pela inserção de formas de agressão à personalidade humana antes inimagináveis, reclamando, portanto, formas de proteção para que tais ameaças sejam dirimidas a fim de que seja mantida a paz social de outrora.

Aceitar a inexistência de uma cláusula geral de personalidade é retroagir na proteção plena da pessoa humana conquistada ao longo dos anos. A carência de taxatividade é uma característica que lhe traz maior efetividade já que assegura o devido respeito à condição especial do ser humano.

perfilho a orientação, que me parece majoritária, da tipicidade aberta, ou seja, os tipos previstos na Constituição e na legislação civil são apenas enunciativos, não esgotando as situações suscetíveis de tutela jurídica à personalidade. O tipo, conquanto menos abstrato que o conceito, é dotado de certa abstração, pois se encontra em plano menos concreto que os fatos da vida. Os fatos concretos, que ocorrem na vida, para serem enquadrados em determinado tipo, necessitam de reconhecimento social, de uma certa tipicidade social. Desse modo, são apreensíveis pelo intérprete, reduzindo-se o juízo de valor subjetivo³⁵⁶

Não se deve esperar que o legislador tome a iniciativa de outorgar proteção a direitos outros além dos que estão positivados. O caso concreto não deve adaptar-se à lei, mas sim esta que, a partir da hermenêutica doutrinária e jurisprudencial, deve ser conduzida a conceder a proteção com maior amplitude possível, repelindo quaisquer agressões que por ventura venham a ocorrer às prerrogativas pertencentes à pessoa humana.

Na verdade, ampliando-se desmesuradamente o rol dos direitos da personalidade ou adotando-se a tese que vê na personalidade um *valor* e reconhecendo, em conseqüência, tutela às suas manifestações, independentemente de serem ou não consideradas direitos subjetivos, todas as vezes que se tentar enumerar as novas espécies de danos, a empreitada não pode senão falhar: sempre haverá uma nova hipótese sendo criada.³⁵⁷

Carlos Alberto Bittar³⁵⁸ segue esta mesma linha de raciocínio, agregando-lhe ainda o plano valorativo consubstanciado na relação sociedade-pessoa. Isso significa dizer que, para o autor, haverá dano moral em duas situações: quando se fere o aspecto mais íntimo da pessoa – que é relacionado ao da intimidade e ao da consideração pessoal – ou o da sua conceituação no meio em que vive – abrangendo neste caso a reputação ou a consideração social.

Apesar da defesa no sentido de existência de uma cláusula geral de direito da

³⁵⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Danos morais e direitos da personalidade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>>. Acesso em: 28 nov. 2007.

³⁵⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. São Paulo: Renovar, 2003, p. 166.

³⁵⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

personalidade³⁵⁹, é imperioso ressaltar que a mobilização judicial no sentido de garantir a indenização em decorrência do agravo não-econômico se faz evidente.

A princípio, pode até parecer contraditório com tudo o que já foi dito até o presente momento, porém é importante esclarecer que não se está negando a construção doutrinária realizada. Existe, sim, a necessidade de defesa da enorme gama de direitos compreendidos entre os personalíssimos, porém, ao mesmo tempo, fomenta-se que o Poder Judiciário deve ser cauteloso na efetivação desta sanção, evitando-se, com isso, abusos que possam ser perpetrados por aqueles não possuidores de qualquer titularidade.

Ao realizar o estudo do dano moral a partir de uma ótica civil-constitucional, Maria Celina Bodin de Moraes lembra que a pessoa não deve ser protegida simplesmente por ser titular de um direito, mas sim pela sua mera condição de pessoa humana, iluminada pelos raios do princípio maior esculpido no inciso III do art. 1º da Constituição Federal. Diante disso é que surge o direito subjetivo ou potestativo.³⁶⁰

Em relação aos defensores do direito da personalidade como um rol limitado e constante no corpo legislativo, esta mudança de pensamento apresenta-se como de fundamental importância para uma proteção ainda maior contra agressões imateriais.

Considerá-lo com uma agressão ao princípio da dignidade da pessoa humana é assegurar que toda e qualquer agressão que venha de encontro à condição humana, refutando a qualidade de pessoa desaguará, de imediato, na violação da sua personalidade.

Portanto, o melhor entendimento para conceituar o dano moral está na sua vinculação com a ofensa à dignidade da pessoa humana que se perfaz diante de agressões a direitos da personalidade. Estes últimos, por sua vez, devem ser considerados como cláusula geral, sem que haja qualquer tentativa de limitação jurisprudencial ou legal.

Quando a norma elenca alguns direitos da personalidade, está apenas ratificando a importância crucial daqueles ali existentes. Nada impede, por sua vez, que, malgrado o rol

³⁵⁹ Compulsando os escritos de Orlando Gomes, destaca-se o seguinte posicionamento: “poderiam reduzir-se, em consequência, a uma *figura unitária*, se considerarmos que sua especialização decorre unicamente das diferentes maneiras por que pode ser atingido. Haveria, desse modo, um *direito geral da personalidade*. (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. rev. atual. aum. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 137).

³⁶⁰ “Nesse sentido, o dano moral não pode ser reduzido à “lesão a um direito da personalidade”, nem tampouco ao “efeito extra-patrimonial da lesão a um direito subjetivo, patrimonial ou extrapatrimonial. Tratar-se-á sempre de violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana, seja causando-lhe um prejuízo material, seja violando um direito (extrapatrimonial) seu, seja, enfim, praticando, em relação à sua dignidade, qualquer “mal evidente” ou “perturbação” mesmo se ainda não reconhecido como parte de alguma categoria jurídica.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. São Paulo: Renovar, 2003, p. 185).

existente, seja concedida proteção a outros direitos ali não constantes. A evolução social anda a passos mais largos do que o legislador o que implica em dizer que mais adequado se faz conceituar o dano moral a partir deste viés, o que será feito no transcorrer da presente obra.

Entende-se que a corrente que defende a configuração dos danos morais a partir de uma agressão a direitos da personalidade adequa-se com maior presteza aos anseios esculpidos no princípio da dignidade da pessoa humana. Somente desta forma, o homem estará realmente protegido contra qualquer comportamento que venha a causar prejuízos que atinjam a sua esfera extrapatrimonial.

4.4 MERO ABORRECIMENTO X DANO MORAL: UMA DIFERENCIAÇÃO NECESSÁRIA

Tão árdua quanto a busca pelo conceito doutrinário do dano moral, é a missão de adequar toda a sua complexidade ao cotidiano. Esta é uma tarefa indispensável para a evolução do instituto, sob pena de criar um tecnicismo exacerbado para uma matéria que, por sua própria essência, necessita muito mais de um subjetivismo do que da letra fria da norma.

Não há laboratório mais eficiente para identificar a aceitação social a um instituto jurídico do que submetê-lo à rotina diária. As interações cotidianas, aliadas com a evolução da sociedade – tanto em seu aspecto ético, como tecnológico – demonstram a importância, ou não, do complexo normativo. No caso do dano moral, este termômetro é de inquestionável valor, direcionando-se no sentido da aceitação plena.

Câmeras fotográficas e de filmagem, portas magnéticas, ímãs anti-furto, serviços de proteção ao consumidor, notícias espalhadas através das fibras-ópticas da Internet ou pelos sinais de satélite das emissoras de televisão e rádio, e até mesmo a fofoca, são meios ideais para que se desenhe alguma forma de agressão a direitos da personalidade. A imagem, a honra, a integridade moral, por exemplo, são institutos que estão em voga na atualidade e qualquer ensejo de ofensa a eles pode vir a desaguar na configuração de um dano moral e na estipulação de valor monetário.

Em nossa época – é voz corrente – há muitíssimas mais ocasiões de risco, de perigo, em decorrência, não só, mas também, do acentuado desenvolvimento tecnológico; neste sentido, conclui-se ter havido um real incremento das possibilidades de causação de danos. A esta constatação deve acrescentar-se uma outra, mais relevante nesta sede: numerosas são as situações danosas antes ignoradas, seja pelo ordenamento jurídico, seja pela própria vítima, e hoje tuteladas com fundamento no princípio da dignidade

humana, suscitando a imprescindível reparação³⁶¹

As opções são inúmeras! Há um leque de situações que, a partir de uma interpretação literal, poderá fulminar na configuração de dano moral. Porém, da mesma forma, noutras hipóteses, apesar de extrair do sujeito passivo da sua vida cotidiana, o ato sob ele incidente não possuirá ares de agressão imaterial, sendo apenas um mero aborrecimento. Nesta esteira, faz-se necessário, então, o destaque da linha limítrofe entre o que se chama de fatos do cotidiano e a real agressão.

Nas agressões patrimoniais, a sua identificação surge a partir da comprovação da redução da capacidade econômica do ofendido. Já na lesão imaterial, esta identificação não se perfaz de forma tão simples. O subjetivismo que impera soberano sobre o tema em apreço torna ainda mais custoso a identificação da zona limítrofe entre o que venha a ser o dano moral propriamente dito.

Falar que ele é uma agressão que causa, simplesmente, sentimento negativo ao sujeito passivo é abrir uma avenida bastante larga para a subsunção do caso prático. O cuidado e a atenção do magistrado na identificação efetiva do dano moral é de suma importância para a manutenção da credibilidade social sobre o instituto em questão.

Ante esta dificuldade de apresentar seus limites de forma clara, muitos advogados aproveitam-se desta instabilidade para trazer junto à suas lides pedidos que envolvem supostas feridas imateriais, buscando granjear valores monetários, algumas vezes, absurdamente indevidos.

A existência de forte carga subjetiva nos seus fundamentos faz com que ele se apresente como uma boa oportunidade para tentativas de estipulação de parâmetros disformes com os objetivos desejados. A cada dia, torna-se mais rotineiro, nos corredores dos fóruns e na comunidade jurídica, recorrer ao dano moral em qualquer situação, distorcendo-o da sua verdadeira funcionalidade, o que acarreta no seu completo descrédito social.

Certamente, influenciado pela idéia de que a agressão por dano não-material gera, necessariamente, pagamento de valores astronômicos, muitas pessoas passam a pleitear este suposto direito em situações que não devem ser cotejadas. São embaraços, aborrecimentos e outros pequenos constrangimentos corriqueiros e cotidianos que são trazidos para as salas de audiência.

³⁶¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. São Paulo: Renovar, 2003, p. 150.

Todo dano material acarreta, por menores que sejam, reflexos no âmbito imaterial. Uma colisão, por exemplo, entre dois veículos decorrerá num desconforto por parte dos motoristas, mesmo para aquele que tem em sua posse o carro reserva fornecido pela seguradora. Não estará ele completamente satisfeito, até porque o automóvel que dirige, ainda que por algum tempo, poderá ser de qualidade inferior ao seu. Portanto, pode-se afirmar que “é da própria essência do dano esse acréscimo de desconforto e quebra de normalidade em nossa vida”³⁶².

Pensando nisso, para J. J Calmon de Passos a dor é algo demasiadamente complexo e que deve ser merecedora de proteção jurídica aquelas socialmente institucionalizadas e não os valores pessoais, intrínsecos, pois cabe ao direito a manutenção da integridade das relações sociais.

Esta característica personalíssima de tais direitos pode ser fonte de projeções e representações incompatíveis com a prestação jurisdicional que deveria ser conferida. “A possibilidade, inclusive, de retirarmos proveitos financeiros dessa nossa dor oculta, fez-nos atores excepcionais e meliantes extremamente hábeis, quer como vítimas, quer como advogados ou magistrados.”³⁶³

É inegável que a Constituição Federal sepultou de vez a discussão antes existente acerca da possibilidade de mensuração econômica dos danos não-patrimoniais. Abriu-se, então, um leque de possibilidades, que aliado à facilitação do acesso à Justiça, gerou um volume nunca antes esperado de ações.

Nosso tempo, tão rico em avanços tecnológicos e fantásticas descobertas no campo da biologia, já se anunciando que poderemos fabricar, no futuro, homens dos tipos que forem socialmente necessários, certamente terá também, dentro em breve, condições de fabricar artefatos eletrônicos capazes de, mediante a simples inserção de um cartão magnético específico no aparato, registrar quanto nos é devido pela ofensa moral de que fomos vítimas, caso registrável no programa elaborado com esse objetivo. Com simplicidade e presteza, inclusive aliviando a tremenda sobrecarga de trabalho do Poder Judiciário e as diabólicas tentações que acometem advogados, vítimas e julgadores, resolveremos tudo com presteza, objetividade, eliminando o risco de sermos achacados pelos excessivamente ambiciosos que postulam e dos excessivamente magnânimos que concedem.³⁶⁴

Enquanto isso não ocorre, inúmeras ações abarrotam o Poder Judiciário com demandas que possuem pedidos de supostos danos morais. A incidência é tamanha que se considera tal

³⁶² PASSOS, Calmon J. J. O imoral nas indenizações por dano moral. In: *Dano Moral e sua Quantificação*. Caxias do Sul: Plenum, 2007. 1 CD-ROM. ISBN 978-85-88512-18-4.

³⁶³ *Ibidem*.

³⁶⁴ *Ibidem*.

pleito como “batatas-fritas”, pois, à semelhança das promoções existentes nos inúmeros *fast-foods*, sempre acompanham o pedido principal.³⁶⁵ Seria, então, esta uma comprovação de que há uma indústria do dano moral?

Para responder à pergunta lançada, é necessário que esteja bem claro que não são todas as aflições ou tristezas que são passíveis de gerar indenização. Portanto, a urgência na delimitação dos aspectos balizadores do que realmente venha a configurar o dano moral é incontestável.

O direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente. Por exemplo, no caso de vermos alguém ser atropelado, não estamos legitimados para reclamar indenização, mesmo quando esse fato nos provoque grande dor.³⁶⁶

O resultado decorrente da agressão a direitos imateriais pode decorrer em sentimentos como angústia, dor, sofrimento, tristeza e humilhação. Ora, ao estipular estas reações, o doutrinador quis desenhar situações que realmente acarretem em modificação anímica para a vítima, o que não se observa nos casos de “mero aborrecimento”³⁶⁷. Isso implica em dizer que, para que haja a configuração concreta da agressão é necessário que o resultado seja capaz de possibilitar a diferenciação clara em relação aos simples dissabores ou, até mesmo, às pequenas frustrações cotidianas.

*No toda lesión a un derecho extrapatrimonial, o a un interés legítimo no patrimonial, o a simple interés de hecho no ilegítimo de esa naturaleza resultará necesariamente apto para generar daño moral. Habrá que estar siempre, además, a la repercusión que la acción provoca en la persona.*³⁶⁸

³⁶⁵ Essa expressão foi lembrada por Marcelo di Rezende Bernardes que alarmou para o crescimento vertiginoso de questões envolvendo pleitos de dano moral no Estado de Goiás. Segundo ele, “o número de processos de indenização por danos morais cresceu tanto que são chamados de ‘batatas fritas’, pois vêm como acompanhamento de ações na Justiça”(BERNARDES, Marcelo di Rezende. *Enriquecimento fácil: mero aborrecimento vira indenização na indústria do dano*. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/37145.1>>. Acesso em: 21 set. 2007).

³⁶⁶ SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. 3. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 39.

³⁶⁷ Neste sentido o STJ entende que: AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. DANO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. CONCLUSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. VEDAÇÃO. AGRADO IMPROVIDO. 1. Conquanto o dano moral dispense prova em concreto, compete ao julgador verificar, com base nos elementos de fato e prova dos autos, se o fato em apreço é apto, ou não, a causar o dano moral, distanciando-se do mero aborrecimento. De fato, na espécie, o Tribunal a quo não reconheceu o dever de indenizar, por entender ausente abalo moral do agravante. Rever tal entendimento implicaria o reexame de fatos e provas, o que é vedado nos termos do verbete n.º 7 da Súmula do STJ. (STJ. T4 – QUARTA TURMA. AgRg no Ag 865229 / DF - AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO 2007/0012003-4. MINISTRO HÉLIO QUAGLIA BARBOSA. PUB. 08.10.2007)

³⁶⁸ PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral: prevención / reparación / punición. El daño moral em las diversas ramas del derecho*. Buenos Aires: Hammulab, 1996, p. 47. Em tradução Livre: Não é toda lesão a um direito extrapatrimonial ou a um interesse legitimamente não patrimonial, ou a um simples interesse de direito não legítimo dessa natureza que considerará, necessariamente, apto para gerar o dano moral. Haverá de acontecer

As intempéries diárias não são mais do que fatos corriqueiros que devem ser relevados pelo mundo jurídico. A mensuração da aflição sofrida pelo sujeito passivo é deveras complicada, ainda mais diante da sua característica *in res ipsa*.³⁶⁹ Vale salientar que não é necessário falar em prova do dano moral, mas, apenas, do fato que lhe deu causa.

Desta forma, “assim como a febre é efeito de uma agressão orgânica, dor, vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por causa uma agressão à dignidade de alguém”³⁷⁰.

O que se quer assegurar é que uma simples condição adversa apresentada à determinada pessoa não pode vir a ser configurada como uma ofensa a direito seu. Neste sentido, por exemplo, o bloqueio da porta giratória de um banco não enseja a configuração do dano moral por humilhação³⁷¹, pois há que se respeitar o ponto limítrofe da “área de isenção” inerente à teoria do fato do cotidiano.

Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. Aqui, também é importante o critério objetivo do homem médio, o bônus pater famílias: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino. Nesse campo, não há fórmulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca. O sofrimento como contraposição reflexa da alegria é uma constante do comportamento humano universal.³⁷²

Haverá agressão a direitos não-patrimoniais somente quando a situação for considerada além

sempre, por sua vez, a repercussão da ação que provocou na pessoa.

³⁶⁹ Sobre a produção de prova no dano moral, vide tópico 05.

³⁷⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.105.

³⁷¹ Somente em caráter meramente exemplificativo, destaca-se a seguinte ementa do Superior Tribunal de Justiça: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRAVAMENTO DE PORTA. GIRATÓRIA EM AGÊNCIA BANCÁRIA. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. INOCORRÊNCIA. NÃO COMPROVAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 07/STJ. AGRAVO INTERNO. DECISÃO DO RELATOR COM BASE NO ART. 557, § 2º, DO CPC. MULTA. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. 1. O Tribunal de origem julgou que, quando do travamento da porta giratória que impediu o ingresso do ora recorrente na agência bancária, "as provas carreadas aos autos não comprovam que o preposto do banco tenha agido de forma desrespeitosa com o autor", e que "o fato em lide poderia ser evitado pelo próprio suplicante, bastando que se identificasse junto ao vigilante; trata-se de caso de mero aborrecimento que não autoriza a indenização moral pretendida" (Acórdão, fls.213). 2. Como já decidiu esta Corte, "mero aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada, estão fora da órbita do dano moral". Precedentes. 3. Rever as conclusões contidas no aresto aresto recorrido, implicaria em reexame fático-probatório, incabível no especial, ante o disposto no enunciado sumular nº 07/STJ. 4. Julgados monocraticamente pelo relator os embargos de declaração, opostos contra acórdão que decidiu a apelação, mostra-se incabível impor multa no julgamento do agravo interno, com base no art. 557, do CPC, haja vista que o agravo visava o pronunciamento do órgão colegiado. Exclusão da multa aplicada. 5. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. (STJ. T4 – QUARTA TURMA. REsp 689213 / RJ - RECURSO ESPECIAL 2004/0134113-5. MINISTRO JORGE SCARTEZZINI. PUB. 11.12.2006).

³⁷² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 33.

da normalidade esperada. Essa gravidade, juntamente com a ilicitude são pressupostos inerentes à reparabilidade do dano, o que implica em dizer que, ante a sua inexistência, não se pode falar configuração de um mal subjetivo passível de tutela jurídica.

Grande parte da doutrina que se detém a tratar do tema cita a norma do art. 496 do Código Civil Português³⁷³ como sendo aquela que melhor retrata a situação em tela. Segundo aquele diploma legal, os danos não-patrimoniais somente serão passíveis de indenização quando atingirem de maneira gravosa a direitos alheios. Assim, não havendo gravidade do dano, não há que se falar em indenização, já que, conforme preceituado na norma, esta característica apresenta-se como sendo um requisito de existência da configuração do dano moral.

Para a configuração do dano moral, é necessário observar a distinção entre o dano propriamente dito e o mero aborrecimento. Este último, por sua vez, são fatos cotidianos que não têm o condão de configurar uma agressão propriamente dita, pois, são tolerados socialmente. Somente com a reunião destes dois requisitos é que será esculpida diante do julgador a figura da agressão a direitos não-patrimoniais, ensejando, por sua vez o direito à respectiva prestação pecuniária devida.³⁷⁴

Para que seja relevante, o dano deve, necessariamente, ser oriundo de um comportamento socialmente censurável e ofensivo a direito da personalidade. Desta forma inexistente dano moral quando o ato praticado não possui virtualidade para lesionar sentimento ou causar dor e padecimento íntimo.³⁷⁵

O STJ e os Tribunais dos Estados, a exemplo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul³⁷⁶, já atentaram para a situação de que apenas pode ser considerado indenizável aquela

³⁷³ Art. 496 do Código Civil Português: “na fixação da indenização deve atender-se aos danos não patrimoniais que pela sua gravidade, mereçam tutela do direito”

³⁷⁴ O STJ já tangencia no sentido de dar destaque a diferenciação entre o dano moral e o mero aborrecimento: RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL INEXISTENTE. VERBA INDENIZATÓRIA AFASTADA. O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige. Recurso especial conhecido e provido. . (STJ. T4 – QUARTA TURMA. REsp 714611 / PB. RECURSO ESPECIAL 2005/0001506-0. MIN. CÉSAR ASFOR ROCHA. PUB. 12.09.2006)

³⁷⁵ Os Enunciados ao Código Civil, proferidos pelo Conselho da Justiça Federal, determinou em seu nº 159 que: “O dano moral, assim compreendido todo o dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material”.

³⁷⁶ Neste mesmo sentido, merece destaque o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DEVOLUÇÃO DE TROCO EM VALOR INFERIOR AO DEVIDO. RECLAMAÇÕES E DISCUSSÕES. CONSTRANGIMENTO ALEGADO. INEXISTENTE DANO MORAL. MERO DISSABOR. Na casuística, a contenda funda-se na discussão acerca da configuração de dano moral advindo da devolução de troco a menor, ocasionando reclamação por parte da autora e discussão com os funcionários da requerida em frente aos demais clientes da loja. Não se vislumbra a configuração de dano moral, mas sim mero dissabor, desconforto ou contratempo a que estão sujeitos os indivíduos nas suas atividades cotidianas. Inoportuno considerar-se qualquer

agressão capaz de, numa pessoa normal, denominada de “homem médio”, provocar perturbação psíquicas graves, na tranqüilidade, nos afetos e sentimento.

Para Sérgio Cavalieri Filho, deveria haver o que ele chama de “lógica do razoável”³⁷⁷, segundo o qual, o julgador deve tomar como ponto basilar o “homem comum”, ou seja, nem aquele considerado frio e calculista e nem aquele sentimental por demais. Somente a partir de então é que se fará a análise do resultado decorrente da agressão, defendendo que somente será configurado como dano moral aquele ato que fugir da normalidade, interferindo intensamente no âmbito psicológico e emocional do ser.

Ainda seguindo na trilha da interpretação que assegura a gravidade do resultado provocado pela agressão a direitos personalíssimos, conclui-se que estes devem protelar durante um lapso de tempo considerável. Aquele aborrecimento diário e que, após a resolução do problema, vem a ser sanado merece ser desconsiderado. Assim, o dissabor decorrente do ato deve ter um transcurso de prazo, não se exaurindo de forma abrupta.

Como se observa, o papel do magistrado na análise de conflitos envolvendo dano moral é de suma importância. Ele será o responsável pela apreciação das ofensas à honra tanto para comprovar a existência do efetivo prejuízo com a configuração do ato ilícito, quanto na busca pelo balizamento do seu *quantum*³⁷⁸, que deverá ser feito num segundo plano.

Portanto, antes de preocupar-se com a forma de cálculo do valor decorrente do dano a direitos imateriais, é necessário delinear-los, sob pena de relevar ao descrédito total este instituto de suma importância para a manutenção dos direitos subjetivos de cada ser humano, respeitando sempre a figura da pessoa, que, por sua vez, encontra-se protegida sob o princípio da dignidade da pessoa humana exposto na Constituição Federal em vigor.

A defesa pela aplicação efetiva do instituto do dano moral não justifica a proteção a todo e

espécie de descontentamento ou aborrecimento incidente na esfera psíquica como suficiente ao reconhecimento do dano moral, sob pena de deturpação do instituto. DESPROVERAM O APELO. UNÂNIME. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70016985699, NONA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: ODONE SANGUINÉ, PUBL. 28.12.2006).

³⁷⁷ Em sua obra *Programa de responsabilidade civil* Sérgio Cavalieri Filho transcreve acórdão de apelação cível nº8.218/95, por ele julgado, que determina: “RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO MORAL – CONFIGURAÇÃO – PRINCÍPIO DA LÓGICA DO RAZOÁVEL. Na tormentosa questão de saber o que configura o dano moral, cumpre ao juiz seguir o trilha da *lógica do razoável*, em busca da sensibilidade ético-social norma. Deve tomar por paradigma o cidadão que se coloca a igual distância do homem frio, insensível e o homem de extremada sensibilidade. Nesta linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar, não bastando mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada.” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 148).

³⁷⁸ O estudo desenvolvido acerca do *quantum* relacionado ao dano moral será feito no capítulo subseqüente.

qualquer embaraço. Se assim o fosse, o mais ínfimo movimento que viesse a desagradar o pretense sujeito passivo seria a chave para uma ação indenizatória. Certamente, em muitos momentos, o Poder Judiciário daria sua chancela às lágrimas de carpideiras, o que agregaria forte instabilidade à paz e ao convívio social das pessoas.³⁷⁹

Para que se considere ilícito o ato que o ofendido tem como desonroso é necessário que, segundo um juízo de razoabilidade, autorize a presunção de prejuízo grave, de modo que “pequenos melindres”, insuficientes para ofender os bens jurídicos, não devem ser motivos de processo judicial. *De minimis non curat praetor*, já ressaltavam as fontes romanas.³⁸⁰

Isso implica em dizer que, para bater às portas do Estado, suscitando a prestação jurisdicional envolvendo o dano moral, é necessário que o ofendido tenha seu direito da personalidade ofendido. Em outras palavras, poder-se dizer que ele deve ser sujeito passivo de uma agressão que, diante dos olhos da sociedade, seja censurada, pois se assim não o for, considerar-se-á como tolerada, adequando-a ao universo do “mero aborrecimento”, não se configurando, portanto, um dano moral.

4.4.1 Quando a vítima é a fonte do dano moral

Ainda atinente à análise ora desenvolvida, é necessário lembrar a existência de situações nas quais a própria vítima funciona como catalisador da agressão. A partir do seu comportamento disforme, ela atrai para si condicionantes que são fundamentais para a configuração do dano moral. O que era pra ser um mero aborrecimento acaba por configurar, em razão de manobras perpetradas, um menoscabo de gravidade e importância tamanhas que são abarcados pelo instituto em questão. Tal ato, na realidade, não passa de uma atitude tolerável por qualquer pessoa, mas que, em razão do comportamento adotado pelo sujeito passivo, ganhará projeção antes inexistente, que o configurará como sendo passível de indenização.

A fim de esclarecer um pouco mais, pode-se exemplificar com o seguinte fato hipotético: uma pessoa tem sua entrada no banco bloqueada em razão do trancamento da porta giratória. Esta, por sua vez, ao invés de verificar a existência de material metálico em seus bolsos ou bolsa,

³⁷⁹ Humberto Theodoro, com base nos pensamento de Antônio Chaves, é bastante claro ao afirmar que: “propugnar pela mais ampla ressarcibilidade do dano moral não implica no reconhecimento que todo e qualquer melindre, toda suscetibilidade exacerbada, toda exaltação do amor próprio, pretensamente ferido, a mais suave sombra, o mais ligeiro roçar de asas de uma borboleta, mimos, escrúpulos, delicadezas excessivas, ilusões insignificantes desfeitas, possibilitem sejam extraídas da caixa de Pandora do Direito, centenas de milhares de cruzeiros”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 4. ed. atual. amp. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 7).

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 7-8.

começa a chamar a atenção daqueles que se encontram aos arredores da agência bancária, alegando que está sendo impedida de entrar no referido estabelecimento. Neste caso é evidente que não há a ocorrência do dano moral, mas sim o fomento de uma situação em busca da sua concretização.

Segundo Calmon de Passos: “meu receio é que talvez tenhamos, dentro em breve, empresas especializadas no treinamento de pessoas para habilitá-las a criar situações que levem alguém a ofendê-lo moralmente. Sem esquecer que a transmutação do dano moral em dinheiro nem pede mais a repercussão social da ofensa.”³⁸¹

A problemática em questão demanda uma atenção especial do magistrado que, por sua vez, deve represar os abusos praticados por advogados e partes, garantindo o cumprimento do real objetivo dos danos morais. A sensibilidade do julgador tem que ser posta a toda prova neste momento para evitar que o instituto seja contaminado por aproveitadores e, por conseqüência, levado ao completo colapso.

Para tanto, necessário se faz separar o joio do trigo, diferenciando o que venha a ser uma real agressão a direitos imateriais, de simples fatos do cotidiano que causam, nada mais do que meros aborrecimentos. Não sendo demonstrado qualquer constrangimento mais grave com a prática de excessos é impossível falar em dano moral.

Neste sentido, decidiu o Desembargador gaúcho Tasso Caubi Soares Delabary, ao relatar os Embargos Infringentes nº 70021634811.

diferentemente da dramatização que o demandante tentou imprimir na inicial ao caso, não houve a alegada abordagem “*de maneira grosseira e agressiva*” (fl. 03). Igualmente, o segurança identificado no vídeo não intercepta a passagem do demandante esticando sua mão na direção do seu peito. Também em sentido oposto ao que é referido na exordial, não se identifica no vídeo o segurança examinando a sacola na frente dos demais consumidores.³⁸²

³⁸¹ PASSOS, Calmon J. J. O imoral nas indenizações por dano moral. In: *Dano moral e sua Quantificação*. Caxias do Sul: Plenum, 2007, 1 CD-ROM. ISBN 978-85-88512-18-4.

³⁸² Voto proferido pelo Desembargador Tasso Caubi Soares Delabary nos Embargos Infringentes nº 70021634811 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sendo sua ementa: EMBARGOS INFRINGENTES. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DISPARO DE ALARME ANTI-FURTO DE LOJA NA SAÍDA DO CONSUMIDOR. ABORDAGEM DOS FUNCIONÁRIOS. CÂMERAS DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE ATITUDES GROSSEIRAS OU DESELEGANTES POR PARTE DOS PREPOSTOS DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL. MERO DISSABOR CARACTERIZADO. DANO MORAL AFASTADO. Hipótese em que a prova dos autos, especialmente as gravações das câmeras de segurança, demonstram a inexistência de abordagem agressiva ou deselegante por parte dos prepostos da ré. Afóra isso, o simples fato de disparar o alarme anti-furto no momento da saída do consumidor da loja não é situação, por si só, para caracterizar dano moral. Situação em concreto que se amolda como mero dissabor, não suscetível de indenização. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS. POR MAIORIA DE VOTOS. (Embargos

O que se quer demonstrar é que pode ocorrer uma espécie de culpa exclusiva da vítima na qual ela mesma seja a fonte do dano moral. Passa-se do esboço de um mero aborrecimento para o desenho de uma agressão imaterial não pelo comportamento do ofensor, mas sim pela postura adotada pela vítima que infla a situação até desaguar no constrangimento.

No transcorrer deste Capítulo, será abordada a temática acerca da prova no dano moral³⁸³. Apesar disso é necessário destacar que, com a linha de pensamento ora sustentada, não se quer estabelecer a necessidade de produção probatória para configurar o agravo moral. O que se deseja é deixar claro que, antes de discutir a indenização, é necessário olhar os detalhes comportamentais, tanto no aspecto macro (social), como no micro (individual), evitando-se, com isso, que se incida a indenização por dano moral, onde, na verdade, somente há indícios de mero aborrecimento.

Esta dissimulação deve ser repelida com absoluta veemência para que o dano moral seja cristalizado perante os olhos da sociedade. Cumpre aos Tribunais³⁸⁴ e, principalmente, aos magistrados dedicar toda a atenção necessária para o retilíneo desenvolvimento da teoria em análise, livrando-a de todo e qualquer obstáculo que possa fazer com que ela descarrile dos trilhos da justiça e da ética.

4.5 AS FACES DO DANO MORAL

Feita a necessária separação entre o dano moral e o mero aborrecimento, isolando um do outro, parte-se agora para a análise do primeiro na sua forma pura. Até o presente momento, trouxe-se a idéia de que o titular, para uma provável ação de indenização por agressão imaterial, seria a pessoa que teve contra si direcionada a agressão. Porém, a zona de contato do dano moral não se restringe apenas a esta possibilidade. Ele configura-se muito mais

Infringentes Nº 70021634811, Quinto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 30/11/2007)

³⁸³ Vide tópico 5 do presente Capítulo.

³⁸⁴ Assim como ocorre nos Tribunais, o STJ já aponta no sentido de identificar e separar o mero aborrecimento do dano moral: DANO MORAL. ALARME FALSO. AUSÊNCIA DE TRATAMENTO ABUSIVO PELO SEGURANÇA DA LOJA COMO DESTACADO NO ACÓRDÃO. 1. SE SOA O ALARME E NÃO HÁ INDICAÇÃO DE QUE HOUVE TRATAMENTO ABUSIVO DE NENHUM EMPREGADO DA LOJA, NO CASO, O SEGURANÇA, SEQUER OBJETO DA QUEIXA DA AUTORA, NÃO SE PODE IDENTIFICAR A EXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO SUFICIENTE PARA DEFERIR O DANO MORAL. PARA QUE A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL SEJA PROCEDENTE É NECESSÁRIO QUE HAJA ALGUMA ATITUDE QUE EXPONHA O CONSUMIDOR A UMA SITUAÇÃO DE HUMILHAÇÃO, DE CONSTRANGIMENTO, QUE O ACÓRDÃO, NESTE FEITO, DESCARTOU POR INTEIRO. 2. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E DESPROVIDO. (STJ. T3 – TERCEIRA TURMA. RESP 658975 / RS - RECURSO ESPECIAL 2004/0050625-9. REL. MIN. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO. PUB. 29.11.2006)

amplo do que se pode imaginar, abrangendo pessoas outras que estejam vinculadas ao ofendido ou, até mesmo, à coletividade.

Quando se fala em direito do ofendido a ser indenizado em razão do ato praticado, estar-se-á diante do denominado dano moral direto, o que dispensa maiores comentários, até mesmo em razão da vasta abordagem que desenvolvida. Por sua vez, o tratamento ao instituo não se deve restringir apenas a este patamar. Há uma amplitude muito maior agregada ao agravo não-patrimonial, podendo-se falar em dano reflexo e dano coletivo, por exemplo.

4.5.1 Dano moral reflexo ou em ricochete³⁸⁵

Ao lado da agressão direta a direitos imateriais há o denominado dano reflexos ou, de acordo com a doutrina francesa, em ricochete³⁸⁶. O ato ilícito, a omissão ou o abuso de direito perpetrado possui a capacidade de atingir, de maneira reflexa, terceira pessoa que teve fulminado um direito não-patrimonial seu em razão elo existente com o alvo do sujeito ativo.

Considera-se como vítima direta da ação, omissão ou do abuso de direito, aqueles por ela atingidos frontalmente. São as pessoas que “sentem na pele” a agressão. Por sua vez, além dele, há outros que percebem as conseqüências de forma reflexa. O vínculo afetivo existente com o lesado direto é a base fundamental na defesa da moralidade, seja ela familiar ou pessoal.

A mais evidente comprovação desta agressão em ricochete encontra-se estampada nos casos de morte de filhos³⁸⁷. O ato ilícito praticado foi contra o *de cuius*, porém nada impede que os

³⁸⁵ Boa parte da doutrina considera o dano moral indireto como sinônimo do dano moral reflexo, ou em ricochete. Apesar da maciça aceitação, esta igualdade de significados não deve ser levada em consideração na análise deste conteúdo. Concorde-se com o posicionamento adotado por Rodolfo Pamplona Filho que separa o agravo imaterial indireto do reflexo.

Para ele, haverá prejuízo imaterial indireto quando há uma “lesão específica a um bem ou interesse de natureza patrimonial, mas que, de modo reflexo, produz um prejuízo na esfera extrapatrimonial” (PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O dano moral na relação de emprego*. 3. ed. amp. rev. atual. São Paulo: LTr, 2002, p. 75).

³⁸⁶ Caio Mário alude que: “a tese do dano reflexo, embora se caracterize como a repercussão do dano direto ou imediato, é reparável, “o que multiplica, dizem Malaurie e Aynès, os credores por indenização. Para que tenha lugar há que estabelecer condições adequadas, mas que a rigor são aproximadamente idênticas às exigidas para a reparação do dano principal. Cumpre observar, contudo, que no dano em ricochete há *duas vítimas e duas ações*, posto que fundadas em um só fato danoso. Não será estranhável que, independentemente da natureza material deste, possa o dano reflexo ser um dano moral ou um dano pecuniário, uma vez que o prejuízo da vítima reflexa pode ser de uma e de outra espécie” (Philippe Malaurie et Laurent Aunès, *droit civil, Lés Obligations*, nº 51, p. 50)” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 49).

³⁸⁷ Ao analisar o tema, Caio Mário, fundado no pensamento de Mazeaud sentencia que antes de saber se há a legitimidade para a propositura da ação de indenização é necessário saber se o dano é certo ou hipotético. “O caráter de certeza do dano é incontestável se o reclamante já era credor de alimentos do defunto ou ferido.” Isto porque, havendo qualquer mitigação à capacidade de sua fonte alimentar, ele terá mitigado a sua sobrevivência, tornando evidente o seu dano. Quando não há a vinculação alimentar, o autor assegura que a interpretação mais

seus genitores venham a pleitear diretamente ao poder judiciário indenização referente³⁸⁸. A legitimidade e o interesse para propor ação de reparação dos danos morais não podem ser restritos apenas ao sujeito passivo direto da ação, mas estende-se àqueles a ele vinculados por laços de afinidade realmente latentes.

Antônio Jeová dos Santos lembra que aquele que é titular dessa espécie de dano moral não pode ser considerado como terceiro, na medida em que ele apenas não foi alvo direto do ato praticado, mas teve direitos seus feridos. “A lesão da vítima ultrapassou ela própria e atingiu seus familiares.”³⁸⁹

Considera-se plausível a exigência para a configuração da agressão em ricochete que haja vinculação afetiva entre o titular deste direito e o sujeito passivo da agressão³⁹⁰. Se assim não fosse, estar-se-ia chancelando uma cadeia infinita de titulares de indenizações, pois bastaria que houvesse apenas uma singela ligação entre ambos para que o manto da legitimidade cobrisse-o.

Perfeitamente delimitados, em dois grupos distintos, estariam aqueles que tivessem direito ao ressarcimento do dano moral: o ordinário, do *entourage* doméstico da vítima, em favor de cujos membros militaria sempre a presunção *júris tantum* do dano, e o extraordinário, envolvendo tôdas as demais pessoas com direito a essa mesma ressarcibilidade e às quais caberia provar, convincentemente, em cada caso, o dano moral porventura sofrido e

correta a ser feita deve ser pelos trilhos da perda de uma chance, pois neste caso “o dano causado faz perder a “possibilidade de ser o demandante socorrido pelo defunto””. Nestes casos, deve o juiz verificar com maior cautela se tal em tal possibilidade estaria evidente a possibilidade de dano efetivo. (*Ibidem*, p. 49).

³⁸⁸ O art. 12 do Código Civil determina direitos pertencentes ao morto. Em seu parágrafo único o legislador civil concede a legitimidade aos ascendentes, descendentes, cônjuges e colaterais até o quarto grau a pleitearem indenizações para agressões contra direitos da personalidade da pessoa falecida. Este é um exemplo bastante evidente a aceitação da legislação brasileira do dano moral reflexo.

³⁸⁹ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 468.

³⁹⁰ PROCESSO CIVIL. CIVIL. RESPONSABILIDADE. ACIDENTE. DANOS MORAIS. SUSPENSÃO DO PROCESSO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SENTENÇA PROLATADA. DESNECESSIDADE. TRANSMISSIBILIDADE. DIREITO PATRIMONIAL. POSSIBILIDADE. CULPA CONCORRENTE. RESPONSABILIDADE. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. MORTE DE CÔNJUGE DO QUAL A AUTORA ERA SEPARADA DE FATO. DANO MORAL. IMPROCEDÊNCIA. I. A morte da autora, no curso do processo, com a instrução finda, não obsta a prolação da sentença. II. A ação por danos morais transmite-se aos herdeiros da autora, por se tratar de direito patrimonial. III. Culpa concorrente da vítima não exclui a responsabilidade da empresa pelo evento danoso, podendo, apenas, diminuir o quantum da indenização. IV. Justifica-se a indenização por dano moral quando há a presunção, em face da estreita vinculação existente entre a postulante e a vítima, de que o desaparecimento do ente querido tenha causado reflexos na assistência doméstica e significativos efeitos psicológicos e emocionais em detrimento da autora, ao se ver privada para sempre da companhia do de cujus. V. Tal suposição não acontece em relação ao cônjuge que era separado de fato do de cujus, habitava em endereço distinto, levando a acreditar que tanto um como outro buscavam a reconstituição de suas vidas individualmente, desfeitos os laços afetivos que antes os uniram. VI. Recurso especial conhecido em parte, e nessa parte, parcialmente provido. Dano moral indevido, pelas peculiaridades da espécie. (STJ. T4 – QUARTA TURMA. REsp 647562 / MG. RECURSO ESPECIAL 2004/0038692-5. REL. MIN. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR. PUB. 12.02.2007)

alegado.³⁹¹

Bastante temerosa a informação do advogado Enéas de Oliveira Matos quando transcreve opinativo do Tribunal de Alçada de Minas Gerais no sentido de que: “o interesse e a legitimidade para a ação de reparação de danos não estão restritos aos privilégios de parentesco ou relações de família, tendo-os todo aquele que, direta ou indiretamente, venha a sofrer prejuízo.”³⁹²

Caso seja considerada apenas a idéia de prejuízo, seria possível aceitar o pleito de indenização por danos morais reflexos ao diretor-executivo de uma grande empresa de São Paulo que teve o seu operador de máquinas no Ceará atropelado por um ônibus quando se dirigia para a praia num final de semana de sol. Para o empresário, houve prejuízo para ele, visto que demandará um certo espaço de tempo até que seja enviado, ou treinado, outro funcionário para substituir o falecido. Sendo assim, ele seria titular de uma ação de indenização.

O fato é que não se pode presumir a configuração do dano moral para toda e qualquer pessoa que possuía vínculos com a vítima. Certo que esta se faz evidente, em relação aos parentes sangüíneos e que sejam pertencentes ao núcleo familiar³⁹³. Porém em relação aos demais, como amigos, vizinhos ou terceiros, deve haver uma ponderação por parte do magistrado no sentido de identificar a existência de liame de afinidade entre eles.

O nosso Código Civil, lamentavelmente, nada dispôs a respeito. A regra do seu art. 948, II, entretanto, embora pertinente ao dano material, pode ser aplicada analogicamente para limitar a indenização pelo dano moral àqueles que estavam em estreita relação com a vítima, como o cônjuge, filhos e pais. A partir daí o dano moral só poderá ser pleiteado na falta daqueles familiares e dependerá de prova de convivência próxima e constante. Reforça esse entendimento o parágrafo único do art. 20.³⁹⁴

Ao enfrentar o tema, Sérgio Cavalieri Filho³⁹⁵ sugere a observância das normas constantes no Código Civil Português que, em seu art. 496, n. 2³⁹⁶, dispõe expressamente sobre a questão.

³⁹¹ SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 431.

³⁹² MATOS, Enéas de Oliveira. *Considerações sobre os danos morais reflexos*. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/textos/x/95/55/95/DN_consideracoes_sobre_os_danos_morais_reflexos.doc>. Acesso em: 27 dez. 2007.

³⁹³ Segundo o STJ: RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR MORTE. LEGITIMIDADE PARA PROPOR AÇÃO. NÚCLEO FAMILIAR. DANO MORAL CABÍVEL. Os danos morais causados ao núcleo familiar da vítima, dispensam provas. São presumíveis os prejuízos sofridos com a morte do parente. (STJ. T3 – TERCEIRA TURMA. REsp 437316 / MG - RECURSO ESPECIAL 2002/0059617-0. REL. MIN. HUMBERTO GOMES DE BARROS. PUB. 21.05.2007)

³⁹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade civil*. 6. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 109.

³⁹⁵ *Ibidem*, loc. cit.

³⁹⁶ ARTIGO 496º (Danos não patrimoniais) 1. Na fixação da indenização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.

Para os lusitanos em caso de morte da vítima, serão legitimados pra pleitear indenização por danos imateriais, respectivamente, ao cônjuge, em conjunto com os descendentes, aos pais ou outros ascendentes e, por fim, aos irmãos ou sobrinhos que representem o *de cujus*.

No direito brasileiro, apesar da inexistência de previsão legal expressa, é plenamente aceita a possibilidade do dano reflexo ou em ricochete, devendo-se apenas ponderar quanto à amplitude daqueles que possam ser considerados como titulares a pleitear a respectiva indenização.

4.5.2 O dano moral transmissível

Não se pode confundir, por sua vez, a possibilidade pela pessoa vinculada ao ofendido vir a pleitear indenização por dano moral com a possibilidade de transmissão desta ação. No primeiro caso, o legitimado a propor a demanda será diretamente o detentor do direito, enquanto, na segunda situação, o que há é a transmissão do direito de uma pessoa para o seu herdeiro em razão de sua morte, por exemplo.

No caso da transmissibilidade da indenização, é possível encontrar na doutrina três posicionamentos diferentes, sendo eles: aquele que rejeita por completo a possibilidade de transmitir ao herdeiro o direito a pleitear a indenização; o segundo que a aceita, desde que condicionada à interposição de ação judicial precedente ou declaração do falecido neste sentido; e a terceira, e última, acata a transmissibilidade plena.

Um dos principais defensores da primeira corrente era Wilson de Melo da Silva³⁹⁷. Segundo o autor, o dano moral possui um caráter eminentemente subjetivo, o que impossibilita a transferência, seja a que nível for - voluntária ou hereditária -, para terceiros. Já que este instituto visa proteger os direitos da personalidade, não haveria como ter ultratividade para além da morte do ofendido, findando-se juntamente com o falecimento da pessoa. Aqueles outros que possuíssem a ligação com o sujeito passivo, poderiam apenas pleitear a indenização em razão de agressão a direito que lhe pertence.

2. Por morte da vítima, o direito à indenização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último aos irmãos ou sobrinhos que os representem.

3. O montante da indenização será fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494º; no caso de morte, podem ser atendidos não só os danos não patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas com direito a indenização nos termos número anterior. (CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS. Disponível em: <<http://www.confap.pt/docs/codcivil.PDF>>. Acesso em: 28 dez. 2007).

³⁹⁷ SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

Ao lado desta teoria, caminha aquela que aceita a transmissibilidade condicionada à propositura da ação previamente ao falecimento do sujeito passivo do ato ou omissão ilícita, ou mediante sua declaração de vontade antecedente a este acontecimento. À semelhança da primeira linha de pensamento, ela também defende que o dano moral constitui proteção a direitos personalíssimos, o que lhe garante aderência ao seu titular. Assim, não pode uma pessoa estranha pleitear qualquer pedido em seu nome. A dor ou a lesão, por exemplo, são sentimentos íntimos e intransponíveis, somente podendo ser invocada por aquele que as sentem.

Por sua vez, ao ser oferecida a ação de indenização, ela assume o caráter patrimonial. O surgimento da lide demonstra que o ofendido reconhece que teve um direito agredido e parte em busca do valor que lhe é devido. Diante disso, desde que ajuizado o pleito, é completamente possível que haja a transmissibilidade deste para os herdeiros do sujeito passivo, caso esse venha a óbito no seu transcurso³⁹⁸.

O detalhe desta corrente é que, antecedente à possibilidade de transferência do direito à indenização, é necessária a instauração de processo. Caso o agredido não apresentasse a iniciativa de bater nas portas do Poder Judiciário, significaria que o ato praticado não representou qualquer ofensa a direito da personalidade seu – como, por exemplo, a honra –, ou que ele abriu mão desta faculdade que lhe competia.

Se a dor é algo íntimo, então, não há como o sucessor arbitrar o valor do pedido de forma

³⁹⁸ O Tribunal do Rio Grande do Sul é simpático a esta segunda corrente: “APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COMPRA E VENDA DE VEÍCULO ADULTERADO. APREENSÃO PELA POLÍCIA FEDERAL. RESCISÃO CONTRATUAL. O falecimento do requerente, no curso da demanda, não enseja o perecimento da pretensão de reparação a título de danos morais. Embora a indenização por dano moral seja de caráter personalíssimo e como tal não possa ser transferida, nem mesmo aos herdeiros, no caso de o autor haver exercido seu direito de reivindicação por reparação, em face de eventual dano extrapatrimonial sofrido, tal direito deixa de ser da esfera íntima da pessoa e passa a ter natureza patrimonial. Não há transferência do dano moral suportado pelo de cujus, todavia a indenização a que faria jus o postulante pode e deve ser repassada aos herdeiros. (...) Apelo do espólio provido. Voto vencido. Apelo do co-réu Vitalino Favaretto, desprovido, por maioria.” (Apelação Cível Nº 70017793779, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leo Lima, Julgado em 13/06/2007).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. FALECIMENTO DO AUTOR NO CURSO DA DEMANDA. TRANSMISSIBILIDADE AOS HERDEIROS. O falecimento do requerente, no curso da demanda, não enseja a extinção do pedido indenizatório de danos morais, por ilegitimidade ativa dos herdeiros. Tratando-se de pretensão reparatória de natureza patrimonial, transmite-se aos herdeiros. Precedentes. Aplicação do art. 515, § 3.º do CPC. RETENÇÃO DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA DO CORRENTISTA PARA COBERTURA DE DÉBITO DO CHEQUE ESPECIAL. INVIABILIDADE. INDENIZAÇÃO DEVIDA. Configura abuso e ilegalidade a cobertura de saldo devedor da conta corrente feita pela instituição financeira com créditos de natureza alimentar, consistente dos proventos de aposentadoria do correntista. Ausência de autorização ou consentimento à retenção dos proventos. Dano moral caracterizado. Quantum reparatório arbitrados segundo os critérios da razoabilidade. Apelo provido. (Apelação Cível Nº 70020292785, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Bayard Ney de Freitas Barcellos, Julgado em 21/11/2007).

exata ao tamanho do dano sentido. A partir da instauração da lide e, conseqüentemente, do valor constante na inicial, já estariam delimitadas as balizas fundamentais para o desenvolvimento de toda relação processual, o que daria total condição aos herdeiros de batalhar pelo deferimento deste pleito indenizatório.

Por fim, a última corrente aceita a transmissibilidade absoluta do dano moral.³⁹⁹ Há uma divisão entre o direito da personalidade e o direito à indenização. Enquanto o primeiro deve permanecer inerente à pessoa em razão da sua peculiar característica, o segundo tem o caráter meramente patrimonial, o que pode ser transmitido para os sucessores. “Em última análise, o direito indenizatório constitui um crédito que integra o conjunto de bens patrimoniais da vítima e pode, como os créditos em geral, ser cedido por ato entre vivos ou transmitido por morte do titular”⁴⁰⁰

Na realidade, o que há é a transmissão da indenização correspondente e não do próprio dano moral que, como já dito, é personalíssimo⁴⁰¹. A agressão consumada não se extingue com a morte. Ela continua latente no seio da sociedade. A obrigação de indenizar nasce no mesmo momento em que é perpetrado o ato, a omissão ou o abuso de direito contra o sujeito passivo. “Neste mesmo momento, também o correlativo direto a indenização, que tem natureza patrimonial, passa a integrar o patrimônio da vítima e, assim, se transmite aos herdeiros dos

³⁹⁹ ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DISPOSITIVOS DA LEI MAIOR. EXAME EM RECURSO ESPECIAL. INADMISSIBILIDADE. ERRO MÉDICO. PRAZO PRESCRICIONAL. TERMO A QUO. MOMENTO DA CIÊNCIA DA IRREVERSIBILIDADE DO DANO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. CARÁTER PATRIMONIAL. TRANSMISSÃO AOS SUCESSORES. POSSIBILIDADE. ALEGADA AUSÊNCIA DE CULPA OU DOLO E NEXO CAUSAL. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO. 1. O recurso especial não é sede adequada para a análise de violação de dispositivo constitucional, por competir ao Pretório Excelso tal exame (art. 102, III, da CF). 2. No caso de responsabilidade civil do Estado em virtude de erro médico, o prazo prescricional de cinco anos previsto no Decreto nº 20.910/32 começa a fluir a partir do momento em que a vítima tenha ciência da irreversibilidade do dano. Precedentes. Inexistência de prescrição. 3. A tese relativa à prescrição intercorrente não foi examinada pela Corte de origem. Falta de pré-questionamento. Incidência da Súmula 211/STJ. 4. As ações de indenização por dano moral têm caráter patrimonial. Assim, certo é que os herdeiros podem substituir a parte que porventura venha a falecer no curso do processo. Precedentes. 5. Para se verificar a alegada ausência de demonstração da conduta dolosa ou culposa dos agentes públicos, do dano e do nexo causal, faz-se necessário o reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. 6. Não foram cumpridas as formalidades exigidas pelos artigos 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255 do RISTJ. Ausência de semelhança fática entre os acórdãos confrontados. Dissídio jurisprudencial não configurado. 7. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (STJ. T2 – SEGUNDA TURMA. REsp 863457 / RJ - RECURSO ESPECIAL 2006/0149457-2. REL. MIN. CASTRO MEIRA. PUB. 11.09.2007).

⁴⁰⁰ 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, p. 111.

⁴⁰¹ A norma civil é expressa em seu art. 11 quanto a intransmissibilidade dos direitos da personalidade. O direito é agregado a própria pessoa. Quando o art. 20 concede o direito aos herdeiros e cônjuges de pleitear danos morais em razão de agressão a direitos personalíssimos do *de cujus* quis o legislador manter íntegro tais direitos contra agressões feitas após a morte da pessoa. Sendo assim não se pode confundir a transmissibilidade da indenização – e não do dano moral – com a possibilidade de pleitear dano moral reflexo em razão de atitudes contra, por exemplo, a imagem do falecido.

titulares da indenização”⁴⁰²

Neste mesmo sentido, José Aguiar Dias⁴⁰³ assegura que a ação de indenização é passível de transmissão àqueles compreendidos na cadeia sucessória da vítima, como ocorre com qualquer outra ação com esta qualidade já que a fonte da ação não interferirá na sua qualidade.

O direito à indenização por dano moral ingressa no universo do ofendido a partir da agressão por ele sofrida, sendo, perfeitamente transmissível aos seus sucessores. A questão a ser feita é se o ofendido antes de vir a falecer foi atingido pelo ato danoso. Sendo positiva a resposta, não há porque tornar esta indenização intransmissível aos herdeiros. Resta, portanto, necessária apenas a identificação da real existência da agressão.

4.5.3 Dano moral coletivo

O modelo liberal ao qual foi conduzido o capitalismo moderno acabou por gerar uma sociedade de massa onde o coletivo passou a ter grande valor diante das relações jurídicas⁴⁰⁴. Para que haja a proteção efetiva e a garantia da universalização dos direitos do cidadão é necessário dar destaque, também, para as ações de natureza coletiva⁴⁰⁵.

O Direito não poderia se eximir de observar e indicar meios hábeis para regulamentar esta modificação de pensamento. Sendo assim, hoje, prevalece o fenômeno da socialização do direito que, resulta na insofismável primazia do coletivo sobre individual.

É necessário, portanto, “superar o rígido dualismo entre Estado e indivíduo” atuando-se para obter a relativização da “oposição entre o interesse individual privado e o interesse público.” Isso ocorre principalmente porque a “tradicional dicotomia *público-privado*” não subsiste às realidades de uma “sociedade de massa”, que, por, suas relações, provoca situações de “litígios ou litigiosidade de massa” forçando o “alargamento e invocação de novos instrumentos, novos conceitos e novas estruturas” para atender às novas conformações exigidas e oferecer uma tutela adequada às novas situações

⁴⁰² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. rev. aum. atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 112.

⁴⁰³ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 10. ed. rev. atual. vol II. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

⁴⁰⁴ Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. asseguram a necessidade de conceder uma atenção maior ao processo coletivo, pois, seria ele um mecanismo de grande valia para as questões que ultrapassam o direito individual, preservando os interesses da sociedade e da comunidade. (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. vol. IV. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 35).

⁴⁰⁵ O Código de Defesa do Consumidor é um bom exemplo a ser salientado quando se fala em proteção coletiva. O CDC estabeleceu os parâmetros legais de direito difuso, coletivo e individual homogêneo além de criar um microsistema processual para as ações coletivas.

de direito⁴⁰⁶.

Atualmente, não é possível pensar apenas sob o viés individualista. A aplicação dos institutos em seu âmbito coletivo é uma necessidade da sociedade moderna. Para compreender a defesa dos interesses transindividuais, é necessário observar que a coletividade é sujeito de direito independente das pessoas que a compõem. Este conjunto de indivíduos possui a sua dimensão ética que se desatrela dos valores referentes a cada um. “Os valores coletivos, pois, dizem respeito à comunidade como um todo, independente de suas partes. Trata-se, destarte, de valores do corpo, valores esses que não se confundem com os de cada pessoa, de cada célula, de cada elemento da coletividade”⁴⁰⁷.

Os sujeitos passivos tutelados pelo direito subjetivo são indeterminados e indetermináveis, pois a lesão atinge simultaneamente o particular e a generalidade. É possível afirmar que os direitos coletivos em seu caráter *lato* é o gênero dos quais se encontra como espécies os direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos.

O elo entre as pessoas lesionadas, difusamente consideradas, e o obrigado a reparar são os fatos. Leva-se em consideração o critério objetivo. Ademais, o bem jurídico tutelado é indivisível, ou seja, atinge e pertence a todos indistintamente.

Em relação aos direitos coletivos *stricto sensu*, é necessário ter em mente que, apesar do sujeito ativo ser indeterminado, ele é facilmente determinável ao analisar o direito em voga. O vínculo entre o lesionado e o causador do dano tem um critério subjetivo, ou seja, os liames jurídicos basilares ocorrem quando há um conector entre os titulares precedentes. O objeto ou bem jurídico passivo de proteção tem que ser indivisível⁴⁰⁸, ou seja, ao contrário do que ocorre com as relações individuais, ele não deve pertencer a nenhum titular de forma independente, mas sim a todos aqueles que se encontram vinculados ao fato.

No que tange aos direitos individuais homogêneos, os lesionados serão sempre determinados, sendo o objeto divisível. A fonte do dano é comum, porém a sua abrangência atinge pessoas determinadas, o que assegura que o resultado da agressão é diverso para cada um.⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. vol. IV. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 32.

⁴⁰⁷ *Ibidem*, p. 50.

⁴⁰⁸ Há de se registrar, desde logo, que é a divisibilidade do objeto que vai distinguir os direitos coletivos *stricto sensu* dos direitos individuais homogêneos, da mesma forma que a determinabilidade do sujeito ativo que difere os interesses difusos dos coletivos *stricto sensu*.

⁴⁰⁹ Segundo Fredie Didier Jr. E Hermes Zanetti Jr., Tal categoria de direitos representa uma ficção criada pelo direito positivo brasileiro com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva (molecular) de direitos individuais com dimensão coletiva (em massa). Sem essa expressa previsão legal, a possibilidade de

Ressalte-se que a ação coletiva⁴¹⁰ por violação de direitos individuais homogêneos pode ser um instrumento eficaz no sentido de coibir abusos, mormente em casos de lesões individuais de pequena monta. Individualmente, as ações seriam inviáveis por causa do valor irrisório, entretanto coletivamente pode dar efetividade aos direitos dos agredidos, assim como punir o sujeito ativo.

Portanto, é possível afirmar que há viabilidade para a inserção no ordenamento jurídico brasileiro do dano moral coletivo⁴¹¹. Dentre aqueles que aceitam a aplicabilidade da indenização por essa espécie de lesão metaindividual, encontra-se Carlos Alberto Bitar Filho, para quem:

Dano moral coletivo é a injusta lesão a esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico; quer dizer isso, em última instância, que se feriu a própria cultura em seu aspecto imaterial. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova de culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*)⁴¹².

Apesar do reconhecimento doutrinário acerca da tese esposada, o STJ, inicialmente, apresentou-se contrário a sua aceitabilidade. No Resp nº 598.281/MG, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, o Ministro Teori Albino Zavascki sustentou a necessidade da vinculação da lesão à figura da pessoa, jurídica ou coletiva, individual⁴¹³. Segundo ele não é possível

defesa coletiva dos direitos individuais estaria vedada. (DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. vol. IV. Salvador: JusPODIVM, 2007, p.76).

⁴¹⁰ Alerta Caio Mário da Silva Pereira que “no particular da responsabilidade civil é preciso não confundir o prejuízo coletivo que “atinge um número indeterminado de indivíduos” com o “exercício coletivo” da ação de indenização de prejuízo individuais, em derrogação da regra, segundo a qual ninguém pode pleitear direito por outrem (*nul ne plaide par procureur*)” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 51).

⁴¹¹ O dano moral coletivo encontra amparo legal no CDC, art. 6º e na Lei 7.347/85, art.1º onde é possível encontrar as seguintes determinações, respectivamente: CDC, art.6º - São direitos básicos do consumidor: (...) VI – a efetiva proteção a reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vista à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

Lei 7.347/85, art.1º - Regem-se, pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I – ao meio ambiente. II – ao consumidor; III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V – por infração da ordem econômica.

⁴¹² BITTAR FILHO, Carlos Alberto. O dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, 1994, v.12, p. 55.

⁴¹³ Ementa do Resp 598.281/MG: “processual civil. ação civil pública. dano ambiental. dano moral coletivo. necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual. incompatibilidade com a noção de transindividualidade (indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação). recurso especial improvido”. (STJ. T1 – PRIMEIRA TURMA. RESP 598281/MG – RECURSO ESPECIAL 2003/0178629-9. REL. MIN. LUIZ FUX. PUB. 02.05.2006).

adequar a idéia de transindividualidade para a lesão, pois esta se relaciona diretamente com a dor ou outro sofrimento psíquico negativo, o que, por sua vez, é inerente apenas à pessoa de forma individual e não quando este está inserido num determinado agrupamento.

Observando o pensamento do Ministro Teori Albino Zavascki encontra-se um erro no seu âmago, pois, ao vincular o agravo moral à dor, ao sofrimento psíquico, o relator confunde o dano com seu resultado, com as conseqüências que podem advir da lesão⁴¹⁴. O abalo extrapatrimonial ocorre no momento em que há uma lesão a um determinado grupo de direitos coletivamente aceitos e reconhecido⁴¹⁵.

⁴¹⁴ Conforme já abordado no transcórpor desta obra, a doutrina mais moderna caracteriza a dor como sendo uma conseqüência do dano moral. O sentimento negativo decorre do dano, afastando-o do seu núcleo conceitual central. Nesse sentido André Gustavo de Andrade: “o dano moral, dentro dessa concepção, é caracterizado pela ofensa a uma dada categoria de interesses ou direitos – os quais, comumente, provocam conseqüências, efeitos ou resultados que parte da doutrina confunde com o próprio dano”. (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, p. 41).

⁴¹⁵ Civil e processo civil. Recurso especial. Ação civil pública proposta pelo PROCON e pelo Estado de São Paulo. Anticoncepcional Microvlar. Acontecimentos que se notabilizaram como o 'caso das pílulas de farinha'. Cartelas de comprimidos sem princípio ativo, utilizadas para teste de maquinário, que acabaram atingindo consumidoras e não impediram a gravidez indesejada. Pedido de condenação genérica, permitindo futura liquidação individual por parte das consumidoras lesadas. Discussão vinculada à necessidade de respeito à segurança do consumidor, ao direito de informação e à compensação pelos danos morais sofridos. - Nos termos de precedentes, associações possuem legitimidade ativa para propositura de ação relativa a direitos individuais homogêneos. - Como o mesmo fato pode ensejar ofensa tanto a direitos difusos, quanto a coletivos e individuais, dependendo apenas da ótica com que se examina a questão, não há qualquer estranheza em se ter uma ação civil pública concomitante com ações individuais, quando perfeitamente delimitadas as matérias cognitivas em cada hipótese. - A ação civil pública demanda atividade probatória congruente com a discussão que ela veicula; na presente hipótese, analisou-se a colocação ou não das consumidoras em risco e responsabilidade decorrente do desrespeito ao dever de informação. - Quanto às circunstâncias que envolvem a hipótese, o TJ/SP entendeu que não houve descarte eficaz do produto-teste, de forma que a empresa permitiu, de algum modo, que tais pílulas atingissem as consumidoras. Quanto a esse 'modo', verificou-se que a empresa não mantinha o mínimo controle sobre pelo menos quatro aspectos essenciais de sua atividade produtiva, quais sejam: a) sobre os funcionários, pois a estes era permitido entrar e sair da fábrica com o que bem entendessem; b) sobre o setor de descarga de produtos usados e/ou inservíveis, pois há depoimentos no sentido de que era possível encontrar medicamentos no 'lixão' da empresa; c) sobre o transporte dos resíduos; e d) sobre a incineração dos resíduos. E isso aconteceu no mesmo instante em que a empresa se dedicava a manufaturar produto com potencialidade extremamente lesiva aos consumidores. - Em nada socorre a empresa, assim, a alegação de que, até hoje, não foi possível verificar exatamente de que forma as pílulas-teste chegaram às mãos das consumidoras. O panorama fático adotado pelo acórdão recorrido mostra que tal demonstração talvez seja mesmo impossível, porque eram tantos e tão graves os erros e descuidos na linha de produção e descarte de medicamentos, que não seria hipótese infundada afirmar-se que os placebos atingiram as consumidoras de diversas formas ao mesmo tempo. - A responsabilidade da fornecedora não está condicionada à introdução consciente e voluntária do produto lesivo no mercado consumidor. Tal idéia fomentaria uma terrível discrepância entre o nível dos riscos assumidos pela empresa em sua atividade comercial e o padrão de cuidados que a fornecedora deve ser obrigada a manter. Na hipótese, o objeto da lide é delimitar a responsabilidade da empresa quanto à falta de cuidados eficazes para garantir que, uma vez tendo produzido manufatura perigosa, tal produto fosse afastado das consumidoras. - A alegada culpa exclusiva dos farmacêuticos na comercialização dos placebos parte de premissa fática que é inadmissível e que, de qualquer modo, não teria o alcance desejado no sentido de excluir totalmente a responsabilidade do fornecedor. - A empresa fornecedora descumpre o dever de informação quando deixa de divulgar, imediatamente, notícia sobre riscos envolvendo seu produto, em face de juízo de valor a respeito da conveniência, para sua própria imagem, da divulgação ou não do problema. Ocorreu, no caso, uma curiosa inversão da relação entre interesses das consumidoras e interesses da fornecedora: esta alega ser lícito causar danos por falta, ou seja, permitir que as consumidoras sejam lesionadas na hipótese de existir uma pretensa

Malgrado toda a oposição que tem encontrado, o movimento renovador, com a força da água que rompe o dique, segue o seu curso - e deve mesmo segui-lo -, sendo sempre guiado pelo coletivo. Trata-se da coletivização ou socialização do Direito, movimento que, característico dos novos tempos, se coloca em posição diametralmente oposta à dos pandectistas do século passado, que tanto se deixaram envolver pelo raciocínio puramente lógico e abstrato, tornando absolutamente exangue o mundo jurídico⁴¹⁶.

É inegável que a sua evolução possibilitou ultrapassar o âmbito individual para assegurar o dano extrapatrimonial à coletividade. Sendo assim, é evidente a possibilidade de agressão por direito moral a um determinado grupo de pessoas na medida em que um ato ilícito que atinge toda a sociedade configura-se como “o produto da ação que toma de assalto a própria cultura, em sua faceta imaterial”⁴¹⁷.

Seja ele observado diante de direitos difusos, constante no art. 81, I do CDC, de interesses coletivos, esculpidos no inciso II do mesmo diploma normativo, ou a transindividuais, o fato é que poderá ser imputada a responsabilidade com o respectivo pagamento de indenização para aquele considerado como sujeito ativo do ato ilícito⁴¹⁸. A partir da socialização do direito – inclusive com o Direito Civil –, o coletivo sobrepõe ao individual, o que demonstra a solidificação insofismável do dano moral coletivo.⁴¹⁹

dúvida sobre um risco real que posteriormente se concretiza, e não ser lícito agir por excesso, ou seja, tomar medidas de precaução ao primeiro sinal de risco. - O dever de compensar danos morais, na hipótese, não fica afastado com a alegação de que a gravidez resultante da ineficácia do anticoncepcional trouxe, necessariamente, sentimentos positivos pelo surgimento de uma nova vida, porque o objeto dos autos não é discutir o dom da maternidade. Ao contrário, o produto em questão é um anticoncepcional, cuja única utilidade é a de evitar uma gravidez. A mulher que toma tal medicamento tem a intenção de utilizá-lo como meio a possibilitar sua escolha quanto ao momento de ter filhos, e a falha do remédio, ao frustrar a opção da mulher, dá ensejo à obrigação de compensação pelos danos morais, em liquidação posterior. Recurso especial não conhecido. (STJ. T3-TERCEIRA TURMA. RESP. 866636/SP – RECURSO ESPECIAL 2006/0104393-4. REL. MIN. NANCY ANDRIGHI. PUB. 06.12.2007).

⁴¹⁶ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. O dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, 1994, v.12, p. 57.

⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 62.

⁴¹⁸ Exemplos de danos morais coletivos podem ser encontrados em ações envolvem o meio ambiente. Segundo o art. 225 da Constituição Federal de 1988 todos possuem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que o configura como um direito difuso e coletivo. “A definição doutrinária do dano moral na seara ambiental, corroborando, é o sofrimento, a dor, o desgosto do ser humano; só que este se faz como um sofrimento de várias pessoas dispersas em certa coletividade, ou grupo social (dor difusa ou coletiva), em vista de certo dano ao patrimônio ambiental. Como por exemplo, quando acontecem estragos aos ecossistemas, ou a algumas árvores, assim como qualquer tipo de poluição que cause lesão à saúde da população, supressão de matas na área urbana; que gerem impactos nos sentimentos de uma comunidade ou grupo da região atingida” (SILVEIRA, Anarita Araújo da; CARDOSO, Janaína da Silva. Consagração do dano moral ambiental – castigo duplicado ao poluidor. In: Dano Moral e sua Quantificação. Caxias do Sul: Plenum, 2007, 1 CD-ROM. ISBN 978-85-88512-18-4).

⁴¹⁹ Para Ibraim José das Mercês Rocha, “essas diversas manifestações de desconformidade e impossibilidade muitas vezes da tutela dos interesses de uma coletividade em juízo, vão forçar o Direito a buscar cada vez mais novos paradigmas que reúnam condições para a compreensão da multifacetada realidade de uma sociedade em desenvolvimento, absorvendo e adaptando os seus mecanismos de controle, mediante a flexibilização dos modelos normativos mais bem conectados aos diversos padrões de organização social, e que melhor possam controlar, prever e “desarmar” os conflitos intersubjetivos e intergrupais. Em termos de Teoria da Sociedade: a necessidade de inclusão destes novos interesses dentro do sistema jurídico” (ROCHA, Ibraim José das Mercês.

A possibilidade de tutela do "interesse coletivo" na preservação dos bens em perigo, caso exista, necessariamente se fará sentir de modo uniforme com relação à totalidade dos interessados. Com efeito, não se concebe que o resultado seja favorável a alguns e desfavorável a outros. Ou se preserva o bem, e todos os interessados são vitoriosos; ou não se preserva, e todos saem vencidos".⁴²⁰

É evidente que, à semelhança do que ocorre com o individual, no dano moral coletivo faz-se menção a uma agressão perpetrada contra o patrimônio valorativo idealmente considerado de uma determinada comunidade (valores éticos e culturais, por exemplo). Tal lesão, por sua vez, também se apresenta absolutamente injustificado e de complexa demonstração, não havendo razão para se cogitar acerca da necessidade de prova de culpa.

A relação jurídica decorrente do ato ilícito, da omissão ou do abuso de direito tem como sujeito ativo a coletividade lesada e, conseqüentemente, detentora do direito à reparação que, diante do sujeito ativo, pleiteia uma reparação sob o manto das teorias pertencentes ao instituto da responsabilidade civil. Assim, conclui-se que o dano moral coletivo apresenta-se como sendo a injusta lesão configurada no plano moral de uma comunidade específica. Em outras palavras: ele é um escudo destinado a proteger a violação a um determinado círculo de valores coletivos.

Seja em razão coletividade ou no âmbito individual, o prejuízo imaterial apresenta grandes dificuldades no que se refere a sua comprovação. Bastante dificultosa é a exigência de demonstração efetiva do dano sofrido, o que demanda uma análise bastante peculiar dos seus contornos.

4.6 A PROVA NO DANO MORAL

No transcorrer da análise, firmou-se o entendimento segundo o qual o dano moral decorre de uma agressão a direitos personalíssimos que podem, ou não, causar algum sentimento negativo no sujeito passivo. Ao contrário do que ocorre com a agressão material, que tem sua amplitude bem delimitada, o extrapatrimonial apresenta uma trilha bastante tortuosa quando se refere à prova de sua ocorrência.

Quando alguém quebra um vaso decorativo de plantas de um terceiro, encontra-se compelido

Interesses metaindividuais à luz dos conceitos da teoria da sociedade de Niklas Luhmann. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 42, jun. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=817>>. Acesso em: 28 dez. 2007).

⁴²⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. (coord.). *Temas de Direito Processual* (Terceira Série). São Paulo: Saraiva, 1984, p.196.

a restituir tal objeto, ou o valor necessário para aquisição de outro igual. Este exemplo demonstra a forma mais simples de configuração do dano patrimonial. Ao ofensor é imposta a obrigação de reconstruir o *status quo ante* da vítima, fundamentando-se em parâmetros retirados a partir do bem ora ofendido.

Já no caso do agravo a direitos personalíssimo inexistem provas do dano que se apresentem de forma tão inconteste. Em razão do forte subjetivismo, não há como adentrar nesta amplitude para avaliar os prejuízos por ele experimentado e, em seguida, anexar aos autos. Não há nota fiscal que impute o valor a uma depressão profunda, ou a uma tristeza arrebatadora.

Sendo assim, como poderá se posicionar o magistrado diante da problemática se a ele não foram lhe foram conferidas as peças probatórias necessárias para a configuração do dano? Seria então, a agressão moral, uma mera especulação?

Provar algo é convencer um terceiro de que a afirmação feita é acobertada pela verdade. Este encargo, quando se fala de processo⁴²¹, é direcionado ao juiz⁴²², pois cabe às partes tentar convencê-lo das suas alegações.⁴²³ Porém, vale lembrar que o vocábulo “prova” pode ser relacionado a diversos significados, porém, “comumente, a definição de prova vem ligada à idéia de reconstrução (pesquisa) de um fato que é demonstrado ao magistrado, capacitando-o a ter “certeza” sobre os eventos ocorridos e permitindo-lhe exercer sua função.”⁴²⁴.

⁴²¹ Compulsando os ensinamento de Alexandre Câmara, é possível encontrar o posicionamento segundo o qual a prova é um instituto de matéria processual, mas que “o Código Civil de 2002, todavia, trouxe um título dedicado a regulamentar o direito probatório (arts. 212 a 232). O Código Civil é criticável por diversas razões, entre as quais não distinguir entre a prova e a forma dos atos jurídicos (sendo certo que o Código Civil de 1916 fazia expressamente a distinção). Há porém, no Código de 2002 disposições que, não obstante postas no título “da prova” tratam da forma do ato jurídico, como por exemplo os parágrafos do art. 215, que tratam dos requisitos formais da escritura pública. Mis criticável do que isso, todavia, é a própria inclusão de regras sobre prova no Código Civil. Ainda que se admita a idéia de que a prova é instituto de natureza mista, com aspectos processuais e substanciais, é o Código de Processo Civil a sede adequada de sua regulamentação.”(CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 10 ed. rev. atual. vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 395).

⁴²² Segundo Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: “É imperativo convir que não é objetivo concreto do juiz *encontrar* a verdade (absoluta) no processo. Conquanto possa essa meta continuar como elemento mítico – e objetivo utópico – da atividade jurisdicional (mesmo para que se possa assegurar a qualidade da pesquisa efetivada pelo magistrado e, conseqüentemente, do resultado obtido), não se pode acreditar que, concretamente, esse ideal seja realizado no processo ou mesmo que ele a isso se destina” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de conhecimento*. 4. ed. rev. atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 254).

⁴²³ As provas têm como objeto fatos em que se baseia a ação ou a defesa, conforme determina o art. 332 do CPC, geralmente sobre fatos controvertidos. Por sua vez, a própria lei fomenta situações nas quais o juiz pode determinar a produção de provas de fatos considerados incontroversos – quando envolve direitos indisponíveis. Haverá dispensa de produção probatória em relação aos fatos notórios, bem como os confessados, no caso de direitos disponíveis. Fala-se em quatro momentos durante a produção de provas: o primeiro refere-se à indicação, que pode ser específica ou genérica. O segundo é o da admissão – que ocorre quando o magistrado a defere – seguido da produção – momento em que a prova é apresentada em juízo, como por exemplo a oitiva do depoimento da testemunha - e o da avaliação – que ocorre durante a sentença quando o juiz acolhe ou rejeita o pedido do autor a partir da sua prova.

⁴²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *op. cit.*, p. 259.

Sem a produção probatória, certamente, o indivíduo que fosse exposto à violação de direitos pelos terceiros não poderia pedir proteção jurisdicional ao Estado que, por não ter meios de auferir a veracidade das afirmações, estaria de mãos atadas diante do pleito da sociedade. A administração dos elementos destinados a provar algo é a arte desenvolvida tanto por advogados como pelos magistrados. Antônio Jeová dos Santos lembra que: “enquanto o Poder Executivo age para o presente, administrando, e o Legislativo atua visando o futuro, ao dispor sobre normas abstratas, o juiz age como se fosse um historiador, reconstruindo os fatos a partir das provas que lhe são apresentadas.”⁴²⁵

No sistema normativo brasileiro, ao juiz possui liberdade para construir o seu convencimento, desde que tenha como lastro os elementos constantes nos autos. Fundamentado no brocardo latino *quod non est in acti no est in mundo*, o magistrado formulará seu posicionamento a partir dos elementos trazidos pelas partes para o processo. Este sistema adotado pelo Código de Processo Civil é denominado de Livre Convencimento, ou persuasão racional ou livre convencimento motivado. “A prova possui dois tipos de destinatários: um destinatário direto, o Estado-juiz e destinatários indiretos, as partes. A prova, uma vez levada aos autos, pertence a todos, isto é, pertence ao processo, não sendo de nenhuma das partes.”⁴²⁶

Afirma-se que a regra do ônus da prova se destina a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre como os fatos e passaram. Nesse sentido, a regra do ônus da prova é um indicativo para o juiz se livrar do estado de dúvida e, assim, definir o mérito. Tal dúvida deve ser paga pela parte que tem o ônus da prova. Se a dúvida paira sobre o fato constitutivo, essa deve ser suportada pelo autor, ocorrendo o contrário em relação aos demais fatos.⁴²⁷

A transformação contínua das relações sociais também afeta a forma como devem ser encaradas as normas procedimentais. Sendo assim, o aprisionamento à letra fria da lei pode afastar a realidade fática do processo. Há outras situações nas quais torna-se extremamente complicada a produção do conjunto probatório. Como ao juiz incumbe se convencer de algo que está no patamar do direito material, não seria possível impor-lhe um posicionamento uniforme diante de inúmeras situações cotidianas. O que se almeja é eliminar a manutenção de vacilações. O processo investigativo deve ser contínuo.

As situações que envolvem dano moral estão, na sua maioria, ajustadas nesta hipótese. Provar

⁴²⁵ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 513.

⁴²⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 10. ed. rev. atual. vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 402.

⁴²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de conhecimento*. 4. ed. rev. atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 264.

diretamente a existência de um menoscabo psicológico pode ser muito complexo e dificultoso. Desta forma, é concedido ao juiz a possibilidade de, a partir da prova de determinado acontecimento “x”, configurar o fato “y” como ocorrido.

Rodolfo Pamplona Filho⁴²⁸, fundamentado nos ensinamentos de Wladimir Valler, lembra que em matéria de prova há divergências doutrinárias e jurisprudenciais que podem ser divididas em três correntes distintas: a primeira que suscita a necessidade da atividade probatória, assim como ocorre com o dano patrimonial; a segunda sustenta e tese denominada *in res ipsa* segundo a qual o dano moral não precisa ser provado, sendo presumido pelo comportamento do agente; por fim, a terceira corrente que é denominada de intermediária que se sustenta sobre a presunção formada na mente do Juiz, ou seja, ele, na condição de homem, extrai dos fatos da causa a idéia de ocorrência ou não do acontecimento.

Em razão do forte subjetivismo característico do dano moral, torna-se inviável a defesa da possibilidade de comprovação do efetivo agravo. Portanto, não seria errado afirmar que um instrumento bastante útil nesta complexa tarefa de provar o dano moral é a utilização das regras de experiência⁴²⁹. Partindo-se da contínua observação de fatos outros que se assemelharam na mesma relação de causa e efeito, surge a estrutura para a consolidação do pensamento acerca da configuração da agressão imaterial. “O dano moral, salvo casos especiais, como o de inadimplemento contratual, por exemplo, em que se faz mister a prova da perturbação da esfera anímica do lesado, dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade e existe *in re ipsa*.”⁴³⁰

Portanto, realizado o ato danoso extrapatrimonial, o sujeito passivo não terá sobre si o ônus probatório. Ela pode ser presumida a partir do comportamento adotado pelo agressor.⁴³¹ Já

⁴²⁸ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O dano moral na relação de emprego*. 3. ed. amp. rev. atual. São Paulo: LTr, 2002, p. 168.

⁴²⁹ Não se pode confundir regras da experiência com os fatos notórios. No que tange ao dano moral, não é possível afirmar que haja um fato notório. O que mais se aproxima do desejado é a concretização da regra da experiência. Uma se diferencia da outra no momento em que o fato notório é um acontecimento que várias pessoas coadunam acerca da sua existência, enquanto que a regra da experiência é uma maneira de se observar vários acontecimento semelhantes para a partir daí chegar numa conclusão. Isso implica em dizer que nesta, o que se repete são os fatos, enquanto que naquela são os observadores.

⁴³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 570.

⁴³¹ Ramon Daniel Pizarro lembra que há doutrinadores que dividem a produção probatória de acordo com a fonte do dano. Há aqueles que se originam de ato ilícito – ou aquiliano – e o decorrente de descumprimento contratual – obrigacional. “*En el primer supuesto, acreditada la acción lesiva contra um derecho de la personalidad, el daño moral debería tenerse por acreditado in re ipsa, correspondiendo la prueba en contrario al sindicado como responsable.*

En la responsabilidad contractual – obligacional -, en cambio, el daño moral no se presumiría, exigiéndose una prueba clara y categórica, cuya carga pesaría sobre el accionante.”

que é vinculado à incolumidade dos direitos da personalidade do ofendido, a prova direta do agravo moral apresenta-se impossível do ponto de vista processual. A partir de situações pontuais o juiz poderá lançar mão de presunções e indícios para identificar com certa exatidão a configuração do dano moral. O prejuízo extrapatrimonial é apodíctico.

A situação fática em que o ato danoso ocorreu integra a causa de pedir, cuja comprovação é ônus do autor da demanda. Esse fato, uma vez comprovado, será objeto de análise judicial quando à sua natural lesividade psicológica, segundo a experiência da vida, ou seja, daquilo que comumente ocorre em face do homem médio na vida social.⁴³²

O que se deve provar é a prática do ato⁴³³. Feito isso, torna-se dedutível que o prejuízo imaterial tenha ocorrido. Há uma presunção “*juris tantum*” da ocorrência dos danos morais⁴³⁴. Assim, provado o fato que desaguou no sofrimento impõe-se a condenação. Ninguém, por exemplo, numa situação normal, dirá que a perda do pai ou de um filho, não gera sofrimento, tanto físico como espiritual, ou que alguém que teve a perna ou um braço amputado não vá passar o resto da vida sofrendo por essa diminuição física.

Entendemos, todavia, que por ser tratar de algo imaterial ou ideal, a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para comprovação do dano material. Seria uma demasia, algo até impossível, exigir que a vítima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria ela como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase de irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais.⁴³⁵

Em tradução livre: No primeiro grupo, credita a ação lesiva contra um direito da personalidade, o dano moral deveria ser considerado *in re ipsa*, correspondendo a prova em contrário ao responsável.

Na responsabilidade contratual – obrigacional – em contrapartida, o dano moral não se presume, exigindo-se uma prova clara e categórica cuja carga pesaria sobre o acionante. (PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral: prevención / reparación / punición. El daño moral em las diversas ramas del derecho*. Buenos Aires: Hammulabi, 1996, p. 560).

⁴³² THEORODO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 4. ed. atual. e amp. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 99.

⁴³³ Neste sentido, posiciona-se o STJ: “Indenização de direito comum. dano moral. prova. juros moratórios. sumula n. 54 da corte. 1. não ha falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos intimos que o ensinam. provado assim o fato, impõe-se a condenação, sob pena de violação ao art. 334 do código de processo civil. 2. na forma da sumula n. 54 da corte, os juros moratórios nestes casos contam-se da data do evento. 3. recurso especial conhecido e provido, em parte.” (STJ. REsp 86271 / SP. RECURSO ESPECIAL 1996/0003800-7. T3- TERCEIRA TURMA. MIN. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO. PUB. 09.12.1997).

⁴³⁴ Antônio Jevoá dos Santos, citando Eduardo Couture, lembra que “compreendendo dificuldades inerentes a certas situações, como a quem tem dificuldade de elaborar certo tipo de prova, articula que para quem sofre esta dificuldade foi criada a “doutrina das chamadas *provas leviores* e sustentado que para o caso de prova muito difícil (*difficilioris probationis*) os juízes devem temperar o rigorismo do Direito a fim de que não se façam ilusórios os interesses legítimos” (SANTOS, Antônio Jevoá. *Dano moral indenizável*. 4. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 515).

⁴³⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. rev. aum. atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p.108.

Pra aflorar o direito à indenização basta apenas a demonstração do ato ilícito⁴³⁶. A oitiva de testemunhas, por exemplo, não se faz para saber se a pessoa sofreu ou não intimamente. O que se busca é evidenciar a amplitude do estrago do ato do sujeito ativo. Basta apenas a ofensa a honra subjetiva ou objetiva, nestes casos, para que possa emergir o direito à contraprestação. Ao juiz cabe analisar as circunstâncias do fato e as considerações morais atinentes à sociedade e à vítima para que possa ser estabelecido de forma objetiva e presumida o agravo na esfera subjetiva

Ramon Daniel Pizarro salienta que apesar da desnecessidade de produção probatória direta do dano moral, não se pode afirmar que ele seja absolutamente imune a este exercício.

*Debe tenerse presente que los indicios o presunciones constituyen un médio de prueba. Y que, por lo tanto, cuando se acude a ellos para demostrar, por vias indirectas, la existencia del perjuicio, se está realizando una actividad tipicamente probatoria. De allí nuestra convicción de que el daño moral siempre debe ser probado por quien pretende resarcimiento.*⁴³⁷

Quando se encara o prejuízo não-patrimonial a partir da ofensa a direitos da personalidade, estará configurada a agressão independente de qualquer reação psicológica por parte da vítima. Por sua vez, vale salientar que continua pulsante a necessidade de produção probatória dos demais elementos inerentes à responsabilidade civil. Por exemplo, o nexo causal existente entre o ato praticado e a situação em que se encontra o ofendido é necessário para a configuração real do dano moral.

Esta condição natural de ocorrência do dano imaterial em razão da prática de determinado ilícito é denominada de prova *in re ipsa*. Em outras palavras, significa que a configuração da agressão será feita imediatamente a partir da análise dos fatos na maneira como eles ocorreram. A mera limitação do bem-estar psicológico do agredido pode ser objeto de indenização.

O resultado que advém do dano moral é irrefutável vale per si dado o seu

⁴³⁶ Segundo jurisprudência do STJ: Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Indenização. Inscrição indevida. Dano moral. Súmula nº 182/STJ. 1. Provado o fato que gerou o dano, não se exige a prova da existência do prejuízo moral (REsp nº 595.355/MG, Terceira Turma, da minha relatoria, DJ de 11/4/05, e REsp 611.973/PB, Quarta Turma, Relator o Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ de 13/9/04). 2. "É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada" (Súmula nº 182/STJ). 3. Agravo regimental desprovido. (STJ. T3 – TERCEIRA TURMA. AgRg no Ag 670825 / SP AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2005/0053951-4. REL. MIN. CARLOS ALBERTO MENEZES BRITO. PUB. 10.09.2007).

⁴³⁷ Em tradução livre: Deve ter-se presente que os indícios ou presunções constituem um meio de prova. E que, portanto, quando se busca a eles para demonstrar, por vias indiretas, a existência do prejuízo, *se está realizado uma atividade tipicamente probatória*. Assim, nossa convicção é a de que o dano moral sempre deve ser provado por quem pretende ressarcimento. (PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral: prevención / reparación / punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho*. Buenos Aires: Hammulabi, 1996, p. 562).

caráter evidente. Por isso, a tranqüila afirmação de que as conseqüências espirituais do ilícito, ensejadoras do dano moral, são apodícticas. Porque vinculado à incolumidade espiritual do sujeito passivo, a prova direta da repercussão do dano moral em seu ânimo é impossível do ponto de vista naturalístico. Somente a partir de dadas situações objetivas e lançando mão, o juiz, das presunções e indícios é que poderá aferir, com segurança, a existência do dano moral. Pesa, aqui, a análise das circunstâncias que, segundo as regras da vida que são constatadas pela experiência comum, resulta fácil saber que o mal causado resultou em conseqüência detrimetosa ao espírito.⁴³⁸

É evidente que esta análise não deve ser feita de forma aleatória. Distancia-se do absolutismo da presunção para alertar que cumpre ao magistrado observar casuisticamente se o agente passivo enquadra-se nos delineamentos do homem médio ou se aquela situação por ele alegada não passa de um mero aborrecimento⁴³⁹. Apesar da impossibilidade de produção de prova direta do agravo moral, é necessária a pontuação das circunstâncias.⁴⁴⁰

Neste sentido, comunga Rodolfo Pamplona Filho que:

Definitivamente, não vemos motivo para que a presunção seja absoluta, sem a possibilidade de admitir-se prova em contrário, quando inexistente a determinação legal neste sentido. Embora difícil, não se pode cercear o direito do réu de, ao menos, tentar produzir prova da inexistência do dano alegado.⁴⁴¹

Há uma cautela quanto se trabalha com danos morais. No que se refere às provas, a

⁴³⁸ SANTOS, Antônio Jevoá. *Dano moral indenizável*. 4. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 521.

⁴³⁹ Sobre o mero aborrecimento, vide tópico 03. A título de exemplificação destaca-se a seguinte ementa do STJ: "RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. FALHA. VEÍCULO. ACIONAMENTO DE AIR BAGS. DANO MORAL INEXISTENTE. VERBA INDENIZATÓRIA AFASTADA. O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige. Recurso especial conhecido e provido, para restabelecer a r. sentença." (STJ. T4 – QUARTA TURMA. REsp 898005 / RN RECURSO ESPECIAL 2006/0237598-9. REL. MIN. CÉSAR ASFOR ROCHA. PUB. 19.06.2007)

⁴⁴⁰ Casuisticamente, pode-se ilustrar tal afirmação com o posicionamento adotado pelo STJ no sentido de que o devedor contumaz e possuidor de inscrições outras pretéritas, quando novamente inserido seu nome na lista de mal pagadores do SPC/SERASA, não sofrerá dano moral em razão da sua condição peculiar. Para qualquer outro homem considerado como "médio", ou seja, aquele que se encontra dentro das normalidades, não seria possível manter tal afirmação, sendo evidente a configuração do dano moral. Porém, quando há casos peculiares que se enquadram na situação exposta, tal agravo não pode ser configurado. Neste sentido: "CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INSCRIÇÃO DE NOME EM BANCO DE DADOS. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO. CDC, ART. 43, § 2º. RESPONSABILIDADE DA ENTIDADE CADASTRAL. INADIMPLÊNCIA CONFESSA. DANO MORAL DESCARACTERIZADO. CANCELAMENTO DO REGISTRO. I. A negatificação do nome do devedor deve ser-lhe comunicada com antecedência, ao teor do art. 43, § 3º, do CPC, gerando lesão moral se a tanto não procede a entidade responsável pela administração do banco de dados. II. Hipótese excepcional em que o devedor não nega, na inicial, a existência da dívida, aliás uma dentre muitas outras, o que exclui a ofensa moral, mas determina o cancelamento da inscrição, até o cumprimento da formalidade legal. III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido." (STJ. T4. QUARTA TURMA. TURMA, RESP N. 901.204RS, REL. MIN. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, UNÂNIME, DJU DE 28.05.2007).

⁴⁴¹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O dano moral na relação de emprego*. 3. ed. amp. rev. atual. São Paulo: LTr, 2002, p. 168.

preocupação não poderia ser diferente. Na realidade, apóia-se o ideal de que, preliminarmente é necessária uma dedicação especial à sua identificação⁴⁴². A separação do joio e do trigo é de fundamental importância para que haja uma prestação jurisdicional eficiente.

Para que para que haja o convencimento do julgador é necessário que conste ao longo do relato dos fatos a existência de prejuízos morais. A narrativa dos fatos e a apresentação dos fundamentos jurídicos do pedido devem conduzir à demonstração do dano moral. Caso não haja o pleito neste sentido, filia-se no sentido de que não seja indicado ao magistrado cancelar tal indenização, sob pena de, ao fazê-lo de ofício, estar adentrando numa seara além daquela a ele apresentada, mesmo sob a vigência do princípio da dignidade da pessoa humana.

É evidente que a prova do dano moral é fundamental para a efetiva identificação do dano. Somente com a cautelosa condução do magistrado é que será possível efetivar a prestação jurisdicional desejada, evitando-se o descrédito ao instituto. Em sendo assim, identificado o dano moral, parte-se agora para a quantificação do seu valor, tarefa essa não menos árdua e que suscita opiniões diferenciadas dos operadores do direito.

⁴⁴² O artigo 335 do CPC possui grande utilidade na temática referente à prova no dano moral. Segundo ele: Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”.

5 A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL: UMA DIFÍCIL TAREFA A SER CUMPRIDA

5.1 UMA ANÁLISE PRELIMINAR

Ultrapassadas as discussões acerca da existência do dano moral⁴⁴³, deparara-se com a necessidade deixar claro os parâmetros para a sua correta delimitação. A tarefa não foi das mais fáceis, demandando um exercício teórico bastante árduo que se prolonga até os dias atuais. Seja, por exemplo, na delimitação dos legitimados para pleitear a indenização, ou até mesmo no estudo desenvolvido acerca da teoria da prova que deve ser utilizada, muitas foram, e ainda continuam sendo, as batalhas doutrinárias para a estabilização dos posicionamentos existentes.

O maior problema para os profissionais que se dedicam aos danos morais encontra-se esculpido na questão referente ao valor pago em razão do prejuízo imaterial sofrido pelo sujeito passivo. O primeiro questionamento feito era saber sobre a possibilidade de vincular um prejuízo imaterial a um determinado valor econômico. Este foi um dos pontos cruciais no desenvolvimento de toda a teoria⁴⁴⁴.

Mais adiante, percebeu-se que o problema não estava apenas em solucionar a questão de como agregar o aspecto patrimonial naquilo que, nem de longe, poderia ser considerado como um prejuízo material. Passou-se, então, a intuir que a análise deveria ser feita de forma mais aprofundada. Era necessário buscar padrões ou parâmetros que sanassem as incertezas existentes quanto ao montante indenizatório.

⁴⁴³ Judith Martins-Costa ao comentar acerca da inserção do princípio solar da dignidade da pessoa humana (de preciosidade fundamental para a solidificação da doutrina do dano moral), lembra que “mais do que uma “vazia expressão”, como poderiam pensar os que estão ainda aferrados à concepção legalista estrita do ordenamento jurídico, a afirmação do princípio, que nos mais diferentes países tem sido visto como um princípio estruturante da ordem constitucional – apontando-se-lhe mesmo um valor “refundante” da inteira disciplina privada – significa que a personalidade humana não é redutível, nem mesmo por ficção jurídica, apenas à sua esfera patrimonial, possuindo dimensão existencial valorada juridicamente à medida que a pessoa, considerada em si e em (por) sua humanidade, constitui o “valor fonte” que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico.” (MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: MARTINS-COSTA, Judith (coord.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 413).

⁴⁴⁴ Ainda compulsando Judith Martins-Costa: “a satisfação do dano não-patrimonial mediante indenização em dinheiro foi tradicionalmente o óbice ao reconhecimento de sua indenizabilidade. No direito anterior ao Código Civil de 1916 a doutrina sustentava que o dano moral não obrigava à indenização por não ser suscetível de avaliação pecuniária”. (*Ibidem*, p. 434).

Em decorrência desta liberdade, o ofendido busca sempre galgar alturas maiores, enquanto ao ofensor incumbe a obrigação de desviar a imputação, reduzindo – ou até mesmo aniquilando – qualquer valor referente a uma provável indenização. Já que não era possível estabelecer números exatos referentes ao tamanho do agravo, coube aos magistrados este exercício dedutivo.

Cumprido ao julgador, portanto, ter a sensibilidade para identificar e afastar os abusos praticados pelas partes. Pontuar prováveis atos de oportunistas é essencial contra o desvirtuamento do instituto. Adequar a ideologia da sociedade ao subjetivismo do dano moral é de fundamental importância para separá-lo do mero aborrecimento. O desestímulo aos aventureiros deve ser a meta primordial antes de mergulhar no universo proposto.

Algumas teses foram erguidas no intuito de encontrar um denominador comum para essa inequação denominada dano moral. Mesmo diante de todo o esforço, até o presente ainda não há uma solução que possibilite trazer a paz para aqueles que militam nesta área. Apesar de existir tendências majoritárias, ainda não é possível afirmar que sejam elas as ideais, pois, em muitos casos, a interpretação adotada traz consigo tratamento diferenciado para pessoas que se encontram em situações equânimes.

A instabilidade é constante. O desenvolvimento social propicia uma mudança muito rápida na amplitude do conceito de direitos da personalidade. A cada momento, o Judiciário poderá ser suscitado para resolver questões antes impensáveis. A tutela estatal movimenta-se por entre as interações sociais na busca adequar-se aos anseios da coletividade, podendo acarretar algumas instabilidades pontuais.

Nas palavras de Pietro Perlingieri⁴⁴⁵, na medida em que os direitos da personalidade são considerados como valor, eles não poderão ser limitados, resultando numa provável ampliação da proteção jurisdicional.

Diante disso, procuram-se formas para integrar estas lacunas abertas a partir deste constante tensionamento de interesses. Ao magistrado, não cabe esquivar-se do seu dever de trazer para aquele que bate às portas dos Fóruns a devida prestação jurisdicional, sob pena de ferir o

⁴⁴⁵ Segundo Pietro Perlingieri, “a personalidade é, portanto não um direito, mas um *valor* (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais nas quais se traduz a sua incessante mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 156).

princípio do *non liquet*. Então, pode-se afirmar que a seara do dano moral ainda é bastante fértil para o desenvolvimento de teorias por parte dos pensadores do direito.

As instabilidades são as mais diversas: seja no sentido de identificar a real função do dinheiro em relação às indenizações, seja nos embates acerca da maneira como deve ser extraído o valor considerado como ideal, as incertezas perduram.

Opções são muitas para que se possa encontrar o *quantum* referente ao dano moral. A doutrina divide-se na defesa pela estipulação legal do valor a ser concedido, no tabelamento fixo ou variável e na utilização do arbítrio judicial. É interessante notar que a liquidação por arbitramento, antes utilizada de maneira subsidiária, passou agora a ser a principal equação para identificação do valor propício. Hoje, indiscutivelmente, esta forma é considerada como regra geral.

A utilização da determinação constante no inciso II do art. 475-C do CPC se mostra adequada para o caso em questão. A liquidação por artigo ou simples cálculos não se adequa à complexidade que a questão demanda. Ao juiz é concedida a liberdade de buscar, através de seu ideal de justiça, o valor que considerar mais condizente com o caso a ele apresentado.

Dessa forma, propugnamos pela ampla liberdade do juiz para fixar o *quantum* condenatório já na decisão cognitiva que reconheceu o dano moral. Saliente-se, inclusive, que se o valor arbitrado for considerado insatisfatório ou excessivo, as partes poderão expor sua irrisignação a uma instância superior, revisora da decisão prolatada, por força do duplo (quicá triplo ou quádruplo, se contarmos a instância extraordinária) grau de jurisdição.⁴⁴⁶

Nem mesmo o Superior Tribunal de Justiça encontra-se imune a críticas e análises. Costumam desaguar no neste Tribunal inúmeros recursos questionando a correção ou não do *decisum* de primeiro grau. Porém, dentro da gama de posicionamentos consolidados encontra-se a súmula 7⁴⁴⁷ que impede a análise do conjunto fático-probatório pelo STJ. Assim, como seria possível a tomada de decisão pelos ministros sem que houvesse ofensa ao enunciado lá existente?

Além disso, como deveria ser feita esta análise, tanto pelos juízes *a quo*, como pelos tribunais de segunda instância e o STJ? Quais são os critérios fundamentais para a estipulação de um valor ideal? Não se busca a satisfação plena, até mesmo porque esta seria inviável diante das peculiares características deste instituto, mas também é impossível aceitar que, sob o manto da extrapatrimonialidade, a vítima torne-se órfã da prestação jurisdicional da qual tem direito.

⁴⁴⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. vol. III. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 355.

⁴⁴⁷ Súmula 7 do STJ - “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

E se o foco da análise for guinado do ofendido para o ofensor? É possível quantificar este tipo de menoscabo a partir do viés do sujeito ativo? A sociedade sempre demanda uma prestação jurisdicional efetiva: e quando se fala em dano moral o que se deve considerar como “efetiva”? A análise destes, e outros, questionamentos se faz de suma importância para o andamento retilíneo da tese almejada.

5.2 INDENIZAR, RESSARCIR OU COMPENSAR? EIS A QUESTÃO

Inicia-se a análise aos entraves encontrados nos estudos do dano moral quando, ao consultar inúmeras obras, é possível constatar que os autores que trabalham com o tema não possuem um consenso acerca da denominação conferida ao valor pago a título de contraprestação imposta ao sujeito ativo em decorrência do ato praticado. Seria ela uma indenização, um ressarcimento ou uma compensação?

No cotidiano dos corredores do fórum, certamente, tal discussão não passaria de mero devaneio acadêmico, sem quaisquer reflexos importantes para o cotidiano forense. Porém esta não deve ser a conclusão ideal. Questionar acerca do cerne que envolve o montante consequente do ato praticado é deveras importante para a evolução do instituto como um todo.

A liberdade quase que irrestrita na estipulação do *quantum* é uma característica peculiar do dano moral. É delegado ao arbítrio do julgador encontrar a melhor forma para a identificação do valor adequado a ser concedido para o sujeito passivo.

É muito comum utilizar a expressão “ressarcir” como sinônimo de indenizar, tendo sua aplicação efetivada, também para o sentido de compensar.⁴⁴⁸ Por sua vez, quando observado a semântica jurídica destes termos, percebe-se que sua utilização como similares é feita de forma aleatória, já que, tecnicamente, tais palavras não deságuam no mesmo lugar. Neste sentido, afirma Carlos Alberto Gonçalves que:

Ressarcimento é o pagamento de todo o prejuízo material sofrido, abrangendo o dano emergente e os lucros cessantes, o principal e os acréscimos que lhe adviriam com o tempo e com o emprego da coisa. *Reparação* é a compensação pelo dano moral, a fim de minorar a dor sofrida pela vítima. E a *indenização* é reservada para a compensação do

⁴⁴⁸ Segundo definição constante no dicionário Aurélio: “Ressarcir: [do lat. *Resarcire*.] V. t. d. **1.** indenizar, compensar, reparar: *ressarcirá os prejuízos decorrentes do atraso das obras. **2.** abastecer, prover: *Os navios ressarciram a cidade. T.d.e i.*” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2. ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1496).*

dano decorrente de ato lícito do Estado, lesivo do particular, como ocorre nas desapropriações.⁴⁴⁹

Dizer que alguém está a sofrer um prejuízo economicamente mensurável é referir-se à diminuição do patrimônio material de um determinado agente. Caso seja possível desfrutar de um montante de cem e, depois do ato danoso, reste apenas quarenta, houve uma explícita queda do poder do sujeito passivo em sessenta, o que explica a existência do dano patrimonial. Desta forma, ao ofensor deve ser imputado a obrigação de ressarcir o volume perdido em consequência da sua atitude socialmente censurável.

Nestes casos, fala-se em ressarcimento, pois é possível a reparação do dano causado a partir da reposição do bem perdido. O retorno ao *status quo ante* é absolutamente plausível nestas situações, sendo, inclusive, uma das metas de toda a engrenagem que envolve a responsabilidade civil no direito brasileiro. Identificando-se a possibilidade de voltar ao patamar antes configurado, é plausível que todos os esforços sejam direcionados neste sentido. Assim, os prejuízos sofridos pelo ofendido serão reduzidos ao menor patamar auferível, chegando-se ao nível do imperceptível.

Com o acontecimento danoso, interrompe-se o curso normal dos fatos. Nasce, então, o dever do agressor em tentar trazer esta nova realidade o mais próximo daquela anteriormente existente.⁴⁵⁰

A aceitação não é unânime. Há divergências quanto à vinculação entre o dano patrimonial e o ressarcimento. Para Wladimir Valler, aos danos morais cabem o ressarcimento, enquanto aos patrimoniais é destinado o instituto da reparação.⁴⁵¹

Não há como valorar uma quantia de referência ao estado anímico pretérito na qual se encontrava o sujeito passivo. Por sua vez, vinculando-se à idéia de que o ressarcimento não

⁴⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 548.

⁴⁵⁰ “Reparar importa restabelecer el equilibrio preexistente alterado por el daño; a través de la reparación se procura reponer al damnificado “en la situación en la que se encontraba antes de sufrir las consecuencias del hecho” (PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral: prevención / reparación / punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho*. Buenos Aires: Hammulabi, 1996, p. 373). Em tradução livre: “reparar importa em restabelecer o equilíbrio preexistente alterado pelo dano; através da reparação se procura retornar o agredido “à situação em que ele se encontrava antes de sofrer as consequências do fato”.

⁴⁵¹ Neste sentido, pontua-se a obra de Wladimir Valler onde é possível encontrar a utilização como sinônimo das expressões em tela: “Ao contrário do que ocorre na reparação do dano patrimonial, que repõe meios econômicos ou que computa os que deveriam acrescer ao patrimônio do lesado, se não tivesse acontecido o evento danoso o ressarcimento do dano moral constitui além da satisfação para a vítima, um modelo de reparação devido a ela pelo menoscabo que sofre socialmente em razão do ataque. É que enquanto os bens econômicos são vistos juridicamente como meios de satisfação individual de seu titular, os direitos subjetivos extrapatrimoniais exigem uma consideração solidária enquanto expressão, de um modo outro de outro, fins sociais realizadores da existência pessoal.” (VALLER, Wladimir. *A reparação do dano moral no direito brasileiro*. 3. ed. Campinas: E. V. Editora LTDA, 1995, p. 251).

poderia ser aplicado à lesão imaterial, em razão da espécie e características do direito atingido – direitos da personalidade - José Aguiar Dias modifica a tendência adotada por Wladimir Valler, passando a adotar a expressão ressarcimento como o gênero. Para ele, este termo seria amplo suficiente para abarcar as outras duas vertentes, ou seja: a reparação e a indenização são espécies daqueles:

De duas formas se processa o ressarcimento do dano: pela reparação natural ou específica e pela indenização pecuniária. O sistema da reparação específica corresponde melhor ao fim de restaurar, mas a indenização em dinheiro se legitima, substancialmente, pela consideração de que o dano patrimonial acarreta diminuição do patrimônio e este é um conceito aritmético.⁴⁵²

Muito mais amplo do que o primeiro sentido defendido, agora o ressarcimento passa a ser a denominação genérica onde, adentrando neste universo, é possível encontrar a reparação e a indenização propriamente dita.

A reparação conduz à idéia de retorno à situação anteriormente existente. Mesmo quando há o pagamento em dinheiro⁴⁵³, mas ele representa a cobertura completa do estrago causado, pode-se dizer que houve o retorno ao *status quo ante*⁴⁵⁴. Cumpriu, assim, o agressor, o objetivo primordial da responsabilidade que lhe foi imposta, ou seja, a de garantir ao ofendido o direito e não ter o seu desenvolvimento desviado por atos de terceiros que venham a ser prejudiciais.

Toda reparação se efetiva no sentido da restauração do estado anterior à lesão e isto é especialmente certo em relação à reparação natural. Pode, portanto, não ser possível, quando não proporcione ao prejudicado a compensação suficiente. Em hipótese contrária, pode, porém, a reparação natural, exceder, com proveito para o queixoso, a situação anterior ao dano, o que sucede toda vez que, por haver destruído coisa velha, consista a prestação do demandado na substituição daquela por uma nova. Assim, o indivíduo que danifica ou destrói roupa, móvel usado ou encadernação de um livro: a reparação natural trará ao prejudicado a vantagem representada pela roupa, móvel ou encadernação novos, em relação aos objetos substituídos.⁴⁵⁵

Sendo assim, o objetivo principal e único da reparação é, como já dito, garantir a manutenção da ordem existente antes do ato praticado. Não será possível inserir no montante – reparação

⁴⁵² DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. rev. atual. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 724.

⁴⁵³ Ainda compulsando José de Aguiar Dias é possível encontrar a diferenciação das formas de reparação. Para esse autor seria “reparação material” aquela onde há a restituição do bem ofendido na sua forma pura. Por sua vez, ao lado dessa, é possível encontrar a “reparação econômica” que ocorre, por exemplo, quando há a destruição do bem ofendido. Nestes casos é necessária a restituição em pecúnia.

⁴⁵⁴ Como exemplo, pode-se citar a situação em que o ofensor, ao invés de entregar para o ofendido o bem alvo do comportamento, resolve por devolvê-lo o valor pecuniário referente à sua aquisição, deixando para o sujeito passivo a procura pela aplicação da montante na aquisição de um novo bem.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 725 *et seq.*

econômica – valores a título de atualização do preço do bem com o montante por ele atingido quando do pagamento. Neste caso, o pagamento a ser feito gira em torno do que se pode chamar de “valor bruto”, sem qualquer valorização ou desvalorização. Caso houvesse, por exemplo, o cálculo atualizado, estar-se-ia cancelando o enriquecimento do ofendido às custas do ofensor, o que transpõe os limites desejados. A situação de “restaurar” não autoriza a locupletação de proventos.

Porém, esta não é a opinião adotada por Judith Martins-Costa, para quem a reparação seria um princípio atinente ao próprio instituto da Responsabilidade Civil. Para a autora, reparte-se em dois agrupamentos: a restauração, que consiste na prestação *in natura*, e na indenização *stricto sensu*. A primeira está relacionada ao retorno do *status quo ante*, enquanto a segunda refere-se à estipulação de um valor pecuniário como referência.⁴⁵⁶

Rodolfo Pamplona afirma que a idéia de indenização está vinculada à noção de ressarcimento, o que as tornam sinônimos. Além disso, a reparação seria voltada ao pagamento de uma quantia pecuniária, judicialmente arbitrada com o objetivo de compensar o dano sofrido. “Na reparação por dano moral, o dinheiro não desempenha função de equivalência, como no dano material, mas sim função satisfatória”⁴⁵⁷

Já na obra que escreve em co-autoria com Pablo Stolze Gagliano, os autores sustenta a idéia de que, para os danos morais, aplica-se a reparação e não a indenização. Isto porque enquanto a segunda agrega uma idéia de ressarcimento do prejuízo causado ao ofendido em razão de descumprimento de obrigação contratual ou prática de ato ilícito, a primeira é acompanhada pelo sentido de compensação pelo dano sofrido no sentido de atenuar as conseqüências oriundas da lesão.

Quando a vítima reclamara a reparação pecuniária em virtude do dano moral que recai, por exemplo, em sua honra, nome profissional e família, não está definitivamente pedindo o chamado *pretio doloris*, mas apenas que se lhe propicie uma forma de atenuar, de modo razoável, as conseqüências

⁴⁵⁶ Para a autora: “é que o duplo modelo de reparação ajustava-se perfeitamente bem às lesões patrimoniais, a reparação específica sendo tida como a regra dominante também no direito comparado, como anota Araken de Assis, lembrando o Código Civil português e o francês. Por outro lado, mesmo no que diz com a restituição pelo equivalente, o cálculo do montante apresenta, quanto aos danos patrimoniais, dificuldades contornáveis, pois tudo está no terreno da patrimonialidade” (MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: MARTINS-COSTA, Judith (coord.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.436-437).

⁴⁵⁷ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O dano moral na relação de emprego*. 3. ed. amp. rev. atual. São Paulo: LTr, 2002, p. 85.

do prejuízo sofrido, ao mesmo tempo em que pretende a punição do lesante.⁴⁵⁸

Apesar da imensa consideração doutrinária que ambos autores possuem, ousa-se a discordar do seu posicionamento, na medida em que, quando se fala em agravo moral, afasta-se a romântica idéia da necessidade de retornar ao estado anterior. Assim, a fixação do montante pago ao ofendido não busca o *restitutio in integrum*, pois, uma vez violados tais direitos, é impossível regredir à situação anterior.

A evolução tecno-científica em que se encontra mergulhada a sociedade atual facilita a ocorrência de danos e, ao mesmo tempo, dificulta a reparação da situação para assemelhá-la à sua condição pretérita. As ofensas perpetram-se rotineiramente no âmbito imaterial, inviabilizando qualquer intenção neste sentido. O mal causado neste âmbito é irremovível.⁴⁵⁹

Assim, quando se refere à indenização, abre-se espaço para a forma mais utilizada de contraprestação em razão de danos, qual seja, o pagamento de um montante pecuniário, dados os inúmeros entraves que surgem quando se tenta aplicar a reparação natural ou a restituição *in natura*. A frequência de situações que impossibilitam a construção da realidade outrora existente é por demais evidente, fazendo com que a idéia de retorno à situação anterior também se apresente de difícil concretização.

Na base da centralidade da restituição *in natura* está a ficção de que, encontrando-se a vítima de volta ao *status quo ante*, todo o dano foi apagado. A prática também demonstra que atualmente, quantitativamente e qualitativamente, é a indenização em dinheiro e não a restituição pelo equivalente, que está a ocupar o “papel central nas modalidades de reparação”⁴⁶⁰

No que se refere aos danos extrapatrimoniais, a teoria da reparação - ou, como citado por Judith Martins-Costa, a restauração - deve ser deixada ao largo, sob pena de incompatibilidade absoluta com toda engrenagem do instituto em apreço⁴⁶¹. Nestes casos, não

⁴⁵⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. vol III. Saraiva: São Paulo, 2003, p. 87.

⁴⁵⁹ Esse “mal irremovível” pode ser observado em ambos tipos de dano. Apesar de ser mais comum na agressão moral, no que se refere ao prejuízo material ele também se torna evidente. Exemplo disso pode ser encontrado com a destruição de uma obra de arte única que, em razão da sua peculiaridade, não poderá jamais ser substituída. Da mesma forma um ato que venha ofender o âmago da pessoa também não poderá ser eliminado com uma mera substituição por um “sentimento novo”. Praticado o ato, configurado está o dano.

⁴⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: MARTINS-COSTA, Judith (coord.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 436.

⁴⁶¹ Antônio Jeová dos Santos lembra uma hipótese de restituição *in natura* do dano moral. “nos danos contra a honra ou erros cometidos por órgãos de comunicação, o ofendido pode entender como suficiente a publicação da retratação, a retificação da notícia inexata ou agravante. Publicado o desmentido, a nota em que o jornal reconhece o erro, com o mesmo destaque da notícia que agravou a honra da vítima, poderá ocorrer a satisfação, sem a necessidade do recurso à indenização dinerária.” [...] “a publicação da retificação, ou da resposta, não

há como restaurar o prejuízo pela simples condição dele apresentar-se insuscetível de ser calculado monetariamente. É impossível trazer para aquele que teve sua honra arranhada créditos pecuniários que venham a cimentar todas as rachaduras causadas pelo ato, doloso ou não, do agressor. Uma vez feridos os direitos não patrimoniais torna-se inviável a aplicação desta corrente teórica. Sendo o aspecto subjetivo uma das características mais marcantes dos direitos da personalidade é inaceitável que seja creditada atenção à reparação⁴⁶².

Clayton Reis é a favor da utilização da expressão “indenização” para as lesões não-patrimoniais. Segundo o autor, quando se fala em prejuízos materiais, há a possibilidade de reparação com a reposição do bem perdido. Por sua vez, havendo um menoscabo não econômico, depara-se com a impossibilidade de construção do *status quo ante*, convertendo-se, portando, no pagamento em pecúnia, ou seja, em indenização. “Quando se tratar de danos extrapatrimoniais, estaremos diante de um prejuízo insuscetível de reposição, já que o conceito de reparabilidade não se aplica aos bens imateriais. Estes bens são impossíveis de ser avaliados com absoluta precisão, não admitindo, por conseqüência, uma exata equivalência com a perda sofrida pela vítima.”⁴⁶³

Nesta senda, diante da inviabilidade de restauração ou reparação equivalente, indeniza-se estipulando um valor que for considerado equivalente para, pelo menos, compensar o dano moral. O montante deve, antes de tudo, funcionar como um meio coercitivo contra o ofensor, para evitar que outros comandos no mesmo sentido sejam praticados, possibilitando conseqüentemente, um lenitivo para a vítima.⁴⁶⁴

Simpático ao pensamento ora desenvolvido, Humberto Theodoro admite que aquele mal causado, por exemplo, ao nome, à intimidade, à honra, ou seja, ao patamar mais íntimo da pessoa é irreversível. A indenização, portanto, é uma contraprestação com bordas muito mais amplas do que a restituição. Nela, pode ser inserida a atualização do valor do bem no

inibe, nem impede o pedido de ressarcimento, mas é uma hipótese de ressarcimento *in natura* do *dano moral*. Essas diferentes formas de reparação não se excluem, pelo contrário, podem ser utilizadas conjuntamente numa efetiva reparação do dano, para o atingimento do ressarcimento pleno, em sua maior integridade.” (SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, p. 154-155).

⁴⁶² José Aguiar Dias lembra que: “há casos em que o prejudicado não pode ser obrigado a equilibrar os valores, porque, dadas certas circunstância, o objeto velho, no patrimônio da vítima, correspondia a um objeto novo, ou porque não possa mais adquiri-los pelo preço antigo, ou porque ele já não exista no mercado, etc. Reduzindo a solução a uma fórmula de alcance geral, é possível dizer que, em face da questão produzida pelo aparecimento, na ocasião da reparação do dano, de um desequilíbrio de valor entre a indenização e a coisa a indenizar, a vantagem deve caber ao prejudicado.” (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. rev. atual. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 725).

⁴⁶³ REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 8.

⁴⁶⁴ Sobre o caráter sancionador da indenização por danos morais vide Capítulo VI.

transcorrer do tempo e outros montantes destinados a situações economicamente impossíveis de serem auferidas⁴⁶⁵.

O legislador constitucional também preferiu a utilização da expressão indenização quando se referiu à prestação decorrente de agressão por danos morais no art. 5º, V e X da Carta Magna⁴⁶⁶. Da mesma forma a lei infraconstitucional seguiu o preceito determinado pela Norma Superior ao utilizar a expressão em “indenização”, por exemplo, no art. 944 do Código Civil⁴⁶⁷.

Claro se torna que restituição diz respeito a uma forma de sanção imposta pelo ordenamento jurídico exclusivamente sobre os danos patrimoniais, uma vez que é absolutamente impossível sua verificação na seara dos danos extrapatrimoniais. Apesar de alguns autores⁴⁶⁸ aduzirem a possibilidade de uma prestação *in natura* para os danos morais, o exemplo da retratação em caso de notícia inverídica, entende-se que a expressão com melhor técnica a ser aplicada seja “indenização” para tratar dos danos morais. Diz-se isso porque, conforme já foi explanado, esta expressão não agrega uma idéia de retorno ao *status quo* como é conduzido o leitor ao mencionar reparação.

Sendo assim, no presente trabalho será adotada a expressão “indenização” para o valor relacionado com a lesão imaterial, lembrando sempre da diferenciação ora exposta, e ressaltando, mais uma vez, acerca da impossibilidade de restauração à condição anterior, quando se fala em dano moral, razão pela qual justifica, mais uma vez, a preferência pelo termo citado anteriormente. Ademais, tal escolha se faz também, como uma forma de uniformização com a orientação adotada tanto pelo legislador constitucional, como pelo infraconstitucional.

⁴⁶⁵ Quando se fala em danos materiais, atualmente, é mais fácil de visualizar a aplicação da restituição. A situação econômica na qual vive a sociedade brasileira faz com que desvalorizações econômicas sejam situações raras, o que permite que o valor referente ao bem no momento da agressão, muitas vezes, assemelhe-se àquele pago ao tempo da imposição judicial. Porém, quando se trata de danos morais, é inviável falar em restituição. Nestes casos a terminologia correta seria indenização.

⁴⁶⁶ Art. 5º, CF/88: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação

⁴⁶⁷ Art. 944, CC/02: 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

⁴⁶⁸ Por todos eles, vide Antônio Jeová dos Santos, em sua obra *O Dano Moral Indenizável*. 4. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

5.3 O DINHEIRO NA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

Durante muito tempo, o principal entrave na aceitabilidade da existência do dano moral esteve pulsante na repulsa da transformação do sentimento negativo do ofendido em dinheiro. Para a doutrina outrora vigente, seria no mínimo incompatível, pra não dizer imoral, anexar um montante pecuniário a um direito que, por sua própria natureza, possui como característica a extrapatrimonialidade.

Com a evolução da sociedade, passou-se, então, a aceitar a pecúnia como forma de indenização pelos danos morais. Seguindo este novo pensamento, seria imoral, e injusto, deixar o ofendido sem qualquer contraprestação, além do que incentivaria o ofensor na prática de atos outros, pois estaria instalada a impunidade absoluta.

Enquanto no dano material, o dinheiro funciona como uma maneira viável de nutrir meios ao ofendido de assegurar a reconstrução da situação em que se encontrava antes do ato ilícito, na agressão imaterial, a finalidade não pode ser vinculada. Como já foi dito, depois de ter arcado com as conseqüências das atitudes do sujeito ativo, o agredido não terá como reaver as mesmas condições outrora existentes. Concretizado o dano, não há que se falar em restituição, mas, sim, em indenização.

As tristezas se compensam ou se neutralizam com as alegrias, porém esses fatores de neutralização não são obtidos pela via direta do dinheiro, pois não se está pagando a dor ou a tristeza, mas sim pela indireta, ensejando valores econômicos que propiciassem ao lesado do dano não-patrimonial logo que lhe desse uma sensação de bem estar ou contentamento.⁴⁶⁹

É evidente que o dinheiro não possui a capacidade de eliminar a dor experimentada. Ele é apenas um lenitivo para o prejuízo sofrido que atenuará as conseqüências do prejuízo por ele arcado a partir de uma projeção de melhoria futura com a aquisição de objetos outros que, indiretamente, poderão lhe trazer prazer e formas diferenciadas de felicidade. Apesar do pleito pela indenização pecuniária, não há um preço para este tipo de sofrimento. Ele é incalculável.

O dinheiro pago a título de indenização nos danos morais em nada se assemelha ao dano patrimonial. Enquanto o segundo tem a função de se equiparar ao prejuízo sofrido pela vítima, no primeiro este objetivo não pode ser ventilado. É muito difícil considerar que um montante financeiro, seja ele qual for, apresente-se viável para estancar todo o prejuízo experimentado

⁴⁶⁹ Este pensamento é de autoria de Orozimbo Nonato e foi lembrado por Maria Helena Diniz. (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 21. ed. rev. atual. vol 7. São Paulo: Saraiva, 2007, p.95).

por um pai ou uma mãe pela morte do seu filho, ou pelo dissabor de uma pessoa que se encontra paraplégica. Por maior que seja o volume de dinheiro que a vítima receba, não desaparecerão as conseqüências do dano.

*Distingue com precisión la difrente función que comple el dinero en los casos de reparación del daño patrimonial y moral. Como ya hemos dicho, en aquel supuesto assume un rol de equivalencia que permite, com mayor o menor exactitud, según los casos, restablecer el equilibrio patrimonial preexistente, alterado por el menoscabo. El daño se determina, liquida y resarce sobre parâmetros objetivos, cumpliendo el dinero una función de equivalencia o corrección del ya mencionado desequilibrio. En cambio, en materia de daño moral, la situación es distinta pues el dinero tiene una función satisfactoria para la víctima. No se trata de prostituir lê dolor; poniéndole un precio, ni de degradar sentimientos excelsos por dicha via, sino de brindar desde la óptica jurídica, una respuesta razonable a través de una compensación.*⁴⁷⁰

Augusto Zenun opina no seguinte sentido: “parece-nos que a palavra *derivativo* explica toda a função do dinheiro no caso de reparação do *dano moral*, vale dizer que o dinheiro correspondente a esta não é para pagar a dor, ou o sentimento, mas – já o dissemos – funciona como um derivativo para o ofendido”⁴⁷¹

Para Wilson Melo da Silva, o dinheiro é uma fonte indireta de satisfação para o ofendido. Segundo o autor, com a aplicação de uma indenização em pecúnia, abre-se a oportunidade ao ofendido de, por exemplo, em casos envolvendo danos estéticos, procurar um médico de renome para que possam ser adotadas as providências cabíveis na solução daquela chaga. “Pode o dinheiro, não de maneira direta, e imediata, mas de modo mediato e indireto, obter para qualquer um, tôdas aquelas utilidades capazes, se for o caso, de proporcionar em satisfações interiores, positivas, uma compensação por insatisfações ou por sentimento interiores, negativos de sofrimento ou de angústia.”⁴⁷²

⁴⁷⁰ Em tradução livre: distingue-se com precisão as diferentes funções que cumpre o dinheiro nos casos de reparação por dano patrimonial e moral. Como já tínhamos dito, naquele primeiro, assume um rol de *equivalência* que permite com maior ou menor exatidão, segundo o caso fático, restabelecer o equilíbrio patrimonial preexistente, alterado pelo menoscabo. O dano se determina, se liquida e resarce sobre parâmetros objetivos, compreendendo o dinheiro uma função de *equivalência ou correção* do já mencionado desequilíbrio. Em contrapartida, em matéria de dano moral a situação é distinta pois o dinheiro tem uma função *satisfatória* para a vítima. Não se trata de prostituir a dor, pondo-lhe um preço, nem de degradar sentimentos maiores por dita via, mas sim, brindar por uma ótica jurídica, uma resposta razoável através de uma compensação” (PIZZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral: prevención / reparación / punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho*. Buenos Aires: Hammulabi, 1996, p. 107-108).

⁴⁷¹ ZENUN, Augusto. *Dano moral e sua reparação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 60.

⁴⁷² Wilson Melo da Silva traz à baila o pensamento de Mazeaud et Mazeaud ao afirmar que os autores “não recuam diante da afirmativa de que, em certos casos, o dinheiro seja perfeitamente capaz de reparar, senão integralmente, pelo menos em parte, um prejuízo, muito embora apenas de natureza extrapatrimonial. E exemplificam: a entrega de uma soma relativamente grande a quem sofra um grande mal (dêses que não chegam a diminuir a capacidade laborativa) ser-lhe-á de grande consôlo, eis que lhe propicia meios bastantes para procurar o médico de larga reputação, capaz de curá-lo. E igualmente, para o transfigurado fisicamente, o

Apesar de não se considerar a pecúnia como um caminho viável para sanar a dor sofrida em razão da agressão moral, ele será utilizado na maioria das indenizações. Não será possível conceder ao montante pecuniário a mesma função a ela relacionada no caso do dano material. O sofrimento psicológico não se estancará com a moeda corrente.

Com a prestação pecuniária o que se visa não é diretamente extinguir a dor com a aplicação de um preço ou antídoto; não é extraí-la pondo-lhe no lugar a moeda, como ficou esclarecido. O que se faz é outra coisa, é procurar para o lesado um conjunto de sensações agradáveis, motivo de satisfação e de emoções, segundo a sua inclinação e o seu temperamento, de sorte a criar condições que, se não chegam a suprimir o sentimento de pesar, de certo podem atenuá-lo, tornando-o mais suportável e menos prolongado⁴⁷³

O aspecto monetário da indenização dos danos morais deve possuir reflexos muito mais intensos perante o ofensor do que em razão do ofendido. Por maior que seja a quantia paga, em nada servirá para aquele que, a partir do ato praticado, encontra-se impossibilitado de desenvolver suas atividades independentemente. A alegria e a tranqüilidade trazidas à reboque, certamente, serão passageiras e funcionarão apenas como uma mera maquiagem para acobertar o real sofrimento contido no âmago do sujeito passivo.

Ocupando-se da relatoria do Resp nº 8768-SP, o Ministro Raphael de Barros Monteiro opinou no sentido de que:

Tema dos mais árduos é o da quantificação do dano moral. Hermenegildo de Barros, invocado por Pontes de Miranda, deixara acentuado que 'embora o dano moral seja um sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida, para o qual se não encontra estimacão perfeitamente adequada, não é isso razão para que se lhe recuse em absoluto uma compensação qualquer. Essa será estabelecida, como e quando possível, por meio de uma soma, que não importando uma exata reparação, todavia representará a única salvação cabível nos limites das forças humanas. O dinheiro não os extinguirá de todo: não os atenuará mesmo por sua própria natureza; mas pelas vantagens que o seu valor permutativo poderá proporcionar, compensando, indiretamente e parcialmente embora, o suplício moral que os vitimados experimentam⁴⁷⁴

Assim como o dinheiro tem a função meramente satisfatória para o ofendido – na medida em que inviável é a aplicação da indenização plena – ele deve vestir do ideal sancionatório em

dinheiro lhe permitira, com a cirurgia plástica, dispendiosa, que lhe restabelesse a harmonia da face, a compensação da má-gua pelo contentamento reparador” (SILVA, Wilson Melo da. *Dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 357).

⁴⁷³ REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 134.

⁴⁷⁴ Ementa do Resp 8768/SP: DANO MORAL PURO. CARACTERIZAÇÃO. SOBREVINDO, EM RAZÃO DE ATO ILÍCITO, PERTURBAÇÃO NAS RELAÇÕES PSÍQUICAS, NA TRANQUILIDADE, NOS ENTENDIMENTOS E NOS AFETOS DE UMA PESSOA, CONFIGURA-SE O DANO MORAL, PASSIVEL DE INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. (STJ. T4- QUARTA TURMA. Resp 8768/SP – RECURSO ESPECIAL 1991/0003774-5. REL. MIN. BARROS MONTEIRO. PUB. 06.04.1992).

relação ao ofensor. Sabe-se que, intimamente, de nada adiantará volumosas quantias para o agredido. O seu direito mais inerente foi afetado, direta ou indiretamente, pela ação ofensiva.

Isso implica em concluir que, diferentemente do que ocorre com o dano patrimonial, no âmbito imaterial a pecúnia perde a sua função de assegurar à vítima sua condição anterior. Na realidade, acredita-se que o valor a ser pago não deve ser espelhado no ofendido, mas sim no sujeito ativo da agressão, na medida em que o direito por ele atingido possui em seu âmago a idéia de ausência econômica. Somente com a mudança de pensamento, passando-se a observar o ofensor, é que será possível agregar o verdadeiro significado do dinheiro para os danos morais.⁴⁷⁵

5.4 O STJ E O DANO MORAL

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, instalou-se o Superior Tribunal de Justiça que tem como missão velar pela uniformidade e coesão positiva do Direito Federal. Dentre os diversos temas levados a este Tribunal, aquele atinente aos danos morais, em diversos momentos, recebe destaque na mídia e no universo Jurídico. Nem mesmo para os Ministros desta Corte, a abordagem referente aos agravos psicológicos faz-se simples.

A construção da indenização ideal para o dano moral está diretamente vinculada à análise de elementos fáticos que circundam o acontecimento. Não se prova o dano, até mesmo em razão da sua condição *in re ipsa*.⁴⁷⁶ Isso implica em dizer que praticado o ato pelo sujeito ativo, configurada está a agressão, não sendo preciso comprovar as suas linhas mestras.

Porém, como será analisado mais adiante, na quantificação do dano moral, feito pelo arbitramento, é necessária a análise de alguns requisitos que circundam o fato para que seja possível determinar qual o montante ideal, ou aquele que se aproxima da perfeição. Por isso, dentre a hierarquia determinada pelo sistema jurídico brasileiro, o magistrado de primeiro grau encontra-se em melhores condições para estipular qual a cifra adequada para cada situação.

Afirma-se isso, pois os pleitos levados a júízo, em razão da sua subjetividade exacerbada, merecem uma atenção particularizada. Apesar do grande volume de ações envolvendo prejuízos imateriais que abarrotam o judiciário, o comportamento ideal para o julgador deveria

⁴⁷⁵ Sobre essa temática, vide Capítulo VI.

⁴⁷⁶ Vide Capítulo IV.

ser a análise individual de cada um dos processos. Isso porque, os pilares de orientação também remetem o magistrado a utilizar o seu arbítrio, o que reforça ainda mais o caráter subjetivo do tema em questão.

Por outro lado, sempre causará estranheza um juízo emitido com base apenas em um único elemento do processo (ainda que se trate da decisão recorrida), quando a demanda reclama ampla investigação e a tarefa de estipular uma indenização revela-se árdua, pois não-patrimonial o prejuízo causado. Afinal, o julgado recorrido, este sim, fora fruto de uma elaborada investigação que resultou em dado convencimento/arbitramento, calcado, todavia, em um conjunto fático-probatório, em elementos objetivos, concretos e peculiares de cada caso. Só assim poderia o magistrado chegar numa valoração mais coerente ou próxima da Justiça (meta nem sempre atingida, mas eternamente perseguida).⁴⁷⁷

Não obstante, muitos são os recursos levados aos Tribunais de Justiça em busca da revisão do *decisum* proferido pelo julgador de primeiro grau. Alegações de valores exorbitantes abarrotam os gabinetes de segunda instância e refletem diretamente no Superior Tribunal de Justiça. Acontece que, quando se fala em STJ, surge uma certa incongruência na análise destes casos.

Publicada nos primórdios existenciais deste Egrégio Tribunal, o enunciado 7 é explícito ao trazer determinação no sentido de que: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial⁴⁷⁸”. Implica em dizer que o STJ analisa o acórdão recorrido para determinado fim, sem que haja produção de prova, nem necessidade de promoção de nova audiência de instrução. Portanto, questiona-se como seria possível o exame dos recursos especiais envolvendo danos morais, se o instituto por si só já demanda uma análise de elementos dos mais diversos possíveis? Como poderia o Tribunal reduzir ou aumentar o montante determinado em primeiro, ou segundo grau, sem isentar-se de adentrar no universo probatório?

Quando o enunciado fala em “simples reexame”, ele não ceifa a liberdade dos Ministros em concluir de forma diferente relativa ao conjunto de provas. O que se observa são os fatos,

⁴⁷⁷ MORETTI, Ivan Cesar. A indenização por danos morais no STJ. In: *Dano Moral e sua Quantificação*. Caxias do Sul: Plenum, 2007. 1 CD-ROM. ISBN 978-85-88512-18-4.

⁴⁷⁸ A Constituição Federal, em seu inciso III do art. 105 determina que é da competência do STJ “julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios quando a decisão recorrida: ; a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

Um dos acórdãos que serviram com fonte para a elaboração da presente súmula consta da seguinte ementa: RECURSO ESPECIAL. NÃO SE PRESTA A SIMPLES APRECIÇÃO DA PROVA, NÃO SE INDICANDO QUALQUER NORMA OU PRINCÍPIO LEGAL A ELA PERTINENTE QUE HAJA SIDO VIOLADO. (STJ. AgRg NO Ag 1543/PR – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 1989/0012876-0. T3 – TERCEIRA TURMA. REL. MIN. EDUARDO RIBEIRO. PUB. 19.03.1990).

tendo como referencial a norma jurídica, o que demanda uma interpretação.

O reexame de prova — conforme o enunciado da Súmula 7 — menciona o limite normativo do Recurso Especial. Não se reabre a instrução. A apuração dos fatos está encerrada. O significado normativo de fato, entretanto, é constante, em qualquer juízo, ou grau de jurisdição. Daí, ao Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o acontecimento trazido nos autos, se for o caso, conferir outro entendimento jurídico e, eventualmente, alterar o dispositivo da decisão recorrida. Se assim não for, o julgamento se restringiria a reexame formal, ou seja, se o tribunal teria aplicado, sem mais, a norma atraída pelo fato como entendido na instância de origem.⁴⁷⁹

No que tange aos danos morais o comportamento do Superior Tribunal de Justiça é condizente com a determinação que se encontra esculpida no enunciado em questão. Sendo assim, como poderia, então, haver tantas alterações dos valores estipulados em Juízos de instâncias inferiores? A Ministra Nancy Andrighi no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 578735/RS concluiu que:

o exame do recurso especial estaria obstado pela incidência da Súmula 7 deste STJ, pois a modificação da indenização fixada a título de danos morais ensejaria a incursão no campo fático-probatório, procedimento vedado em sede de recurso especial. Cumpre asseverar que, consoante reiterada jurisprudência deste STJ, o afastamento de tal óbice só se justifica quando a indenização fixada revela-se demasiada ou irrisória, o que não ocorre na hipótese dos autos.⁴⁸⁰

⁴⁷⁹ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Súmula 7 do STJ*. Disponível em: <<http://www.neofito.com.br/artigos/art01/pcivil34.htm>>. Acesso em: 05 jan. 2008.

⁴⁸⁰ “Processo civil. Agravo no agravo de instrumento. Ação de indenização. Prequestionamento. Ausência. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Indenização por danos morais. Alteração do valor. Reexame fático-probatório. - O prequestionamento dos dispositivos legais tidos como violados constitui requisito de admissibilidade do recurso especial. - É inviável recurso especial pelo dissídio jurisprudencial se não comprovada a similitude fática e não realizada a confrontação analítica entre o acórdão recorrido e os arestos alçados a paradigma. - A alteração dos valores arbitrados a título de reparação de danos morais somente é possível, em sede de recurso especial, nos casos em que o valor determinado revela-se irrisório ou exagerado. - A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Agravo não provido.” (STJ. T3 – TERCEIRA TURMA. AgRg no Ag 578735 / RS AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2003/0237450-1. REL. MIN. NANCY ANDRIGHI. PUB. 28.06.2004).

Neste mesmo sentido o Min. Carlos Alberto Menezes Direito no seguinte julgado: “Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Valor da indenização. Danos morais. Acidente de trânsito. Vítima fatal. Dissídio não caracterizado. 1. Para definição do valor da indenização são avaliadas pelos julgadores, em cada caso específico, várias circunstâncias, dentre elas, o grau de culpa, a conduta e a capacidade econômica do infrator, a gravidade do dano, as circunstâncias em que ocorreu o evento, as conseqüências advindas e o sofrimento suportado pela vítima. Esta Corte tem admitido a revisão do valor da indenização por danos morais quando fixado de forma exagerada, causadora do enriquecimento ilícito, ou manifestamente reduzida. No caso presente, contudo, não se verifica a presença de quaisquer das duas hipóteses que pudesse justificar a intervenção deste Tribunal para alterar o valor da indenização fixado com moderação na instância a quo, segundo as peculiaridades do caso. Improcedente, portanto, a alegação de divergência jurisprudencial quanto ao tema. 2. Agravo regimental desprovido.” (STJ. T3 – TERCEIRA TURMA. AgRg no Ag 477631 / SP AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2002/0131330-9. REL. MIN. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO. PUB. 31.03.2003).

O valor da indenização por dano moral está sujeito ao controle do Superior Tribunal de Justiça, desde que o quantum contrarie a lei ou o bom senso, mostrando-se manifestamente exagerado, ou irrisório, distanciando-se das finalidades da lei.

Não há parâmetros para demonstrar o que se considera irrisório ou exagerado. Apenas a análise da situação proposta é que conduzirá os Ministros na qualificação do valor. “As circunstâncias ditarão a razoabilidade das indenizações, porém o STJ não pode perder de vista sua relevantíssima função de uniformizar a jurisprudência nacional, inclusive em relação aos valores”⁴⁸¹

A participação do STJ na aferição do valor a título de indenização por danos morais resume-se ao caráter preventivo, onde se busca evitar a determinação de valores considerados exorbitantes ou até mesmo ínfimos. O Superior Tribunal de Justiça funciona como o fiel da balança que busca equilibrar os pesos e as medidas ali depositados.⁴⁸² Esta intervenção, portanto, configura-se como excepcional, não devendo ser encarado como a *ultima ratio* de decisões ordinárias e condizentes com o pensamento dominante.⁴⁸³

5.5 A NATUREZA JURÍDICA DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Uma zona de conflito bastante pulsante na doutrina refere-se à natureza jurídica da indenização por danos morais. Unanimidade não é uma palavra que pode ser usada nestes casos. Apesar de toda divergência, começa a germinar uma corrente dominante no sentido de

⁴⁸¹ NETTO, Felipe P. Braga. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 40.

⁴⁸² Segundo José Roberto Ferreira Gouveia e Vanderlei Archanjo da Silva: “incidindo portanto os danos morais sobre um campo probatório limitado, facilita-se a atuação do STJ no controle de sua quantificação, já que esse Tribunal tem sua competência e sua estrutura direcionadas substancialmente às matérias de direito, e não às de fato.” (GOUVEIA, José Roberto Ferreira; SILVA, Vanderlei Archanjo da. *Quantificação dos danos morais pelo Superior Tribunal de Justiça*. In: *Dano Moral e sua Quantificação*. Caxias do Sul: Plenum, 2007. 1 CD-ROM. ISBN 978-85-88512-18-4).

⁴⁸³ Contrário à intervenção do STJ na modificação do *quantum* indenizatório, Ivan César Moretti afirma que: “O STJ, ao rever as indenizações aplicadas pelas instâncias inferiores, mas impedido de rever fatos e provas em conjunto, acaba desconsiderando as circunstâncias que envolveram o caso concreto e que foram tomadas em consideração pelas esferas anteriores, sob a falsa idéia de que reformou o quantum mas não reviu provas e fatos, o que, data venia, é impossível, sob pena de se malferir o próprio princípio da igualdade, nivelando situações que, de fato, são diferentes em natureza e gravidade. E nem se argumente que a Corte Superior vale-se apenas dos fundamentos fáticos descritos nas decisões inferiores, sem rever provas, pois foi exatamente em decorrência das provas apresentadas e dos fatos verificados no caso concreto que se chegou a um quantum determinado, que seria, então, mais próximo da realidade do que a avaliação (fictícia-exclusivamente subjetiva) do STJ, esta tomada à distância do conjunto probatório contido nos autos, que, como vimos, é imprescindível para se investigar/mensurar o porte econômico do ofensor e, principalmente, o grau de culpa ou dolo verificado in concreto, bem como as condições em que se deu a ofensa, com todas as peculiaridades e dificuldades que envolvem este tipo de demanda (prejuízos não-patrimoniais).” (MORETTI, Ivan Cesar. *A indenização por danos morais no STJ*. In: *Dano Moral e sua Quantificação*. Caxias do Sul: Plenum, 2007. 1 CD-ROM. ISBN 978-85-88512-18-4).

considerar a natureza jurídica da indenização por danos morais como sendo de caráter mista.

Na seara dos danos morais, torna-se bastante difícil a restituição ou reconstituição da situação anteriormente existente. Estando os danos morais no âmbito dos direitos de personalidade, torna-se absolutamente impraticável reconstituir a integridade moral do ofendido. Diante disso, qual seria efetivamente a natureza jurídica daquele valor determinado a título de indenização por agravos imateriais?

A doutrina, assim como em outras oportunidades, não é pacífica neste ponto. Apesar de, modernamente, tangenciar no sentido de acatar a natureza mista da indenização, é possível encontrar tendências no sentido de acatar apenas o aspecto satisfatório ou exclusivamente o punitivo. Estas três vertentes inspiram os conflitos entre os pensadores do dano moral. A batalha não é tão fervorosa quanto aquela destinada à sua liquidação, mas, mesmo assim merece destaque nos estudos sobre o tema.

5.5.1 A indenização e sua função sancionadora

Apesar de, cotidianamente, não possuir grande repercussão doutrinária, a corrente que defende a função tipicamente sancionadora do dano moral data de épocas anteriores, ainda que não muito longínquas. Georges Ripert⁴⁸⁴ foi um dos defensores mais ferrenhos deste raciocínio. Para ele, não seria possível falar em reparação para o agravo imaterial, mas sim em uma pena civil que serviria para reprimir exemplarmente a atitude escolhida pelo ofensor.⁴⁸⁵

A defesa da imoralidade da compensação dos prejuízos que não poderiam ser aferidos economicamente serviu como mola propulsora para a evolução inicial da corrente sancionadora. O que importava não era necessariamente o valor pago à vítima. Ela não era o centro das atenções. Almejava-se castigar o sujeito ativo em razão da sua conduta dolosa.

Autores europeus como o francês Carbonnier e o Italiano De Cupis agregaram importância ao caráter sancionatório da indenização. Para eles, a contraprestação efetiva que deve ser aplicada para um ato socialmente censurável é a sanção.⁴⁸⁶ Sendo assim, não há porque

⁴⁸⁴ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Trad. O. de Oliveira. São Paulo: Saraiva, s/d, p. 181.

⁴⁸⁵ Segundo Rodolfo Pamplona Filho: “esta corrente de pensamento não dirigia suas atenções para a proteção da vítima ou para o prejuízo sofrido com a lesão, mas sim para o castigo à conduta dolosa do autor do dano. Somente isto justificaria o reconhecimento de uma indenização por dano moral.” (PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O dano moral na relação de emprego*. 3. ed. amp. rev. atual. São Paulo: LTr, 2002, p. 84).

⁴⁸⁶ Em sua obra, Yussef Said Cahali destaca trechos dos autores Carbonnier e De Cupis, segundo os quais, respectivamente: “*injuste que la faute du responsable n’eût pas de sanction: les dommages-intérêts se justifient alors comme une sorte de peine privée, d’amende privée, qui, au lieu de profiter à l’Etat, comee l’amende du Droit Pénal, profite à la victime*” e “*Il danno attingituridico si caratterizza per la speciale natura della reazione*

garantir tratamento diferenciado para o menoscabo psicológico, na medida em que a fonte de sua ocorrência é, à semelhança de qualquer outro dano, um ato ilícito.

A resistência encontrada na sustentação desta corrente está na ausência de norma que autorize a aplicação da penalidade nestes casos. Isso porque, seguindo o princípio de que não há crime sem lei anterior que o defina, torna-se impossibilitado a aplicação de uma punição a alguém pela prática de um ato não acobertado pela norma legal. No Brasil, este princípio encontra-se insculpido no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal⁴⁸⁷. Portanto, inviável seria inserir no ordenamento civilista tal vestimenta para a indenização por danos morais.

Já se foi o tempo em que as sanções civis e penais se confundiam. A sanção penal tem por fim a repressão do ato ilícito e não guarda relação com o valor do bem lesado. Por ai se vê que o caráter sancionatório autônomo, nas condições mencionadas, tem todas as características de sanção penal.

[...]

Não cabe ao juiz, mas ao legislador estabelecer os seus limites máximos e mínimos. Do contrário, ficaria a critério de cada um fixar a pena que bem entendesse. Enquanto garantia constitucional, o princípio da legalidade das penas não se aplica exclusivamente ao direito penal.⁴⁸⁸

Ademais, houve resistência na aplicação desta linha, pois rondava sobre ela o fantasma do enriquecimento sem causa por parte do agredido. Galgar, restritamente, em direção do responsável pelo dano moral é, sem dúvida nenhuma, recalcitrar perante a resistência que a jurisprudência moderna vem imputando para a indenização por menoscabos psicológicos. Os julgadores não economizam esforços para evitar que haja aferição de vantagem econômica em razão do prejuízo sofrido.

Neste sentido, a teoria do caráter exclusivamente punitivo do dano moral naufraga diante da realidade atual. O pensamento dominante caminha no sentido de encontrar meios para garantir a devida prestação jurisdicional ao sujeito passivo. Diante da idéia da indenização plena⁴⁸⁹, não é possível pensar apenas em castigar o ofensor, deixando ao largo o ofendido. É

giuridica che si svolge contro di esso. La reazione assume, inverò, la fisionomia piú determinata di sanzione. La sanzione è precisamente quella conseguenza per mezzo della quale il diritto intende garantire la prevalenza di un determinato interesse contro gli atti lesivi compiuti da soggetti in cui interesse esso ha inteso subordinare” (CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. rev. amp. autal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 35-36).

⁴⁸⁷ Art. 5º, CF/88 – todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros, residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

⁴⁸⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 591.

⁴⁸⁹ Segundo este ideal, o sujeito passivo deve ser o centro da atenção na responsabilidade civil. O julgador possui como missão conduzir o ofendido a ser indenizado no seu âmbito mais amplo possível. A preocupação está relacionada a garantir a devida resposta judicial àquele que foi vítima do ato danoso.

fundamental trazer para a análise a perspectiva do prejuízo sofrido, o que retirou ainda mais o brilhantismo desta corrente.

5.5.2 Os danos morais compensatórios

Em consequência, há outra corrente que defende que as indenizações relativas aos danos morais devem se ater apenas para compensar o dano sofrido. A partir da negativa de existência de caráter punitivo, os defensores desta linha de pensamento asseguram que o valor encontrado em razão da agressão imaterial deve ser mensurado buscando a estrita compensação pelo autor do dano dos prejuízos por ele causados à vítima. Sustenta-se que é impossível atribuir algo de sancionador às indenizações referidas, haja vista que estas se tornariam verdadeiras penas civis.

Creio que na fixação do quantum debeat da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve Juiz ter em mente *o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro*. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. A qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.⁴⁹⁰ (destaque no original).

A grande questão não respondida pelos defensores desta linha de raciocínio está em saber qual será o valor que deva ser considerado como meramente compensador. Como achar um denominador comum para aquilo que não tem valor estipulador? Perante o subjetivismo do julgador, por razões óbvias, não é possível respondê-las com exatidão.

A ausência de liquidez para o resultado da prestação jurisdicional por agressão material é a mola propulsora para a aceitação desta corrente. Diferentemente do prejuízo material, a indenização decorrente da lesão imaterial não busca alcançar a equivalência com o dano sofrido, mas sim compensar ou buscar a satisfação do ofendido.⁴⁹¹ Diante da incurabilidade da agressão moral, o valor em dinheiro pago ao ofendido serviria, como já explicado, apenas para conceder-lhe alguns benefícios que, indiretamente, poderiam amenizar o sofrimento.

⁴⁹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. rev. aum. atual. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 115.

⁴⁹¹ André Gustavo Corrêa de Andrade, fundamentado no pensamento de Roberto H. Brebbia anuncia que a compensação não pode ser utilizada como sinônimo de satisfação. Segundo o autor francês, somente seria possível admitir a indenização com aspecto compensatório se o dano fosse passível de ser avaliado pecuniariamente como acontece com os danos materiais. Quando isso não é possível, ou seja, não admite uma valoração pecuniária, no caso dos danos morais, a indenização deve assumir o caráter satisfatório. Isso implica em dizer que o aspecto compensatório está diretamente relacionado com os danos materiais, enquanto que aquele valor que busca a satisfação vincula-se aos danos morais. (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, p. 155).

Sendo a satisfação da vítima o objetivo central da indenização por danos morais estaria, portanto, cumprida a finalidade do instituto com a mera aplicação desta teoria. Porém, com o evoluir doutrinário, passou-se a perceber que, com a condenação indenizatória, o ofensor sofreria uma sanção ao desprender um valor pecuniário para o ofendido.

Na relação travada entre ambos, a satisfação de um estaria diretamente relacionada à diminuição patrimonial do outro, o que implica em dizer que para esse segundo haveria a imputação de restrição, ainda que exclusivamente econômica. Portanto, percebeu-se que considerar somente a compensação tornava o pensamento incompleto, imputando-se na necessidade de evoluir no sentido da aplicação do caráter misto da indenização

5.5.3 O caráter misto da indenização

Esta corrente encontra-se utilizada pela doutrina majoritária⁴⁹² que reconhece a indenização por dano moral como sendo de caráter misto ou dúplice. Ao inserir na análise a idéia de sanção ou pena, estes autores sucumbem à imprescindível análise teleológica do conceito de pena, que, por sua vez, será feita em momento oportuno⁴⁹³. Vale destacar que alguns defensores da reparação do dano moral com caráter dúplice cuidam de não confundir o viés sancionador da reparação com pena civil. Neste sentido corrobora Clayton Reis ao afirmar que:

A compensação da vítima tem um sentido punitivo para o lesionador, que encara a pena pecuniária como uma diminuição do seu patrimônio material em decorrência do seu ato lesivo. Esse confronto de forças, de um lado a vítima que aplaca o seu sentimento de vingança pela compensação recebida, e do outro o lesionador que punitivamente paga pelos seus atos inconseqüentes, é forma de o Estado agir para conseguir o equilíbrio de forças antagônicas.⁴⁹⁴

Maria Helena Diniz é simpática a este posicionamento aduzindo que com a diminuição do patrimônio do ofensor em decorrência do valor pago ao ofendido a título de indenização ele estará sofrendo as conseqüências da prática do seu ato. Por sua vez, o caráter compensatório vem agregado à situação dos danos morais pertencer à gama de direitos extrapatrimoniais, o que implica em dizer que a quantia paga visa trazer uma satisfação ao ofendido no sentido de atenuar a ofensa a ele causada.⁴⁹⁵

⁴⁹² Por todos, CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. rev. aum. atual. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.

⁴⁹³ Para a análise sobre a conceituação de pena, vide capítulo VI.

⁴⁹⁴ REIS, Clayton. *Dano moral*. 4. ed. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.90 et. seq.

⁴⁹⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, Vol 7, p. 105-106.

Neste mesmo sentido, milita Humberto Theodoro Júnior. Para o autor, os direitos da personalidade devem ser mantidos sob constante proteção. Ao serem feridos, eles não retornarão mais à sua condição de perfeição anteriormente existente. Sendo assim, “atribui-se um valor à reparação, com o duplo objetivo de atenuar o sofrimento injusto do lesado e de coibir a reincidência do agente na prática de tal ofensa, mas não como eliminação mesma do dano moral.”⁴⁹⁶

Para Caio Mário da Silva Pereira, deve-se ter bastante cautela na estipulação de um valor condizente a fim de se evitar que haja a incursão nas vias escusas dos abusos que porventura venham a ser praticados pelo ofendido. O caráter compensatório é evidente, porém não se pode esquecer também a incidência da punição ao ofensor em razão o ato em questão.⁴⁹⁷

Os adeptos desta teoria observam os danos morais a partir de dois prismas. Eles abandonam a abordagem unidirecional consistente nas teorias exclusivamente satisfatórias ou compensatórias para agrupá-las e, com isso, desenhar a sua natureza jurídica de forma mais completa. Pelos olhos da vítima, a agressão deve figurar-se como satisfatória, enquanto para o ofensor, deve ser apresentado o seu aspecto sancionatório.⁴⁹⁸

Esta punição ao agressor se extrai do valor pago a título de indenização ao ofendido. Por menor que seja tal montante, considerar-se-á o sujeito ativo como foco de uma censura. “A compensação para o lesionado tem sentido punitivo para o lesionador, que a recebe como uma

⁴⁹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 4. ed. atual e amp. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 3.

⁴⁹⁷ Segundo Caio Mário da Silva Pereira: “Na reparação por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas: I) punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II) pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o *pretium doloris*, porém o meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil. De acordo com a constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 338).

⁴⁹⁸ Neste sentido, acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “AÇÃO INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - AGRAVO RETIDO. - AUSÊNCIA DE PEDIDO DE EXAME - NÃO-CONHECIMENTO - EMPRESA DE TELEFONIA - CLONAGEM DO TELEFONE - BLOQUEIO - LEGALIDADE - RESCISÃO DO CONTRATO - EMISSÃO POSTERIOR DE CONTAS - NEGATIVAÇÃO DE NOME NOS CADASTROS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO - DANO MORAL PURO - REPARAÇÃO DEVIDA - VALOR DA INDENIZAÇÃO - ADEQUAÇÃO - MULTA COMINATÓRIA - DESCUMPRIMENTO DA LIMINAR - VALOR - REDUÇÃO - INCIDÊNCIA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Não se conhece do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo Tribunal - Artigo 523, § 1º do Código de Processo Civil. Para a fixação do dano moral inexistem parâmetros certos e fixos, imprescindível apenas, observar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, levando em consideração ainda a função pedagógica da medida, mas sem que haja, para tanto, fixação irrisória ou enriquecimento ilícito de uma das partes e penalização excessiva da outra. A multa diária é um meio de coação, um instrumento coercitivo cuja utilização pressupõe a necessidade de que a decisão judicial seja cumprida, e no menor tempo possível, em face do prejuízo que o atraso pode acarretar à parte que venceu a demanda. Revelando-se excessivo o valor da multa cominatória, pode a instância revisora proceder à sua redução, em obediência ao disposto no § 6º do artigo 461 do Código de Processo Civil. Fixados os honorários advocatícios em 20% sobre o montante da condenação, aí deve estar incluído o montante da multa cominatória. (TJMG. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.798473-4/001. REL. DES. TARCÍSIO MARTINS COSTA. PUB. 12.01.2008)

pena pecuniária que provoca uma diminuição do seu patrimônio material em decorrência do seu ato lesivo”⁴⁹⁹.

Realizado um ato que venha a desequilibrar os liames intersubjetivos da sociedade, torna-se necessária a interferência do judiciário para manter hígido o equilíbrio da sociedade. O meio social necessita de uma resposta condizente que busque coibir as seqüências de condutas semelhantes àquela que está a se censurar.

Agregado a isso, esta condenação adotará a função de reparar os efeitos danosos decorrentes daquele ato, na medida em que não cabe deixar a vítima sem a devida prestação judicial. Sendo assim, na fixação do montante reparatório, a comunhão de tais preceitos é o mais recomendado para que se possa dar uma efetiva prestação jurisdicional à vítima.

Esse caráter *aflitivo* que subsiste tanto no ressarcimento como na reparação não conflita com a assertiva singela daqueles para os quais “não confunde a reparação com a pena”, desde que não nos deixemos envolver por um preconceito retrógrado ligado ao Direito Romano, a confundir a indenização com a pena adotada para designar a composição pecuniária que veio após e em substituição á vingança privada⁵⁰⁰. (destaque no original)

A teoria mista apresenta-se como a mais aceita e sua aplicabilidade difunde-se por amplos horizontes. Para o STJ, o importante é sancionar o ofensor e, ao mesmo tempo satisfazer a vítima⁵⁰¹. É neste ponto que os Ministros demonstram a sua preferência pela satisfação em detrimento à punição. A idéia é unir as duas, porém diante das decisões por eles emanadas, é possível vislumbrar que, na realidade, a censura ao agressor vem em segundo plano.

O pensamento que contorna o cálculo do valor a partir do patamar do ofensor não é exclusivamente o de puni-lo ou recriminá-lo. A obrigação que o agente tem em depreender do seu patrimônio qualquer quantia a título de indenização por agressão imaterial faz com que ele venha a sofrer com a sentença proferida. Então, o caráter pedagógico já estaria insculpido

⁴⁹⁹ SILVA, Américo Luiz Martins. *O dano moral e sua reparação civil*. 3. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 62.

⁵⁰⁰ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. rev. amp. autal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 40.

⁵⁰¹ Neste sentido, STJ: CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - AFASTAMENTO DA SÚMULA 7/STJ - PUBLICAÇÃO NA IMPRENSA QUE CAUSOU GRANDES CONSTRANGIMENTOS AO AUTOR - VALOR DA INDENIZAÇÃO. 1. Não incidência da Súmula 7/STJ à hipótese em comento, por não se tratar de reexame do contexto fático-probatório e sim de sua valoração. 2. Cabe ao Superior Tribunal de Justiça o controle do valor fixado a título de indenização por dano moral, que não pode ser ínfimo ou abusivo, diante das peculiaridades de cada caso, mas sim proporcional à dúplice função deste instituto: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir. 3. Indenização de 300 (trezentos) salários-mínimos, fixada pelo Tribunal recorrido, que se apresenta razoável, diante da situação descrita nos autos - publicação, na imprensa local, de lista que causou grandes constrangimentos ao autor. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e neste parte improvido. (STJ. T2 – SEGUNDA TURMA. REsp 575023 / RS. RECURSO ESPECIAL 2003/0132170-7. MIN. ELIANA CALMON. PUB. 27.04.2007).

no montante que satisfaça o ofendido. Seriam duas forças que constantemente tencionam no sentido de garantir o retorno ao equilíbrio destruído após a prática do ato lesivo.⁵⁰²

Carlos Roberto Gonçalves chancela o pensamento segundo o qual o que importa para o cálculo do montante do valor indenizatório é a busca pela satisfação do ofendido em razão do prejuízo sofrido. A sanção aplicada ao ofensor fica em segundo plano, como uma consequência direta do primeiro. “O caráter punitivo é meramente reflexo, ou indireto: o autor do dano sofrerá um desfalque patrimonial que poderá desestimular a reiteração da conduta lesiva. Mas a finalidade precípua do ressarcimento dos danos não é punir o responsável, e sim recompor o patrimônio do lesado”⁵⁰³.

Perceba que o autor, ao emanar seu opinativo, utiliza a expressão “poderá desestimular a reiteração da conduta lesiva”, o que demonstra o desinteresse, quase que completo, da aplicação da teoria do desestímulo. O que importa é dar uma prestação jurisdicional à vítima, mesmo que este valor em nada represente ao ofensor. Esta, por sua vez, representa uma postura bastante arriscada perante a intensa e, cada vez mais, frágil interação social.

Ao abordar a temática, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona concluem que “a natureza jurídica da reparação do dano moral é sancionadora (como consequência de um ato ilícito), mas não se materializa através de uma “pena civil”, e sim por meio de uma *compensação* material ao lesado, sem prejuízo, obviamente, de outras funções acessórias da reparação civil.”⁵⁰⁴.

Acredita-se que a grande falha desta teoria encontra-se exatamente na limitada importância que se concede ao aspecto restritivo do comportamento do sujeito passivo. Bastante sedutora é a análise de Yussef Said Cahali acerca da natureza jurídica da indenização a título de danos morais. Para o autor, “a indenizabilidade do dano moral desempenha uma função tríplice: reparar, punir e admoestar ou prevenir”⁵⁰⁵. A indenização deve possuir um respaldo maior no

⁵⁰² Ramon Daniel Pizarro lança inúmeros questionamentos sobre o tema: “¿Cómo conciliar la tesis punitiva del daño moral, que parte de la base de la antijuridicidad e inmoralidad Del resarcimiento Del daño moral (“el precio del dolo”), com la tesis del resarcimiento que postula, como ya vimos, una cosmovisión totalmente diferente de la cuestión? ¿Cómo conciliar ideas que son fruto de una ponderación individualista Del Derecho u de la responsabilidad civil, obsesionada por la protección de la víctima? ¿Cómo conciliar lo inconciliabile?” (PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral: prevención / reparación / punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho*. Buenos Aires: Hammulabi, 1996, p. 114). Em tradução livre: como conciliar a tese punitiva do dano moral, que parte da base da antijuridicidade e imoralidade do ressarcimento do dano moral (“o preço da dor”) com a tese do ressarcimento que postula, como já vimos uma cosmovisão totalmente diferente da questão? Como conciliar idéias que são frutos de uma ponderação individualista do direito de relacioná-la com outras que são resultados de uma visão solidarista da responsabilidade civil, voltada para a proteção da vítima? Como conciliar o inconciliável?

⁵⁰³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 585.

⁵⁰⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. vol III. Saraiva: São Paulo, 2003, p. 88.

⁵⁰⁵ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 175.

seu aspecto sancionador até mesmo para servir como desestímulo, convergindo a resposta do ordenamento jurídico à conduta lesiva e injusta do autor.

5.6 A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL

Ponto nevrálgico de toda problemática abordada neste capítulo - a quantificação do dano moral - faz ferver as discussões doutrinárias ao longo dos anos. A apuração do *quantum* referente aos danos morais possui uma complexidade muito maior do que aquela atinente aos danos materiais, na medida em que o bem lesado, neste caso, não pode ser medido monetariamente⁵⁰⁶. Sobre este tema Anderson Schreiber afirma que:

O novo Código Civil perdeu a chance de estabelecer critérios legais para o arbitramento do dano moral. Pior: suprimiu o antigo artigo 1.553 e introduziu um confuso artigo 946, estabelecendo que, sendo as obrigações indeterminadas (a significar provavelmente ilíquidas), "apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar". Ocorre que a lei processual nada determina no tocante à apuração do dano moral. O Código de Processo Civil menciona, sim, o arbitramento, ao tratar da liquidação de sentença, mas o significado aí é inteiramente diverso daquele que era empregado pelo artigo 1.553 do Código Civil de 1916.⁵⁰⁷

Durante a evolução do instituto, é possível encontrar três estágios diferentes na fixação do montante do dano moral. Os Tribunais Franceses inicialmente aceitavam a indenização simbólica. Apenas um franco serviria para mostrar ao ofensor que o seu comportamento foi merecedor de censura social. O que se valorizava era o aspecto moral da condenação.

Este pensamento demonstrou duas situações que são inversas àquela pretendida pelo Estado-Juiz: não houve um desestímulo à prática de atos ofensivos; e a vítima sempre ficava sem a prestação jurisdicional que lhe era cabível. Com isso, passou-se a deduzir que o valor arbitrado pelo Juiz não poderia ser tão irrisório e também não deveria enriquecer a vítima, formato este que domina os tribunais do Brasil sob o manto do princípio da razoabilidade.

A terceira forma de identificação da indenização vem a partir da doutrina estrangeira do *punitive damage*. Apesar de já consolidada em países como os Estados Unidos, esta forma de

⁵⁰⁶ Maria Celina Bodin de Moraes lembra que a doutrina francês deu o primeiro passo para a evolução de forma como se deveria indenizar o dano moral. Diante da impossibilidade de verificação econômica do bem ofendido, a doutrina francesa passou a agregar-lhe um valor simbólico, no intuito meramente de expressar a reprovação social em relação àquele ato praticado. "Como o bem jurídico lesionado era insuscetível de avaliação pecuniária, a condenação tinha, na verdade, um caráter de exemplaridade." (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 268).

⁵⁰⁷ SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo código civil. In: *Dano Moral e sua Quantificação*. Caxias do Sul: Plenum, 2007. 1 CD-ROM. ISBN 978-85-88512-18-4.

pensar ainda encontra muita resistência para permanecer no sistema jurídico brasileiro. Consiste ela na observação da teoria do desestímulo.⁵⁰⁸

Vale salientar que o valor da causa determinado pelo autor em sua petição inicial possui caráter meramente estimativo. Sua utilidade é restrita aos efeitos fiscais não devendo ser considerado como referência na fixação da indenização. Assim, poderá o magistrado determinar valor inferior ou superior ao pedido, sem que, neste último caso, venha a realizar julgamento *extra petita*. O próprio Superior Tribunal de Justiça possui julgados neste sentido que afirmam da desvinculação do valor da causa com a condenação que poderá ser submetido o réu da ação.⁵⁰⁹

Afirmar que se deve buscar a reparação plena do dano injustamente sofrido, não significa dizer que o responsável pelo ato praticado deva garantir o retorno absoluto ao *status quo ante* do ofendido, até mesmo porque diante da temática aqui proposta, esta se faz impossível de ser realizada⁵¹⁰. Este princípio deve ser entendido como a busca pelo ressarcimento de todo dano que encontre uma relação adequada com o seu direito gerador.⁵¹¹ O magistrado não pode furtar-se a conceder a prestação jurisdicional àquela pessoa que espelha em si a lesão não-econômica.

⁵⁰⁸ Sobre a teoria do desestímulo, ver capítulo V.

⁵⁰⁹ Neste sentido, STJ: CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. MATÉRIA JORNALÍSTICA OFENSIVA À HONRA DE PREFEITA MUNICIPAL. MATÉRIA DE FATO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. ART. 21 DO CPC. INOCORRÊNCIA. I. Implica em reexame fático, obstado pela Súmula n. 7 do STJ, a reapreciação da prova interpretada pelas instâncias ordinárias, que concluíram pela ofensa à honra da autora, prefeita municipal, em publicações veiculadas em jornal da editora-ré. II. Dada a multiplicidade de hipóteses em que cabível a indenização por dano moral, aliada à dificuldade na mensuração do valor do ressarcimento, tem-se que a postulação contida na exordial possui caráter meramente estimativo, não servindo como fundamento para a aplicação da sucumbência recíproca em verba honorária, em caso de a decisão final vir a fixar montante inferior ao assinalado na peça inicial. Precedentes do STJ. III. Recurso especial não conhecido. (STJ. T4 – QUARTA TURMA. REsp 679040 / RN RECURSO ESPECIAL 2004/0096017-1. REL. MIN. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR. PUB. 11.04.2006).

⁵¹⁰ Ao criticar os autores que buscam afastar o princípio da reparação plena ao dano moral, Ramon Daniel Pizarro alude que tal pensamento não deve ser aceito, na medida em que a exclusão deste princípio deveria constar de forma expressa na lei ou apresentar uma incompatibilidade pontual entre o caso prático e o princípio da reparação plena. Para o autor, injustificado seria sustentar este posicionamento na medida em que o dano moral faz parte do grande conglomerado da reparação integral de todo o dano injustamente sofrido, o que lhe garante o alcance do princípio geral da reparação plena. (PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral: prevención/reparación/punición: el daño moral em las diversas ramas del Derecho*. Buenos Aires: Hammulabi, 1996, p. 384).

⁵¹¹ Ramon Daniel Pizarro defende posicionamento semelhante e conclui “*estes es uno de lo grandes pilares sobre los que se orienta el moderno Derecho de daños, que lleva sus esfuerzos hacia una justa y plena reparación del detrimento injustamente sufrido. Para alcanzar este objetivo, es indispensable que la víctima sea resarcida em forma plena, pues de esa manera se restablece el equilibrio preexistente, alterado por el hecho dañoso.*” (Ibidem, p. 380) Em tradução livre: este é um dos grande pilares sobre os quais se orienta o moderno direito de danos, que leva seus esforços até uma justa e plena reparação do prejuízo injustamente sofrido. Para alcançar este objetivo, é indispensável que a vítima seja ressarcida de forma plena pois dessa maneira se restabelece o equilíbrio preexistente, alterado pelo fato danoso.

Diante disso, destaca-se a doutrina de Américo Luiz Martins da Silva⁵¹² na qual existem três maneiras para a fixação da indenização em razão dos danos morais: Denominada de reparação convencional, a primeira maneira parte da transação entre o ofensor e o ofendido, ou outra pessoa que tenha obrigação de indenizar. A fixação do *quantum* se faz sem maiores embates, pois parte diretamente da vontade dos interessados.

No segundo tipo encontram-se aquelas indenizações legalmente estipuladas, denominadas de reparação legal. Estas também não admitem muita discussão, pois sua condição de vinculado à norma se faz de forma absoluta. Por fim, o terceiro agrupamento refere-se à fixação do montante a partir da análise exclusiva do magistrado, conhecido como reparação judicial e que será analisado com mais vagar no transcorrer do presente estudo.

5.6.1 Critério matemático

Quando se fala em prejuízo patrimonial, a forma utilizada para encontrar o valor referência não demanda maiores dificuldades. A partir de simples operações aritméticas, é possível encontrar exatamente a quantia que representa o desfalque material experimentado pela vítima. Feito isso, considerar-se-á satisfeita esta obrigação, não devendo haver qualquer outro pleito por parte do sujeito passivo em relação a esta situação. Para os danos materiais, na maioria das vezes, aplica-se o denominado critério matemático, segundo o qual o julgador deve buscar o *quantum debeatur* a partir do *an debeatur*.

Esta forma também é aplicada, mais restritamente, ao dano moral. É possível observar em alguns julgados a existência desta sistemática. Geralmente aplica-se tal pensamento quando se depara com situações envolvendo títulos protestados indevidamente. O julgador opta por tarifar o valor da indenização à semelhança do valor constante no documento em questão. Assim, segundo eles, estar-se-ia mantendo a equidade e o equilíbrio das relações jurídicas.⁵¹³

⁵¹² SILVA, Américo Luiz Martins. *O dano moral e sua reparação civil*. 3. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.62.

⁵¹³ Este é o posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: RESPONSABILIDADE CIVIL. PROTESTO INDEVIDO DE TÍTULO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO BANCO QUE APRESENTA O TÍTULO PARA PROTESTO. DANO MORAL PURO. CONDUTA CULPOSA DO BANCO RÉU. DEVER DE INDENIZAR. VALOR DA INDENIZAÇÃO MANTIDO. 1. Tendo sido o banco réu quem apresentou o título emitido em nome do autor para protesto, e arrimando-se a pretensão do requerente no protesto indevido, presente a relação jurídica entre as partes a legitimar o banco réu para responder à ação. Eventual responsabilidade pelos danos advindos ao autor é matéria a ser analisado no mérito. 2. Restou comprovado nos autos que o autor teve título pago protestado, o que evidencia a ilicitude da conduta. O dano moral decorre diretamente do abalo de crédito sofrido, prescindindo-se de comprovação específica consoante entendimento pacificado no STJ. 3. Responsável, no presente caso, o banco réu pela ilicitude da conduta. Embora se trata de endosso-mandato, tem-se que, após regularmente paga a cobrança feita pelo réu, não poderia este, ainda que a

Porém, em recurso nº 182.195/SP que teve como relator o Min. César Asfor Rocha, a Quarta Turma do STJ posicionou-se contra este tipo de quantificação do dano moral, considerando-a inadequada para o caso. Em seu voto, o Ministro relator destacou “a inadequação ou impropriedade de se estipular a indenização, no caso de duplicata indevidamente protestada, em um número de vezes o valor do título” na medida em que “às vezes, um valor insignificante pode ter repercussão maior do que quando o título protestado importe em quantia elevada, não guardando a reparação do dano qualquer relação com o valor da duplicata.”⁵¹⁴

Plenamente aceitável o opinativo do Min. César Asfor Rocha. De acordo com o que determina o art. 944 do Código Civil, a indenização deve ser estipulada de acordo com a extensão do dano e não com base, no caso, no valor do título protestado. A estipulação deste parâmetro conduziria o Poder Judiciário a comportar-se de forma disforme ao seu preceito fundamental que é o de trazer o equilíbrio social. Avaliar apenas a partir do montante escrito na duplicata é um viés perigoso a ser seguido, pois desconsidera o real dano que foi causado ao íntimo do ofendido e que é variável a cada pessoa.

O dano moral visa proteger o ser humano a partir de direitos inerentes à sua existência (os direitos da personalidade). Não se pode vincular um prejuízo considerado inestimável ao valor de um outro bem, como no caso, o de um título. Deve-se utilizar outro critério que não o matemático para enfrentar o problema da quantificação do dano moral.

pedido da credora, emitir título e protestá-lo, desprezando o pagamento efetuado. A conduta da credora do autor mostrou-se ilícita, e disso tinha conhecimento o banco réu, não podendo com ela pactuar. O fato de o pagamento ter sido realizado em estabelecimento bancário diverso em nada afasta o dever do réu de computá-lo, tendo em vista o sistema integrado entre os bancos e a expressa autorização nesse sentido. 4. Mostrando-se culposa a conduta do banco réu, presente sua responsabilidade no presente caso. 5. O valor fixado a tal título (R\$3.000,00) mostra-se adequado. Não comprovou o autor terem os danos extrapolado o abalo de crédito sofrido, ainda que se trate de pessoa jurídica. De outro lado, tampouco comprovou o réu eventual exacerbação da quantia arbitrada, não havendo falar em reparo na decisão. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. Recursos do autor e do réu improvidos. (Recurso Cível Nº 71001408244, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 06/12/2007).

⁵¹⁴ Recurso Especial nº 182195 cuja ementa é a seguinte: AÇÃO DE NULIDADE DE TÍTULO E CANCELAMENTO DE PROTESTO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DUPLICATA SEM CAUSA. COMUNICAÇÃO. ENDOSSO TRANSLATÍCIO. RESPONSABILIDADE DO ENDOSSATÁRIO PELOS DANOS CAUSADOS AO SACADO. VALOR INDENIZATÓRIO. NÚMERO DE VEZES O TÍTULO PROTESTADO. INADEQUAÇÃO. Incontroverso o fato de a sacada haver procurado o banco comunicando a ausência de lastro da duplicata que vem a ser anulada em juízo, o banco endossatário, por endosso translaticio, que levou o título a protesto, tem legitimidade passiva para ação de indenização e responde, na proporção da sua culpa, pelo dano experimentado pela sacada com os efeitos do ato, relativamente a ela, indevido. O valor da indenização há de observar a parcela de culpa de cada réu, não devendo corresponder a um número de vezes o título protestado. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (STJ. T4 – QUARTA TURMA. REsp 182195 / SP RECURSO ESPECIAL 1998/0052709-5. REL. MIN. CESAR ASFOR ROCHA. PUB. 26.08.2002).

5.6.2 O tabelamento do dano moral:

Dentre tantas críticas lançadas à possibilidade de indenizar o dano moral, e a de agregar valor monetário a este tipo de agressão, está o grupo que apresenta uma certa aversão à liberdade concedida ao magistrado para a estipulação do valor referência. Assim, para solucionar tal problemática, nada melhor do que elaborar um sistema de consultas onde conste, de forma pré-determinada, os valores relativos a um grupo – ou de forma isolada – de direitos da personalidade ofendidos. Seria, no dizer de Wesley de Oliveira Louzada Bernardo “o nirvana dos magistrados, livres, agora, de uma das mais árduas tarefas de sua profissão”.⁵¹⁵

O tabelamento apresenta-se como um caminho viável a ser trilhado na resolução desta questão. Haveria uma relação de valores agregados a determinado tipo de comportamento que seria disponibilizado para a consulta pelo julgador. Este, por sua vez, não necessitaria adentrar em aspectos subjetivos do agressor, do agredido e até mesmo do dano para identificar o valor correto. Assim como numa lista de compras, bastaria escolher o “produto” e aplicar o seu preço.

A estipulação de valores estanques para casos de agravo imaterial representa um corte na própria carne do dano moral. O tabelamento retiraria do instituto seu ponto nevrálgico, ou seja, o subjetivismo. A sua grande característica está, exatamente, em tratar as pessoas de forma peculiar, com a análise do pleito de forma individual.⁵¹⁶

Não se quer, com esta afirmação, sonegar a aplicação do princípio da isonomia, porém este também não deve servir como máscara para esconder a necessidade de uma análise mais aprofundada na busca pela efetiva aplicação da justiça. É inegável que casos semelhantes abarrotam os cartórios espalhados pelo País, porém há também muitos que, *a prima face*, desenham-se como idênticos, mas em seu cerne, apresentam peculiaridades únicas.

O fato é que a determinação de montantes fixos pode acarretar na estipulação de valores ínfimos que, sob o manto da cautela para evitar o enriquecimento sem causa, sirvam como estímulo para a prática de novos comportamentos ensejadores de danos. A redução dos sofrimentos humanos à homogeneidade é um comportamento absolutamente inviável.

⁵¹⁵ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Biblioteca de Teses. São Paulo: Renovar, 2005, p. 129.

⁵¹⁶ Para Wesley de Oliveira Louzada Bernardo o tabelamento se mostra inconcebível para um País como o Brasil. Segundo o autor: “Estou convencido, todavia, de que não há mais nenhum limite legal prefixado, nenhuma tabela ou tarifa a ser observada pelo juiz, mormente após a Constituição de 1988” (*Ibidem*, p. 132).

Observando casos extremos como aqueles que envolvem o direito supremo à vida é possível verificar que a investigação de condições pontuais deve ser levada em consideração. Questiona-se qual a razão que justifica considerar justa, por exemplo, a condenação no montante de 500 salários mínimos, em média, por morte de filho, conforme prática do STJ? Para aquele pai, por exemplo, que não possui qualquer contato com seu filho, ou que apresenta avenças em relação a ele, provavelmente este valor poderia ser considerado ideal, porém para o outro genitor vê em seu único filho a fonte de sua subsistência material e emocional – companheiro de todas as horas – certamente este valor é ínfimo para o tamanho da dor sofrida.

Inviável também a justificativa que aponta no sentido de que o dano moral deve ser observado de acordo com o padrão do homem-médio. Não se está analisando pessoas hipersensíveis ou aquelas mais duras de coração. A questão que se põe à mesa é saber o grau com o qual a agressão atravessou este homem-padrão.

Judith Martins-Costa defende uma espécie de tabelamento mais flexível com o “estabelecimento de “grupos de casos típicos” conforme o interesse extrapatrimonial concretamente lesado e consoante a identidade ou similitude da *ratio decidendi*, em torno destes, construindo a jurisprudência certos tópicos ou parâmetros que pudessem atuar, pela pesquisa do precedente, como amarras à excessiva flutuação do entendimento jurisprudencial.”⁵¹⁷

Neste mesmo sentido, André Gustavo Corrêa de Andrade coloca que qualquer limitação infraconstitucional às indenizações por danos morais seria inconstitucional, uma vez que a consagração do direito a este tipo de indenização é estabelecida na Carta Magna.⁵¹⁸ Defende, entretanto, o referido autor, certos tipos de tabelamento, conforme dispõe:

O estabelecimento de regra que combinasse a previsão de limites indenizatórios suficientemente altos com a fixação de exceções que possibilitassem a flexibilização da regra, admitindo a elevação dos montantes indenizatórios quando demonstrado que o ofensor obteve ganhos financeiros superiores com o ato ilícito ou que os valores preestabelecidos não seriam suficientes, no caso concreto, para exercer as funções de retribuição e dissuasão. Uma norma como essa, se bem elaborada, constituiria, na verdade, um reforço à finalidade dissuasória do instituto, uma vez que a indicação dos valores a que estariam sujeitos os ofensores exerceria considerável força intimidadora em relação a maioria das pessoas,

⁵¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: MARTINS-COSTA, Judith (coord.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 439.

⁵¹⁸ 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, p. 332.

enquanto a cláusula de exceção constituiria um acréscimo de coerção em relação aos demais potenciais ofensores.⁵¹⁹

Este pensamento agrega uma maior liberdade para o julgador que poderá dispor de uma área de atuação maior do que aquela existente no tabelamento ortodoxo. Tal linha de pensamento assemelha-se por demais àquela que, numa primeira análise, pretendia o legislador ao estipular os parâmetros da Lei de Imprensa. Os “grupos de casos típicos” já tinham validade quando se referia a danos provocados pela mídia televisiva e radiofônica – sem esquecer, na atualidade inclui-se também a mídia virtual.

Há previsões normativas que buscam apaziguar esta dificuldade enfrentada pelo julgador no trato dos danos morais. O Código Brasileiro de Telecomunicações –Lei n. 4117, de 27 de agosto 1962 – determinava a forma de mensuração para os danos morais. Em seu art. 84⁵²⁰, o regramento normativo determina a reparação por danos morais em níveis que podem variar entre 5 e 100 salários mínimos em razão de injúria e calúnia.

Neste mesmo sentido filia-se a Lei nº 5250/67⁵²¹, denominada de Lei de Imprensa, que estipula o parâmetro de até 200 salários mínimos para o valor da indenização⁵²² decorrente de danos morais provocados por veículos de comunicação.⁵²³

Esta limitação foi repudiada após a promulgação do ordenamento constitucional moderno. O julgador não necessita mais se vincular aos valores ali estabelecidos para encontrar a correta

⁵¹⁹ *Ibidem*, p. 333.

⁵²⁰ Art. 84 da Lei 4117/62: “na estimação do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e a repercussão da ofensa. § 1º - o montante da reparação terá o mínimo de 5 (cinco) e o máximo de 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País. § 2º - o valor da indenização será elevado ao dobro quando comprovada a reincidência do ofensor em ilícito contra a honra, seja por que meio for”

⁵²¹ Há o projeto de Lei nº 3562/2004 de autoria do deputado Alberto Fraga do PTB/DF que busca a revogação dos arts. 51 e 52 da Lei de Imprensa. Para tal pleito, fundamenta o parlamentar que “revogando-se esses dispositivos, que se mostram inconstitucionais e injustos, a norma atingirá plenamente o seu objetivo, inclusive sobre os limites do arbitramento, já previstos no capítulo próprio daquele diploma legal. O art. Constitucional citado é norma de eficácia plena, sem limitação legal, devendo o juiz arbitrar o valor consoante o ordenamento jurídico, nos limites do dano causado, o qual, entretanto, não poderá ser limitado legalmente, mas pelo dano concretamente ocorrido, que é o objetivo do projeto. (Projeto de Lei nº 3562/2004. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/218266.pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2008).

⁵²² Neste sentido, STJ: “CIVIL. DANOS MORAIS. A liberdade de imprensa assegura o direito de informar; não justifica a mentira e a injúria. Recurso especial não conhecido.” (STJ. T3 – TERCEIRA TURMA. RESP. 264580/RJ – RECURSO ESPECIAL 2000/0062783-6. REL. ARI PARGENDLER. PUB. 08.05.2006).

⁵²³ O deputado Alberto Fraga apresentou projeto de lei nº 3562/2004 que busca revogar os arts. 51 e 52 da Lei 5250/67, o que implica no fim da tarifação do dano moral para a lei de imprensa. (Fonte: Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 02 jan. 2008).

indenização por danos morais. Isso demonstra, mais uma vez que o tabelamento foi refutado e deve ter sua importância suscitada apenas nos anais históricos da evolução do instituto.⁵²⁴

Denominando-o de tarifação, Carlos Roberto Gonçalves critica a utilização deste instituto, sustentando que a partir do conhecimento prévio do valor a ser pago os agressores teriam plena condição de analisar o montante indenizatório e compará-lo com as possíveis vantagens decorrentes da prática do ato danoso, concluindo, em alguns casos, que seria mais vantajoso adotar tal comportamento.

Porém, embora bastante criticada pela doutrina, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ainda que de forma velada, adota em larga escala o tabelamento do dano moral. Este, em muitos casos configura-se em sua forma mais ortodoxa, ou seja, aquela que direciona o prejuízo a um valor específico. Não é necessário muito esforço para descobrir isso. A partir de uma pesquisa um pouco mais cautelosa verifica-se com clareza o estabelecimento de montantes *standarts* para alguns tipos de lesões imateriais.

Com o tabelamento do dano moral, o princípio mor da dignidade da pessoa humana foi ofuscado em sua incidência. A manutenção de comportamentos como este mostra um flagrante desvirtuamento de todo pensamento filosófico instaurado a partir da Carta Magna de 1988. Ainda há fortes sinais da valorização do patrimônio em detrimento à pessoa.

Os defensores desta tese argumentam que o Superior Tribunal de Justiça está apenas estabelecendo valores máximos para o dano moral. “Não se trata, pois de tabelamento da honra, da mais moral e das vidas humanas, mas de uma opção teleológica de nossos julgadores, para que não se fomente a mencionada indústria do dano moral”.⁵²⁵

⁵²⁴ Wesley de Oliveira Louzada Bernardo apresenta um opinativo que também merece destaque quando se fala em tabelamento dos danos morais. Segundo o autor: “uma vez admitido o tabelamento legal, ficará em mãos do Congresso Nacional, o dever de fixar as tabelas, segundo o processo legislativo ordinário.

Esse Poder, como é sabido, está muito mais sujeito a pressões de grupos organizados (os famigerados lobbies) do que o Judiciário. Tenha-se em mente que, no momento atual, o Governo Federal altera a Constituição da República – o que exige, um *quorum* qualificado – a seu bel prazer, retirando, inclusive direitos dos servidores público.

Se a constituição não goza, entre nós, da estabilidade almejada, o que dizer da legislação infraconstitucional? Imaginem-se situações nas quais grupos poderosos (bancos, imprensa, indústria, etc.), com grande poder de mobilização, fossem incomodados pelo Judiciário com a fixação de reparações de dano moral em série e em valores elevado.

Ser-lhe-ia infinitamente mais fácil pressionar o Congresso Nacional a instituir uma tabela na qual o valor dos danos a que são condenados fosse alvitado do que alterar dispositivo constitucional que garante a indenização ampla do dano moral e que não pode ser sequer objeto de Emenda Constitucional, pois constitui direito e garantia fundamental (art. 60, par. 4º, IV da CF)” (BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Biblioteca de Teses. São Paulo: Renovar, 2005, p. 133).

⁵²⁵ ARAÚJO, Renato A. Melquiades de. *A proporcionalidade necessária entre o dano moral e a sua respectiva indenização, por imposição do disposto no art. 5º, caput e incisos V, X e XXII, da Constituição Federal*.

Neste mesmo sentido, sustenta Flávio Tartuce que: “Assim, concordamos com as recentes decisões do STJ, que procuram um limite para a indenização por danos morais nos casos de morte de pessoa da família, em cerca de 500 salários mínimos (*STJ, RESP 278885 / SP ; RECURSO ESPECIAL 2000/0096431-0; RESP 139779 / RS ; RECURSO ESPECIAL 1997/0047933-1; RESP 41614 / SP ; RECURSO ESPECIAL 1993/0034264-9*).”⁵²⁶

No Poder Legislativo há projetos que buscam sancionar o tabelamento do dano moral. Nos registros do Senado Federal existia o projeto nº 150/99 de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares –atualmente arquivado – que determinava o estabelecimento de faixa de indenização. Da mesma forma, tramita na Câmara dos Deputados, o projeto de lei nº 7124/2002 do deputado Antônio Carlos Valadares do PSB/SE que determina o escalonamento da agressão em leve, média e grave com valores de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais); R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 90.000,00 (noventa mil reais); R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) a R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais), respectivamente⁵²⁷.

Observe-se que segundo este projeto abre-se mão, por completo, de qualquer tipo de análise que deveria ser feita sobre o agressor. Isso beneficia diretamente grandes conglomerados empresariais que possuem em seus cofres grandes volumes de dinheiro. Seria bastante benevolente, por exemplo, com um banco o pagamento de R\$ 3.000,00 por danos ao seu cliente. Isso poderia acarretar não em um incentivo, mas numa redução dos cuidados atualmente considerados para manter intacta a esfera subjetiva da pessoa.

Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=39069>. Acesso em: 04 jan. 2008.

⁵²⁶ TARTUCE, Flávio. *Questões controvertidas quanto à reparação por danos morais. Aspectos doutrinários e visão jurisprudencial*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 876, 26 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7586>>. Acesso em: 09 jan. 2008.

⁵²⁷ Transcreve-se aqui o art. 7º do Projeto de Lei 7124/2002 – “ Art. 7º Ao apreciar o pedido, o juiz considerará o teor do bem jurídico tutelado, os reflexos pessoais e sociais da ação ou omissão, a possibilidade de superação física ou psicológica, assim como a extensão e duração dos efeitos da ofensa.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juiz fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes níveis:

I – ofensa de natureza leve: até R\$ 20.000,00 (vinte mil reais);

II – ofensa de natureza média: de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 90.000,00 (noventa mil reais);

III – ofensa de natureza grave: de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) a R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais).

§ 2º Na fixação do valor da indenização, o juiz levará em conta, ainda, a situação social, política e econômica das pessoas envolvidas, as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral, a intensidade do sofrimento ou humilhação, o grau de dolo ou culpa, a existência de retratação espontânea, o esforço efetivo para minimizar a ofensa ou lesão e o perdão, tácito ou expresso.

§ 3º A capacidade financeira do causador do dano, por si só, não autoriza a fixação da indenização em valor que propicie o enriquecimento sem causa, ou desproporcional, da vítima ou de terceiro interessado.

§ 4º Na reincidência, ou diante da indiferença do ofensor, o juiz poderá elevar ao triplo o valor da indenização.”

Por fim, outra crítica bastante latente que se faz ao tabelamento está relacionada à produção normativa. Como já mencionado em outras oportunidades, a tarefa do legislador de por em palavras as evoluções sociais é muito menor do que a capacidade desta de transmutar seus conceitos, o que implica em dizer que haverá sempre uma defasagem temporal que inviabilizará a previsão ampla de todos os fatos socialmente reprováveis.

Teríamos, então, um quadro com um legislador atônito, sempre pesquisando o surgimento de novas espécies de dano não regulamentadas e um magistrado cingido às situações-tipo, deixando de indenizar situações que claramente ofendessem a dignidade da pessoa humana, pelo simples fato de não constarem da tabela.⁵²⁸

É evidente que o juiz possui mais capacidade para delinear o valor referente ao dano moral do que o legislador. Por ser uma tarefa que demanda a observação específica do caso prático, ao magistrado incumbe a cautela de ater-se às entranhas da situação concreta para, de lá, retirar o fundamento necessário à estipulação do valor indenizatório. O criador da norma não terá como acessar as provas e outras questões subjetivas para conseguir estipular um montante ideal.

E não se invoque casos de condenações absurdamente altas ou em valores irrisórios como suporte para o critério do tabelamento. As decisões dos tribunais têm o caráter de definitividade (em última instância) mas, nem por isso assume o status de infalíveis. Ainda que já não caiba mais recurso, tornando-se a regra interpretada concretamente definitiva e de cumprimento obrigatório, não há garantia de que se trate de interpretação correta. Ou seja, se aberrações há no sistema onde prevalece o arbitramento judicial não há garantidas de que o novo sistema essas serão erradicadas.⁵²⁹

Sendo assim, acredita-se que esta não seja a melhor maneira para liquidar o dano moral, na medida, já que há uma agressão de repercussões íntimas com variações individuais. A análise do montante a ser fixado deve ser feita pelo juiz observando as peculiaridades de cada caso, incluindo-se também a análise do ofensor e do ofendido. A padronização não é adequada para o enfrentamento de questões como esta.

5.6.3 O arbitramento do valor indenizatório

O Código Civil de 1916 continha em seu art. 1.553 a determinação de que ao julgador cabia realizar o arbitramento no caso de ações de indenização. Vale salientar, por sua vez, que tal arbitramento diferenciava-se daquele constante no Código de Processo Civil que, em

⁵²⁸ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Biblioteca de Teses. São Paulo: Renovar, 2005, p. 135.

⁵²⁹ *Ibidem*, p. 139.

resumidas palavras, refere-se ao procedimento posterior a prolação de uma sentença judicial ílquida e que necessita da presença de um perito para determinar o valor da condenação ou destacar o seu objeto.⁵³⁰

No caso da espécie constata-se no antigo Diploma Civilista, não havia a necessidade de convocação do perito ou de qualquer outro auxiliar para a estipulação do montante referente à indenização. Esta tarefa era realizada pelo próprio juiz ao tempo da prolação da sentença de mérito que em razão disso passaria a ter a característica de líquida, o que, repita-se, impossibilitava a aplicação dos artigos do CPC. Com isso, pode-se afirmar que na palavra “arbitramento” não foi utilizado com a sua semântica processual, pois nestes casos cabe ao magistrado apenas determinar os critérios necessários para a construção de um valor relativo de indenização referente ao agravo psicológico sofrido.

Importa destacar, por fim, que a dicção do artigo 1.553 do Código Civil, quando estabelece genericamente que se fixará por arbitramento a indenização do dano moral, não quer significar que o cálculo da mesma far-se-á mediante procedimento de liquidação de sentença. Não cuida o dispositivo em análise do arbitramento como espécie do gênero liquidação, instituto de direito processual civil, cuja natureza de procedimento complementar ao processo de conhecimento extrai-se do CPC, artigos 603 a 611.⁵³¹

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o presente artigo foi suprimido, não havendo, por parte do novel legislador, a preocupação em trazer outro dispositivo equivalente com as mesmas referências, apesar da existência do art. 946 do CC/02⁵³². A orfandade na qual se encontra o regramento a ser seguido quando se fala em indenização por menoscabo psicológico não é empecilho para a estipulação do devido montante pecuniário.

O exercício feito pelo juiz deve continuar a ser a fonte precursora para esses casos já que nada justifica a omissão do julgador, no transcurso do processo de conhecimento, em estipular o montante que achar adequado. Não há uma situação técnica o bastante que demande a necessidade de abertura de um procedimento para liquidação do pleito com a participação de

⁵³⁰ A liquidação por arbitramento realiza-se sob a forma de perícia e faz-se mister quando o exige a natureza do objeto da liquidação ou quando a sentença ou convenção das partes assim o determina (art. 606 do CPC). Assim, v.g., condenado o réu a realizar as obras necessárias a evitar inundações na propriedade vizinha, a liquidação por arbitramento torna-se mister antes de se iniciar a execução da condenação de fazer para especificar quais os serviços necessários, à notificação da condenação. A mesma forma de liquidação observa-se se o vencido for condenado a indenizar o valor de bem móvel emprestado e destruído, sobre cujo quantum incide a execução." (FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 997).

⁵³¹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. *Elementos de Responsabilidade Civil por Dano Moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 128.

⁵³² Art. 946, CC/02 – “Se a obrigação foi indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar”

auxiliares ou de peritos. “De fato, recorrer a um procedimento adicional para liquidação de sentença seria inconveniente, uma vez que o juiz, por ser maior conhecedor dos fatos trazidos aos autos, encontra-se, em regra, mais habilitado a estipular o valor da indenização que um eventual perito”.⁵³³

Pode-se verificar, dessa forma que muito embora não seja perfeito, o arbitramento judicial é a forma mais adequada de mensuração do *quantum debeat*, haja vista ser o juiz de primeiro grau, por estar em contato com as partes e ter todos os meios para apurar a situação fática, quem mais preparado está para definir qual o valor que, de fato, poderá suprir as expectativas da vítima e proteger a coletividade daquele tipo de conduta lesiva.

No exercício deste arbítrio, o magistrado há sempre de prezar pela transparência e racionalidade, indicando claramente em sua decisão as razões que o fizeram chegar a tal valor da condenação.

5.6.3.1 O magistrado como peça fundamental

Ao magistrado incumbe a missão de encontrar o valor adequado para indenizar a vítima de um dano imaterial. A partir da modificação de pensamento que retirou o julgador da condição de mero repetidor de normas para vesti-lo com uma amplitude maior do poder interpretativo é que está sendo possível caminhar, ainda em passos lentos, ao encontro de uma solução viável para a problemática da quantificação do dano moral.

O arbítrio do juiz é necessário para que seja possível chegar a um denominador viável nestas condições. Porém, quando se fala em arbítrio, deve-se alertar no sentido de que este poder não deve ser confundido com arbitrariedade. Não se justifica dizer que em razão da maior liberdade concedida ao julgador, poderá ele ultrapassar a barreira do aceitável para determinar situações teratológicas, e, conseqüentemente, repudiadas pela sociedade⁵³⁴.

⁵³³ SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo código civil. In: *Dano Moral e sua Quantificação*. Caxias do Sul: Plenum, 2007. 1 CD-ROM. ISBN 978-85-88512-18-4.

⁵³⁴ Analisando o conteúdo que permeia tal questão, Zeno Veloso adverte que “vem surgindo como coisa moderna e sedutora um acorrente que prega a ampla e irrestrita liberdade do juiz ao resolver casos concretos, se ele considera que está havendo um conflito entre o que é justo e a norma jurídica positivada. A lei, então, não seria obrigatória, não deveria ser aplicada, o juiz estaria autorizado a rejeitá-la a afastar a sua incidência, por se, afinal injusta. O juiz poderia julgar *contra legem*. Mas resolveria a questão com base em que? “Como seus próprios valores de equidade, como o seu próprio sentimento de justiça”, afirmam alguns doutrinadores. A isto se tem chamado de direito Alternativo, que prioriza, ao máximo, o jusnaturalismo” e continua: “Mas não é por esse perigoso caminho, por essa via oblíqua e tormentosa, em minha opinião, que se alcançará a justiça social. Penso, até, que com a vontade de ser a avençado, o “direito alternativo” pode ser reacionário. Pode levar ao abuso, ao arbítrio judiciário, em prejuízo, paradoxalmente, dos segmentos sociais que deseja socorrer.

Apesar de, num primeiro momento, parecer algo arriscado e temeroso, este sistema é o que apresenta maior adequação ao âmago do instituto em questão. Isto porque, com a liberdade concedida ao magistrado é possível visualizar cada situação caso concreto de forma peculiar. Ora, o julgador é o único que possui a capacidade e a imparcialidade necessária para analisar e sopesar a matéria a partir da equidade, da prudência e do equilíbrio.

Sendo assim, aliado ao poder interpretativo do magistrado, encontra-se o trabalho desenvolvido pela doutrina e as decisões jurisprudenciais que podem servir como norte na tomada de decisão para casos específicos, observando-se sempre as hastes principiológicas que sustentam o conglomerado jurídico pátrio.

Se a vítima pudesse exigir a indenização que bem quisesse e se o juiz pudesse impor a condenação que lhe aprouvesse, sem condicionamento algum, cada caso que fosse ter à Justiça se transformaria num jogo lotérico, com soluções imprevisíveis e as mais disparadas. Onde estaria, então, o amparo que a Constituição assegurou ao princípio da legalidade? Onde iria amparar o princípio do tratamento igualitário de todos perante a ordem jurídica?⁵³⁵

O prudente arbítrio é a expressão chave para que seja possível encontrar um montante adequado para a liquidação de um dano que pela sua essência apresenta-se como extrapatrimonial.

Para desenhar o valor considerado como justo, deve o magistrado utilizar-se das máximas da experiência a partir do modelo do homem médio, ou modelo *standard*, o *bonus pater familia*. Isto porque, já que há a busca pela configuração do dano imaterial, deve-se ter um ponto de equilíbrio para que a análise possa ser realizada. Os reflexos pessoais e sociais também devem ser analisados, assim como a possibilidade de superá-los.

Fonte interpretativa bastante utilizada pelos Magistrados, o princípio da razoabilidade possui conceituação originária no direito Administrativo e serve como ferramenta justificadora para a adoção de determinadas posturas, refutando tanto quantias irrisórias quanto aquelas consideradas milionárias e exorbitantes. A busca pelo equilíbrio é a meta fundamental.

Apesar de ser uma linha de pensamento merecedora de atenção contínua, este princípio recebeu destaque após a promulgação da Constituição Federal que deixou em aberto a quantia

(VELOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil – arts. 1ª a 6ª*. 2. ed. rev. aum. Belém: Unama, 2006, p. 80-81).

⁵³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 4. ed. atual e amp. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 29.

indenizatória dos danos morais, refutando outras formas de limitação pré-existentes. Alguns estudiosos aceitam-no como peça fundamental para manutenção da segurança jurídica.⁵³⁶

É necessário destacar que, apesar de transpor a imagem de solução legal para o problema envolvendo o *quantum* indenizatório, o princípio da razoabilidade deve ser utilizado apenas como o “tempero” neste caldeirão chamado dano moral⁵³⁷. A valoração ainda continua sendo subjetiva e pertencente ao universo do arbítrio judicial.

Como se pode perceber, encontrar o valor adequado para o dano moral ultrapassa os limites positivistas para adentrar num espectro muito mais teleológico⁵³⁸. Não há norma expressa que venha a conduzir o magistrado por caminhos claros e retilíneos. O calvário da quantificação é bastante árido e demanda muito mais do que vontade em sanar os problemas, mas também espírito de justiça.

As decisões dos juízes devem estar em consonância com o conteúdo da consciência jurídica geral, com o espírito do ordenamento, que é mais rico do que a disposição normativa, por conter critérios jurídicos e éticos idéias jurídicas concretas ou fáticas que não encontram expressão na norma de direito.⁵³⁹

O vazio legal remonta o operador do direito a consultar a determinação constante no art. 4º⁵⁴⁰ da Lei de Introdução ao Código Civil⁵⁴¹ para a solução do entrave apresentado⁵⁴². A

⁵³⁶ Neste sentido, Caio Rogério da Costa Brandão: “é indiscutivelmente a solução mais eficaz a serviço da Ordem Jurídica, que de resto não se descuida em momento algum das presunções de moralidade, legalidade e boa-fé, como pressupostos da Segurança Jurídica nos atos provenientes do Estado, principalmente no ato de legislar.” (BRANDÃO, Caio Rogério da Costa. *Dano moral: valoração do quantum e razoabilidade objetiva*. In: *Dano Moral e sua Quantificação*. Caxias do Sul: Plenum, 2007. 1 CD-ROM. ISBN 978-85-88512-18-4).

⁵³⁷ O Desembargador Gaúcho Décio Antônio Erpen posiciona-se de forma resistente ao dano moral sem critérios, com base no princípio da razoabilidade. Para ele: A prevalecer a tese indenizatória, sem critérios legais ou adoção de parâmetros dentro da razoabilidade, estaremos alimentando o conflito, com as desastrosas conseqüências dele decorrentes, reservado ao Juiz o papel de censor social. Para o mundo jurídico, isso seria muito interessante porquanto valorizaria o profissional do direito. Para a vida social, um desastre. Não podemos olvidar que a paz é um desiderato da pessoa humana sadia e deve ser entendida não somente no plano interior, mas e principalmente, no social, ou seja, o homem que é um ser gregário, sociável e comunicativo, necessita por isto mesmo de paz social. E não posso concebê-la sem a paz jurídica.” (ERPEN, Décio Antônio. *O dano moral e a desagregação social*. In: *Dano Moral e sua Quantificação*. Caxias do Sul: Plenum, 2007. 1 CD-ROM. ISBN 978-85-88512-18-4).

⁵³⁸ Maria Helena Diniz lembra que: “realmente, na reparação do dano moral, o juiz deverá apelar para o que lhe parecer equitativo ou justo, mas ele agirá sempre com um prudente arbítrio, ouvindo as razões da parte, verificando os elementos probatórios, fixando moderadamente uma indenização.” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 21. ed. rev. atual. Vol 7. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 95-96).

⁵³⁹ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 97.

⁵⁴⁰ Art. 4º da LICC – “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”

⁵⁴¹ Maria Helena Diniz lembra que “os autores dividem-se em duas principais correntes antitéticas: a que afirma, pura e simplesmente, a inexistência de lacunas, sustentando, que o sistema jurídico forma um todo orgânico sempre bastante para disciplinar todos os comportamentos humanos; e a que sustenta a existência de lacunas no sistema, que, por mais perfeito que seja, não pode prever todas as situações de fato, que, constantemente, se transformam, acompanhando o ritmo instável da vida.” (*Ibidem*, p. 100).

dinamicidade do sistema provoca a abertura de zonas estranhas ao ordenamento, à semelhança do movimento tectônico que por vezes abre grandes rachaduras na superfície do planeta⁵⁴³. A intensa interatividade social deságua na multiplicidade de circunstâncias que, por sua vez, transborda a capacidade intuitiva do legislador⁵⁴⁴. Cumpre, portanto, ao julgado consultar todas as chaves necessárias para garantir ao sujeito passivo a devida prestação jurisdicional.

Como o juiz deverá proceder? Diz-se, comumente, que deve seguir determinados critérios preestabelecidos, na lei, na doutrina ou na própria jurisprudência, os quais deverão nortear a (complexíssima) tarefa de quantificar, nos seus mais diversos aspectos, os danos à pessoa humana. Por outro lado, e mais relevante, os critérios de avaliação usualmente aceitos, embora não sejam critérios legais, apresentam-se como lógicos devendo, porém ser sempre explicitados de modo a fundamentar adequadamente a decisão e, assim, garantir o controle da racionalidade da sentença.⁵⁴⁵

Apesar da existência destes dois diplomas normativos – a Lei de Imprensa e a Lei das Telecomunicações, anteriormente citadas -, não é possível limitar o valor pecuniário referente ao dano moral ocorrido em situações outras que não seja as ali constantes. Inexistindo vinculação entre o ato e a zona de atuação dos regramentos citados, ineficiente será a prestação jurisdicional que se resumir ao limite pecuniário legal. Neste sentido, o STJ consolidou posicionamento a favor da liberdade na investigação do valor referencial,

⁵⁴² Caio Rogério da Costa Brandão afirma que: “Não há dúvidas que o caráter ultra-subjetivo na valoração do quantum é uma lacuna, a qual permite que em nossa realidade jurídica sejam retratados absurdos, com arbitramentos de montas que muitas vezes jamais fazemos idéia de quanto representam em espécie, quando não a possibilidade de reformas de decisões pelos Tribunais que ensejam uma desvalorização do direito a ser tutelado, reduzindo-o de forma suntuosa. A subjetividade pertinente ao dano moral é insuperável em relação ao seu objeto, porém pode ser abrandada e limitada frente à Segurança Jurídica e, por via de consequência, ao próprio interesse público, acarretando assim uma diminuição significativa das elucubrações valorativas e também em um maior controle jurídico, o que propicia uma maior consistência do direito.” (BRANDÃO, Caio Rogério da Costa. Dano moral: valoração do quantum e razoabilidade objetiva. In: *Dano Moral e sua Quantificação*. Caxias do Sul: Plenum, 2007. 1 CD-ROM. ISBN 978-85-88512-18-4).

⁵⁴³ Segundo Zeno Veloso: “não se confunda integração com interpretação. A integração é o expediente jurídico que se utiliza para resolver o problema, diante de um caso concreto, havendo lacuna ou vazio na legislação. Verificada a omissão, o juiz se socorre das ferramentas indicadas no art. 4º da Lei de Introdução, que é regra de integração. Em síntese, ao interpretar, se o juiz constatar que não há solução prevista na lei para solucionar a questão, e não podendo furtar-se a declarar o direito, promove a integração, suprimindo, colmatando, superando, preenchendo a lacuna legal, com a utilização das fontes mencionadas no aludido art. 4º. A interpretação é sempre necessária.” (VELOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil – arts. 1ª a 6ª*. 2. ed. rev. aum. Belém: Unama, 2006, p. 77).

⁵⁴⁴ Humberto Theodoro Júnior lembra que: “para fugir aos cálculos arbitrários, no caso, por exemplo de indenização por dano moral nas relações de consumo, TUPINAMBÁ MIGUEL CASTRO DO NASCIMENTO sugere o recurso à analogia com base no art. 4º da Lei de Introdução. Uma vez que, por exemplo Código do Consumidor não cuidou de apontar qualquer critério, poder-se-ia lançar mão dos dados constantes do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n. 4117, de 27-8-1962), onde existem cálculos reparatórios organizados em função de certo número de salários mínimos (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 4. ed. atual e amp. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 29 et seq).

⁵⁴⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 270.

promulgando a Súmula nº 281 com a seguinte determinação: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.”

Mesmo que a Lei de Imprensa tarife a indenização, fixando pisos máximos para pagamento de certas infrações, não traz segurança e certeza da reparação do dano mora, pois, por ser norma especial, não se aplica ao direito comum, nem tem o poder de afastar a incidência do princípio geral do Código Civil, aberto à ampla reparação do dano moral.⁵⁴⁶

A ausência de norma expressa inspira os pensadores do direito e também os membros do Poder Legislativo. Inúmeras são as propostas⁵⁴⁷ que buscam estipular parâmetros ou meios viáveis para que possa ser realizado o cálculo do montante indenizatório dos danos morais.

A grande pergunta que se faz é: como conseguir uma reparação considerada justa para a agressão imaterial na medida em que cada um, individualmente, possui um padrão moral diferenciado? Seja observando a inserção social do ofendido ou a capacidade econômica do ofensor, o que se pode afirmar sem sobra de dúvidas é que o dano moral não pode ter uma mensuração absoluta, precisa e indubitável. A doutrina e jurisprudência ainda terão que ruminar muito esta questão para que se possa dizer que houve a aplicação incontestada de uma efetiva justiça.

No novo Código Civil não consta qualquer menção aos critérios que devem ser seguidos. O legislador foi omissivo. Isso, por sua vez, não significa um atraso normativo. A opção pela ausência de previsão legal – sendo proposital ou não – serviu para dar uma maior dinamicidade ao instituto. Apesar de todas as dificuldades enfrentadas, as teorias surgidas ao longo dos tempos demonstram uma evolução, ainda que lenta, bastante consistente da doutrina e jurisprudência brasileira.

Técnicas de liquidação foram, e ainda continuam sendo, utilizadas por diversos Tribunais no País. Não há uma linha comum a ser seguida. Há sim, um posicionamento majoritário.

⁵⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 21. ed. rev. atual. Vol 7. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 99.

⁵⁴⁷ A título de exemplo, cumpre aqui suscitar o Projeto de Lei nº 1443/2003 do deputado Pastor Reinaldo do PTB/RS que determina em seu art. 2º que “ a indenização do dano moral será fixada em até duas vezes e meia os rendimentos do ofensor ao tempo do fato, desde que não exceda em dez vezes o valor dos rendimentos mensais do ofendido, que será considerado limite máximo.

§ 1º Na ocorrência conjunta de dano material, o valor indenizatório do dano moral não poderá exceder dez vezes o valor daquele apurado.

§ 2º A autoridade judicial deverá levar em consideração, para fixação do montante indenizatório, o comportamento do ofendido e se houver retratação por parte do ofensor, podendo reduzir a indenização e, até mesmo, cancelá-la se houve anuência do ofendido.” (Projeto de Lei nº 1443/2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/218266.pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2008).

Para a formulação do montante indenizatório a título de dano moral, utiliza-se de ponderações que servem como norte para a construção de um valor mais próximo possível daquele considerado como justo e que levam em consideração desde a situação econômica do ofendido, ao do ofensor, passando, em alguns casos à amplitude do dano decorrente do ato praticado.

5.6.3.2 A condição econômica do sujeito passivo

Um dos critérios utilizados para trilhar o caminho até a indenização por dano moral é a observância da capacidade econômica do ofendido. Saudado como um ponto de partida viável contra abusos que viessem a serem praticados pelos jurisdicionados, analisar a condição financeira do sujeito passivo ainda hoje é um parâmetro bastante consistente perante os tribunais, principalmente o Superior Tribunal de Justiça.

Maria Helena Diniz, ao apresentar o rol de critérios que levarão ao valor indenizatório, suscita como primeira hipótese a necessidade de trazer a este universo o patamar monetário da vítima. Segundo a autora: “a indenização não poderá ser ínfima, nem ter valor superior ao dano, nem deverá subordinar-se à situação de penúria do lesado; nem poderá conceder a uma vítima rica uma indenização inferior ao prejuízo sofrido, alegando que sua fortuna permitira suportar o excedente do menoscabo”.⁵⁴⁸

Seguindo literalmente o que defende a escritora será possível deparar com situações teratológicas que vão de encontro a princípios como, por exemplo, o da isonomia. Não há razão para distinguir pessoas a partir do critério econômico. O valor existente nos bolsos ou nos bancos não significa qualidade ética suficiente para ser tratado com privilégios em relação aquele outro pouco afortunado ou desprovido de rendimentos. Em alguns casos, o volume amealhado não foi conseguido por meios lícitos, enquanto que o mísero salário mínimo recebido ao final do mês foi fruto direto do esforço honesto de um homem trabalhador. Então, questiona-se: a quem deve ser reputado uma agressão de maior monta?

Ademais, este pensamento apresenta-se incompatível com a tábua axiológica inaugurada com a Constituição Federal de 1988 que valoriza a simples condição de ser humano. Ademais, não só a Carta Magna, mas também o Novo Código Civil, sob o manto do princípio da dignidade da pessoa humana, refuta teorias que valorizem o homem “ter” em razão do homem “ser”.

⁵⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 21 ed. rev. atual. Vol 7. São Paulo: Saraiva, 2007.

Atualmente, o ordenamento jurídico pátrio busca observar a pessoa com as lentes existencialista e não patrimonialista.

Mesmo assim, é comum os Tribunais, inclusive o STJ, utilizarem-se deste parâmetro para reduzir os valores determinados pelos Juízes de primeiro grau. Justificam os desembargadores e ministros que é necessário proteger-se contra o enriquecimento sem causa do ofendido⁵⁴⁹, evitando-se, com isso a transformação do judiciário numa espécie de loteria. O critério da situação econômica da vítima é utilizado pelos tribunais como fundamento para a redução da indenização, sob o fundamento de evitar o enriquecimento sem causa do ofendido.⁵⁵⁰

A suscitação da vedação ao enriquecimento sem causa gera situações no mínimo estranhas, pois o ofendido com potencial econômico menor receberá um montante indenizatório reduzido em relação àquele outro afortunado. Será que em situações semelhantes deveria haver este tratamento diferenciado somente em razão do poder aquisitivo da pessoa?⁵⁵¹

Mais interessante é a postura adotada por Antônio Jeová dos Santos, que vai ainda mais longe na análise da vítima, recomendando que seja efetuada a aferição social da mesma, ou seja, além do aspecto econômico, inclui-se também na estipulação de parâmetros “a idade, o estado civil, sexo, a atividade social, o local em que vive, os vínculos familiares e outras circunstâncias tanto de natureza objetiva, como subjetiva que o caso ofereça”.⁵⁵²

⁵⁴⁹ Necessário se faz abrir um parêntese para explicar que o enriquecimento sem causa em nada se assemelha com o enriquecimento ilícito. Em algumas obras jurídicas é possível encontrar a utilização dos termos como sinônimo, o que apresenta-se inadequado com a conceituação de ambos institutos. Enquanto o enriquecimento ilícito está vinculado aos atos de improbidade administrativa tipificado na lei nº 8429/92, o enriquecimento sem causa “é um princípio informador de todo o direito privado, sendo possível estender a sua aplicabilidade ao âmbito do direito público, tendo em vista que não há restrição à qualidade da relação obrigacional – privada ou pública – passível de ser submetida à sua incidência” (NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*: de acordo com o novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 100).

⁵⁵⁰ Anderson Schreiber afirma que “a preocupação com o enriquecimento sem causa é inadequada à compensação propriamente dita do dano moral. Isto porque se o valor da indenização corresponde e se limita ao dano sofrido não há enriquecimento sem causa; causa da indenização é o próprio dano. O arbitramento do dano moral, a princípio, consiste exclusivamente em estipular o valor (rectius: a dimensão) do dano, ao qual deve corresponder o valor da indenização. Não há que se trazer à discussão o princípio do enriquecimento sem causa, a não ser que, por algum motivo, a indenização fique além (ou aquém) da extensão do prejuízo.” (SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo código civil. In: *Dano Moral e sua Quantificação*. Caxias do Sul: Plenum, 2007. 1 CD-ROM. ISBN 978-85-88512-18-4).

⁵⁵¹ Ainda compulsando Anderson Schreiber: “O argumento vale também no sentido oposto. A utilização do critério da situação econômica da vítima ao inverso - para conceder maior indenização aos menos favorecidos economicamente - pode parecer, à primeira vista, uma idéia sedutora, mas cria a intolerável injustiça de lançar sobre o indivíduo responsável pela indenização o ônus de uma justiça distributiva ainda não alcançada pelo poder público ou pela sociedade civil como um todo. Além disto, fazendo a indenização superar a extensão efetiva do dano estar-se-ia aí sim dando margem ao enriquecimento sem causa e convertendo a responsabilidade em punição.” (*Ibidem*).

⁵⁵² SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, p. 189.

Para ele, estes critérios são de fundamental importância na aferição da indenização do dano moral. Aquele que se expõe à mídia ou à vida pública poderá sofrer muito mais com alguma desfiguração estética do que o seu semelhante que, como a maioria dos brasileiros, vive um dia-dia comum. Da mesma forma, o infante que veio a ter algum prejuízo físico sofrerá por muito mais tempo do que um idoso que esteja em situação semelhante⁵⁵³.

Este pensamento não é novo. Wilson Melo da Silva já o preceituava nos idos dos anos 50: “para a mulher feia, óbvio é, a reparação por dano moral conseqüente da ferida física que mais a enfeasse não poderia ser equivalente, por exemplo, à daquela ordenada pelo juiz, em

⁵⁵³ Este critério pode ser visualizado com clareza solar no voto proferido pela ministra Nancy Adrighi que, ao analisar o caso de um policial de 24 anos que foi atingido por tiro disparado da arma de fogo do segurança de uma agência bancária no momento de um assalto, ressaltou que: “na hipótese dos autos, diferentemente dos casos de morte, é à *própria vítima* do evento que se visa reparar. O próprio policial que passou, num instante, de jovem com 24 anos, saudável, forte, pai de família e com todo o futuro pela frente, a pessoa portadora de necessidades especiais, sem poder mover suas pernas, mal podendo mover os braços e sem a capacidade para, sozinho, lidar até mesmo com sua higiene pessoal. Nesta hipótese, toda a sua vida, da forma como a conheceu, modificou-se. Não seria correto falar em perda de dignidade, ou de redução em sua condição de homem, como muitas vezes se vê argüido na petição inicial. Mas qualquer cidadão fisicamente saudável pode imaginar o tamanho do impacto psicológico para um jovem de 24 anos que causa a constatação de que jamais poderá acompanhar seu filho pequeno a um jogo de futebol. Que não o tomará mais nos braços. Que não terá mais preservada sua intimidade sequer para ir ao banheiro. Que dependerá, para sempre, da boa vontade das pessoas próximas até mesmo para se alimentar. Não é despropositado dizer que a aflição causada a essa vítima, ao próprio acidentado, não pode ser comparada, em termos de grandeza, com a perda de um ente querido. Para a morte dos que nos são próximos, estamos, sempre, de um modo ou de outro, preparados. A morte de nossos pais, de nossos irmãos, por mais dolorida que seja, por mais que deixe seqüelas para sempre, não é, ao menos necessariamente, tão limitadora quanto a abrupta perda de todos os movimentos, capacidade sexual e controle sobre as funções urinárias e intestinais. O cidadão também se acostuma a esta nova condição. Mas sua vida estará, tanto do ponto de vista subjetivo, como do ponto de vista objetivo, irremediavelmente modificada.” Acórdão Publicado com a seguinte ementa: Direito civil. Reparação do dano moral. Policial militar ferido dentro de agência bancária durante repressão a assalto, tendo sido atingido por tiro proveniente do revólver portado pelo vigia do banco. Treinamento e disponibilização de vigilantes promovidos por empresa terceirizada, e não pela própria instituição financeira. Irrelevância. Responsabilidade do banco. Danos causados ao policial atingido: tetraplegia. Dano de grande monta. Diferença fundamental entre o dano causado por esse tipo de seqüela, que atinge a própria vítima, e o dano moral dos familiares em hipótese de morte de ente querido. Indenização que deve ser fixada em patamar compatível com a dor sofrida pela vítima, e com o potencial econômico da instituição financeira que causou a lesão.

- As agências bancárias apresentam risco inerente à sua atividade, de modo que a Lei prevê de maneira minuciosa os procedimentos de segurança a que estão obrigadas, para resguardar os que se encontram em suas dependências contra a violência decorrente de assaltos.

- Os vigilantes que as instituições são obrigadas, por Lei, a manter em suas agências, podem ser treinados e contratados pelo próprio banco, ou por empresas terceirizadas. De um modo ou de outro, a instituição financeira permanece responsável perante terceiros por todos os danos causados no interior das agências.

- Na hipótese em que um vigilante de empresa terceirizada que trabalha em agência bancária promove disparos desnecessários durante procedimento de repressão a assalto e atinge, inadvertidamente, policial militar que trabalhava no combate ao crime em andamento, o banco deve responder pela lesão.

- A tetraplegia causada ao policial de 24 anos, que transforma inteiramente sua vida e o priva da capacidade para, sozinho, praticar atos simples como o de ir ao banheiro, de alimentar-se, de beber água, de tomar o filho pequeno no colo etc., é grave e não encontra paradigma em hipóteses de falecimento de entes queridos. Quando se indeniza um familiar em decorrência do evento morte, o dano que se visa a reparar é o do sofrimento pela perda de um terceiro, e não a morte, propriamente dita. Já na tetraplegia, é a própria vítima que se busca indenizar.

- A constituição de capital não deve ser cumulada à inclusão da vítima em folha de pagamento. Tendo sido deferida a primeira, é imperioso que se afaste a segunda, sob pena de onerar demasiadamente o causador do dano. Recursos especiais conhecidos e parcialmente providos. (STJ. T3 - TERCEIRA TURMA. RESP. 951514/SP RECURSO ESPECIAL 2007/0093955-4. REL. NANCY ANDRIGHI. PUB. 04.10.2007).

favor da mulher mais bonita ou mais jovem, tornada, irremediavelmente disforme pela lesão sofrida”.⁵⁵⁴

A condição social também deve ser analisada para a estipulação do dano. Aqueles que exercem cargos ou funções públicas de grande relevância, por exemplo, Magistrados e Delegados, segundo este pensamento, sofrem uma agressão maior à sua honra do que, por exemplo, as pessoas que estivessem expostas a situações de acusações mútuas, como os políticos em plenário.

Perceba que não se invoca a condição econômica. Este posicionamento foi refutado do presente trabalho. Coaduna-se com a análise da condição social, ou seja, do reflexo que o ofendido tem perante a sociedade. É evidente que uma pessoa que demanda certo prestígio social, vide exemplo dos magistrados, sofrerão de forma mais intensa com o dano provocado em razão dos seus reflexos perante o meio social em que vive. A “pessoa do povo”, merece toda proteção à semelhança do juiz, porém o reflexo do ato contra ela perpetrado possuirá uma amplitude mais reduzida do que em relação ao julgador.

Também deve estar inserida nesta análise a averiguação comportamental do ofendido perante a sociedade. Ao sujeito passivo que se comporta em desacordo com as normas jurídicas ou com os bons costumes é assegurado um valor a título de indenização por danos morais menor do que quaisquer outras pessoas que estejam em dias com suas obrigações.⁵⁵⁵

Sendo assim, a análise deve ser feita a partir do homem-médio, ou seja, aquele modelo *standard*. Porém, deve-se frisar mais uma vez que este padrão não deve conter o aspecto econômico sob pena de desaguar num tratamento diferenciado para situações consideradas equânimes. Além disso, se assim fosse, estaria abdicando-se do pensamento enraizado a partir

⁵⁵⁴ SILVA, Wilson Melo da. *Dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 428.

⁵⁵⁵ CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. MANUTENÇÃO INDEVIDA EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. VALOR INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. 1. O Tribunal de origem condenou a instituição financeira - CEF, ora recorrente, ao pagamento da indenização por danos morais, em razão de manutenção indevida do nome do autor no cadastro negativo do SPC, no montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). 2. Constatado evidente exagero ou manifesta irrisão na fixação, pelas instâncias ordinárias, do montante indenizatório do dano moral, em flagrante violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, é possível a revisão, nesta Corte, de aludida quantificação. Precedentes. 3. Considerados os princípios retro mencionados e as peculiaridades do caso em questão - notadamente o período de tempo que o autor restou indevidamente inscrito no SPC (um ano e meio) e o fato de que, como ressaltou a sentença, a repercussão da irregular negativação "deve ser abrandada em razão da comprovada existência, à época dos fatos, de outras negativações contra o nome do autor" (fls. 92) - o quantum fixado pelo Tribunal a quo mostra-se excessivo, não se limitando a justa reparação dos prejuízos advindos do evento danoso. 4. Destarte, para assegurar ao lesado justa reparação, sem incorrer em enriquecimento indevido, reduzo o valor indenizatório, para fixá-lo na quantia certa de R\$ 1.000,00 (hum mil reais). 4. Recurso conhecido e provido. (STJ. T4 – QUARTA TURMA. REsp 663512 / ES RECURSO ESPECIAL 2004/0082080-0. REL. JORGE SCARTEZZINI. PUB. 09.10.2006).

do princípio da dignidade da pessoa humana para retroceder à defesa dos interesses patrimonialistas.

Em *ultima ratio*, é até aceitável que se busque evitar o enriquecimento sem causa do ofendido, porém esta não pode ser o meio hábil para justificar o tratamento diferenciado de pessoas. Se assim for, estar-se-á chancelando uma situação bastante peculiar na qual os ofensores serão condicionados a manter a integridade da esfera jurídica dos mais abastados, enquanto que invadirão e ferirão os direitos dos menos providos de poder econômico.

5.6.3.3 A repercussão do dano

A promulgação do Código Civil de 2002 trouxe consigo algumas novidades bastante marcantes, dentre as quais é possível citar o conteúdo atinente ao caput do art. 944, no qual estabelece que “a indenização se mede pela extensão do dano”.

Quando se refere ao dano material, no caso da impossibilidade de reparação *in natura* do prejuízo causado, é evidente que a análise da sua extensão é de suma importância na configuração o valor devido ao agredido. Encontrar a amplitude do prejuízo é imprescindível para que se possa chegar à exata quantia devida, evitando-se um provável enriquecimento sem causa por parte do ofendido.

Em análise ao tema, o Ministro Raphael de Barros Monteiro, reconhece a desnecessidade de trazer à baila o aspecto atinente à repercussão do dano. Ele reconhece que, atualmente, não é mais aceitável observar a repercussão econômica do dano. Sendo dano moral, em razão do seu caráter *in re ipsa* torna-se despicando a mensuração do tamanho da ferida aberta.

Na determinação do montante reparatório, vejo-me na contingência de fazer hoje um ligeiro reparo ao fundamento expandido naquela decisão, que levou em conta nesse ponto a "repercussão econômica do dano", certamente louvada na recomendação feita pela III Conferência Nacional de Desembargadores do Brasil, a que se referira. Se o dano é moral, não releva, para o arbitramento do *quantum* devido, o reflexo patrimonial do fato, conquanto não se possa olvidar de todo o aspecto econômico em relação às partes envolvidas: *verbi gratia*, o nível econômico-financeiro da vítima e de sua família; a condição também aí ostentada pelo ofensor; o porte estrutural de uma empresa quando fosse ela a responsável pela indenização. Melhor, pois, que, na definição do valor do importe condenatório, se ativesse o *decisum* aos característicos próprios do dano extrapatrimonial, e que, naquele caso, seriam: a perturbação psíquica, a vergonha, o transtorno, o

constrangimento por que passou na ocasião o autor da demanda.⁵⁵⁶
(destaques no original)

Porém, o mesmo raciocínio simplista não pode ser relacionado ao dano moral. Como cumprir o comando legal para um tipo de menoscabo que possui como característica a subjetividade ampla? Quer dizer: como será feita a aferição determinada pelo art. 944? Será que submetê-lo ao cálculo da sua extensão não seria ferir a sua qualidade de *in re ipsa*? Esta são algumas questões que liminarmente surgem da leitura o supramencionado dispositivo.

Ao suscitar o caráter *in re ipsa*⁵⁵⁷ não se quer dizer que o dano provocado aos direitos da personalidade seja sublime e intocável. Certamente ele será fonte de algumas análises. O que não se questionará é a existência ou não do dano, ou seja, tendo o sujeito ativo adotado determinado comportamento considerado repudiado e como tal gerador de feridas imateriais, incidirá sobre ele o dever imediato de indenizar.

O exemplo mais evidente a ser suscitado está insculpido na temática referente à inscrição indevida em lista de restrição de crédito. Os Tribunais do país e o STJ⁵⁵⁸ já assentaram entendimento no sentido de que a mera inserção do nome de pessoa que não possua débito no rol de mal pagadores configurará o dano moral, mesmo que não haja qualquer restrição de poder de compra no comércio. A presunção, neste caso é absoluta, cabendo ao agressor apenas provar a inexistência do nexo causal.

A extensão do dano desenhada no art. 944 pode ser observada sobre vários aspectos. O primeiro deles refere-se diretamente ao foco da agressão propriamente dito, o que implica em dizer que certamente a ofensa contra a vida – bem supremo da existência humana – deve ser combatida com mais vigor do que a imputação de fato inverídico a alguém, por exemplo.

⁵⁵⁶ MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros. *Indenização por dano moral: evolução da jurisprudência*. Disponível em: < <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8308>>. Acesso em: 04 jan. 2008.

⁵⁵⁷ Uma análise mais aprofundada sobre a característica *in re ipsa* do dano moral será encontrada no tópico ___ do capítulo II da presente obra.

⁵⁵⁸ Neste sentido, aponta o STJ: RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA NO SERASA. DANO PRESUMIDO. REVISÃO DO QUANTUM. REDUÇÃO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. SÚMULA 326/STJ. RECURSO PROVIDO. 1. Para o acolhimento da tese do recorrente, relativo à inexistência de ato ilícito, seria imprescindível exceder os fundamentos do acórdão vergastado e adentrar no exame das provas. Aplicação da Súmula 7/STJ. 2. Nas hipóteses de inscrição indevida do nome de pretensos devedores no cadastro de proteção ao crédito o prejuízo é presumido. 3. Com relação à existência de outros registros em nome do recorrido, vale ressaltar que esse fato não afasta a presunção do dano moral, sendo certo porém, que a circunstância deve refletir sobre o valor da indenização. 4. Firmou-se entendimento nesta Corte Superior, de que sempre que desarrazoado o valor imposto na condenação, impõe-se sua adequação, evitando assim o injustificado locupletamento da parte vencedora. 5. Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca. 6. Recurso especial parcialmente conhecido, e, nessa extensão, provido. (STJ. T4 – QUARTA TURMA. Resp 591238/MT. RECURSO ESPECIAL 2003/0154144-9. REL. MIN. HÉLIO QUÁGLIA BARBOSA. PUB. 28.05.2007).

Wesley de Oliveira Louzada Bernardo⁵⁵⁹ agrega ao arbitramento a necessidade de aferição do tempo que a pessoa foi submetida àquele sofrimento. Em análise, ele clama pelo destaque necessário a ser dado ao lapso temporal, diante do resultado decorrente do dano. Em outras palavras, deve-se observar se o dano foi definitivo, como a amputação de um membro, a deficiência motora ou, até mesmo, a morte de uma pessoa, ou passageiro, incluindo-se neste caso, as agressões passíveis de sofrerem correções – como no caso de uma cirurgia plástica.

Aliado a isso, o autor também traz a necessidade de observância da repercussão da fonte do menoscabo. Aquela ofensa que se restringe ao âmbito familiar deve merecer uma censura menor do que aquela outra que através da mídia espalha-se em âmbito nacional.

A extensão do dano será a medida de reparação. Este é um parâmetro inafastável que caminha no sentido de estabelecer-se a justa compensação e que deverá ser perseguido pelo magistrado a fim de valorar o dano moral, sem que tal preocupação se degenere em verdadeira obsessão de atingir-se a perfeita equivalência que, como demonstrado, constitui-se em verdadeira impossibilidade.⁵⁶⁰

Este pilar de balizamento mostra-se, em alguns casos, bastante salutares para a identificação do valor referência a título de danos morais. Porém, vale salientar que ele em nada servirá caso seja utilizado de forma isolada e estanque. É necessária a inserção no arbitramento juntamente com outros ingredientes, formando-se assim um resultado final condizente com a realidade fulminada.

5.6.3.4 A gravidade do ato ofensivo

Outro critério que também é considerado pela doutrina quando do cálculo do valor da indenização está na gravidade do ato ofensivo. Constatado o ato danoso, ao magistrado incumbe observar a profundidade deste ferimento. Quando mais gravoso seja ele considerado, maior deverá ser a tendência do julgador em majorar o montante.

Alguns autores afirmam que a relação entre a gravidade da falta e o reflexo do dano não deve ser um parâmetro valorado substancialmente, na medida em que, um ato considerado “leve” pode vir a desaguar num prejuízo de estrondos muito mais amplos. Para Ramon Daniel Pizarro, este critério encontra-se inserido na doutrina da sanção exemplar segundo a qual deve

⁵⁵⁹ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Biblioteca de Teses. São Paulo: Renovar, 2005, p. 163.

⁵⁶⁰ *Ibidem*, p. 168 *et seq.*

haver a aplicação de um castigo ao ofensor. “*Cuando más grave sea el reproche que pueda formular-se al autor Del daño mayor será el monto de la pena que se mande a pagar.*”⁵⁶¹

Conforme já abordado, a doutrina e a jurisprudência brasileira adotam o caráter misto para a natureza jurídica da indenização por danos morais. Apesar da preferência pela satisfação do ofendido, há, ainda que de forma indireta uma espécie de sanção para o ofensor, afinal, ainda que mínimo o valor, ele terá que ser retirado dos cofres do sujeito ativo. Diante disso, o legislador de 2002 trouxe estampado no parágrafo único do art. 944 do Código Civil a determinação de que “se houve excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”;

O diploma civilista então agrega a análise do aspecto da gravidade do ato praticado. Apesar do texto legal somente mencionar “reduzir”, é inaceitável uma hermenêutica literal pura. Evidente que podendo minorar, o magistrado também poderá majorar o valor indenizatório de acordo com os requisitos encontrados no parágrafo único do art. 944.

Lembre-se que a culpa de forma isolada em nada servirá para erigir a indenização. É uma confluência de situações que fará com que seja construída esta torre de babel.

Alguns autores estabelecem graus específicos de culpa em grave, leve e levíssima.⁵⁶² Apesar de ser uma tentativa plausível em nada interfere no arbitramento do julgador pois não há parâmetros para que se possa dizer com concretude o que venha a ser uma culpa levíssima, leve ou grave.⁵⁶³ Tramita no Congresso Nacional o projeto de Lei nº 7224/2002⁵⁶⁴ de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares que busca tarifar os valores relativos aos graus de culpa, porém se furta a definir quais os parâmetros utilizados para ser acobertado por cada patamar. É evidente que esta tentativa engessarará por completo a análise de cada caso concreto.

O julgador deve ter liberdade na utilização do seu arbítrio sob pena de desvirtuar o tratamento pontual a ser feito em cada uma das situações que lhe sejam apresentadas.

⁵⁶¹ PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral: prevención/reparación/punición: el daño moral em las diversas ramas del Derecho*. Buenos Aires: Hammulabi, 1996, p. 339.

⁵⁶² Dentre eles JANSEN, Euler Paulo de Moura Jansen. A Fixação do Quantum Indenizatório do Dano Moral. In: *Dano Moral e sua Quantificação*. Caxias do Sul: Plenum, 2007. 1 CD-ROM. ISBN 978-85-88512-18-4.

⁵⁶³ Antônio Jeová dos Santos afirma que: “evidentemente que se o ato resultou de uma culpa leve, não deverão os operadores de direito dar tanta ênfase ao valor do dano; de igual forma, se existe recidiva naquela conduta como, por exemplo, instituições financeiras que, alheias aos prejuízos causados a terceiros, insistem em encaminhar títulos de crédito a Cartório de Protesto mesmo quando exista pagamento, o valor da indenização deverá ser aumentado.” (SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 187).

⁵⁶⁴ PROJETO DE LEI Nº 7224/2002. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=64880>. Acesso em: 07 jan. 2008.

Agrega-se a este critério o aspecto da duração do dano onde será observada a magnitude do agravo. Será que os sofrimentos poderia ser graduados? A questão não é necessariamente a análise do menoscabo, mas sim o seu reflexo durante a vida da pessoa. Note que este não é um requisito absoluto. Deve ser analisado unindo-se a outros tantos que a doutrina estabelece. Utilizando-se o exemplo acima, indaga-se se seria justo uma pessoa senil que se utiliza da imagem na sua vida profissional receber um montante reduzido em relação aquele que a sua imagem não influencia em nada a sua atividade laboral mas é mais novo, apenas em razão da diferença de idade? A questão é muito mais complicada do que transparece num primeiro momento.

5.6.3.5 A análise do montante a partir do ofensor

Analisar o ofensor é um critério atinente à liquidação do dano moral ainda pouco utilizado pela jurisprudência brasileira. Apesar do foco principal da moderna teoria da responsabilidade civil estar insculpido na busca por meios que permitam estabelecer o ressarcimento da vítima, tanto a doutrina quanto a jurisprudência tempera essa busca inveterada.

Aliado ao desejo de uma prestação jurisdicional efetiva encontra-se, como já abordado, o temor pela manutenção de uma integridade das decisões do Poder Judiciário. O fantasma do enriquecimento sem causa amedronta as decisões que envolvem danos morais. A liberdade concedida ao magistrado para tomar decisões de acordo com o seu arbítrio faz com que a segurança jurídica tão almejada seja, supostamente, posta em xeque.

Com isso, o critério para identificação do *quantum* devido a título de indenização por agressão imaterial que focaliza o agressor é mitigado perante os demais já apresentados. Tal comportamento demonstra que a doutrina e jurisprudência brasileira afasta-se da teoria do desestímulo. Para ela, importante é trazer o valor para a vítima desde que este não venha locupletá-la.

Porém é necessário lembrar que de nada adiantará determinar um valor específico que se torne inviável para o sujeito ativo cumprir com a obrigação legal a ele imposta. O sentimento do “ganhou, mas não levou” somente adicionará descrédito para o poder judiciário que não conseguirá cumprir com sua função primordial que é a de sanar os conflitos e trazer a paz social.

Apesar de ainda bastante tímido, há na doutrina decisões isoladas que já começam a vislumbrar uma maior valorização à condição sócio-econômica do ofendido.⁵⁶⁵ É evidente que este posicionamento deve se tornar comum na aferição do valor da indenização a título de danos morais. Quando isso acontecer ultrapassará o caráter meramente ressarcitório que atualmente se aplica ao valor referência para agrega-lhe um caráter preventivo, com o fito de a conduta danosa não voltar e se repetir, demonstrando assim uma evolução bastante importante na manutenção da tão almejada paz social.

Sendo assim, entende-se que a análise do ofendido, preliminarmente ao ofensor, deve ser adotada como uma tendência constante para a amplitude que se procura dar à responsabilidade civil. Somente com a mudança no comportamento adotado pelos Tribunais brasileiros – no qual a vítima recebe maiores atenções – é que será possível proteger efetivamente a pessoa, assegurando-lhe as garantias inerentes ao princípio da dignidade da pessoa humana. Uma opção para a adoção desta forma diferenciada de encarar a responsabilidade civil pode ser deduzida da inserção da doutrina norte americana do *punitive damage* no âmbito jurídico brasileiro.

⁵⁶⁵ PROCESSO CIVIL. AGRAVO CONTRA INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. PROVIMENTO PARCIAL. PRECLUSÃO DOS TEMAS DESACOLHIDOS NO AGRAVO. CIVIL. INDENIZAÇÃO. VINGANÇA. DISPAROS DE ARMA DE FOGO. PARAPLEGIA. MOTIVO FÚTIL. DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO. CONTROLE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MAJORAÇÃO. PENSÃO MENSAL. MAJORAÇÃO. DESPESAS COM ADVOGADOS PARA ACOMPANHAR AÇÃO PENAL CONTRA O AUTOR DOS DISPAROS. INDEFERIMENTO. TRATAMENTO NO EXTERIOR. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, desde que o quantum contrarie a lei ou o bom senso, mostrando-se manifestamente exagerado, ou irrisório, distanciando-se das finalidades da lei. Na espécie, levando em consideração a situação econômico-social das partes, a atividade ilícita exercida pelo réu 2º recorrente, de ganho fácil, o abalo físico, psíquico e social sofrido pelo autor, o elevado grau da agressão, a ausência de motivo e a natureza punitiva e inibidora que a indenização, no caso, deve ter, mostrou-se insuficiente o valor fixado pelo Tribunal de origem a título de danos morais, a reclamar majoração. II - Ainda que se admita que o autor tenha desrespeitado a honra do réu, o certo é que a reação deste foi manifestamente desproporcional, passando longe, e muito, do tolerável. E não se pode deixar de considerar que, na espécie, as lesões decorreram de conduta criminosa, de acentuado dolo, como se vivêssemos em um País sem leis e em estado de barbárie III - A pensão mensal nos termos requeridos não agride o razoável e nem se mostra injusta, considerando as circunstâncias da causa, notadamente o padrão econômico-social das partes. IV - O valor eventualmente pago aos advogados criminalistas, na espécie, não são incluídos, por não ser essa despesa obrigatória, mas opcional, sendo apenas facultativa a contratação de assistência da acusação. V - O provimento em parte do agravo interposto contra a inadmissão do recurso especial restringe o conhecimento da Turma à matéria ainda não decidida, uma vez havida a preclusão quanto aos demais temas.

6 APONTAMENTOS SOBRE O *PUNITIVE DAMAGE*

6.1 INTRODUÇÃO

As dificuldades em estabelecer um caminho seguro são incontestáveis quando o assunto envolve dano moral. A ausência de parâmetros legais resulta numa gama, ainda, volátil de balizas para sua liquidação. No transcorrer do trabalho foi possível comprovar o quanto tortuoso é esta via. Diante disso, a opção que se faz é ultrapassar as fronteiras em busca de alguma solução plausível que melhor se adegue à sistemática nacional.

Uma das opções que mais suscita opiniões na doutrina brasileira fundamenta-se no direito americano. A inspiração no pensamento alienígena pode representar uma opção viável para a solução da maioria dos problemas. Porém, antes de aceitar a incursão doutrinária estrangeira é necessário realizar a análise de compatibilidade com a engrenagem jurídica pátria.

O ordenamento jurídico em que repousa o instituto em questão apresenta características bastante peculiares e diversas daquelas encontradas no direito brasileiro. Assim, investigar com cautela o seu funcionamento no *Common Law* é de fundamental importância para que seja possível construir uma análise crítica acerca possibilidade de sua adequação ao

ordenamento jurídico pátrio. É deveras interessante que, antes de qualquer afirmação a ser feita, haja, pelo menos, a apresentação dos seus requisitos para que seja possível deduzir posicionamentos mais consolidados e com um pano de fundo solidificado com argumentações mais firmes.

Si bien el sistema anglo americano difere externamente, en su metodología, del imperante en Europa continental y en Latinoamérica, tiene con ellos numerosos aspectos que hacen a su esencia, en los que la proximidad es notable, lo dicho se potencia en la actualidad, cuando se tiene en cuenta que política, económica e ideológicamente existen demasiados puntos de coincidencia entre los países que integran uno y otro sistema.⁵⁶⁶

O *punitive damage* suscita grandes discussões na doutrina brasileira no que se refere à sua aplicação. Seria ela compatível ou não com o ordenamento jurídico pátrio? Este questionamento estremece as bases da moderna teoria da responsabilidade civil. Sendo assim, destinar-se-á este capítulo para uma apresentação mais acurada sobre este conteúdo.

Apesar de despertar a curiosidade de muitos, poucos são os trabalhos que se dedicam a uma abordagem mais completa do tema em questão. No Brasil, os escritos existentes sobre o tema, em sua maioria, apenas apresentam críticas afirmativas ou negativas, sem uma preocupação com um apanhado mais detalhado acerca do seu desenvolvimento e características, o que se pretende fazer no transcorrer das próximas linhas.

6.2 O PUNITIVE DAMAGE

6.2.1 O que vem a ser *punitive damage*?

Inicia-se este tópico com uma pergunta básica, mas de suma importância para a estruturação de toda proposta aqui sugerida: afinal, o que vem a ser o *punitive damage*?

Para Benjamin C. Zipursky – professor da faculdade de direito da Universidade de Fordham – na expressão “punitiva” estão enraizados dois sentidos: um sentido civil e outro penal. Para o autor, enquanto considerados como objetivo estatal para imposição de castigo a um acusado

⁵⁶⁶ PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral: prevención/reparación/punición: el daño moral en las diversas ramas del Derecho*. Buenos Aires: Hammulabi, 1996, p. 452. Em tradução livre: Se bem que o sistema anglo americano difere *externamente*, em sua metodologia, daquele que impera na Europa continental e na América Latina, tem com isso numerosos aspectos que estão em sua essência, tanto que a sua proximidade é notável, o que se potencializa na atualidade, quando se tem em conta que na *política, economia, e ideologicamente* existem muitos pontos de coincidência entre os países que integram um e outro sistema.

que merece tal impedimento, eles possuem aspecto criminal. Porém quando eles estão voltados ao "direito do demandante de ser punido", têm um aspecto civil.⁵⁶⁷

Numa leitura preliminar não restará dúvidas ao leitor que existe uma idéia de vingança. Ora, se o valor aplicado deve ser estipulado num patamar tal que venha a imputar uma restrição econômica ao ofensor, é lógico que estará o ordenamento impondo uma penalidade, afinal, a ânsia pela sustentação da paz social faz com sejam necessários contornos mais agressivos do que aqueles apresentados pela ideologia do ressarcimento.

Observando a doutrina americana, percebe-se que os Tribunais, ao emanarem suas decisões envolvendo o tema em questão, buscam defini-lo apontando, para tanto, características próprias. Não se quer dizer que os operadores do direito norte-americano não tenham idéia do que venha a ser o *punitive damage*. Ao contrário: eles têm a plena noção da sua existência e funcionalidade, porém, até mesmo em razão do *Common Law*, sua construção se deu a partir da jurisprudência daquele país. Há normas estaduais que buscam suprir a ausência de uma legislação federal sobre o tema.⁵⁶⁸

I would say that while moral damages, in my opinion, are very similar to emotional distress damages, one can hardly deny that a moral damage also functions as a kind of punishment, as an element of deterrence, to prevent the practices of similar illegal conduct. Thus, moral damages have

⁵⁶⁷ No original: "Insofar as they pertain to the state's goal of imposing a punishment upon a defendant who merits deterrence or retribution, they have a criminal aspect. Insofar as they pertain to the plaintiff's "right to be punitive, " they have a civil aspect"

Este mesmo autor afirma que o outro conceito da palavra *punitive* apresenta grande importância na teoria da responsabilidade, pois ela é a prova do reconhecimento legal de que o demandante possui o direito a ser punido em razão do ato praticado. (no original: "The answer is that the word "punitive" has two connotations. One meaning—as already indicated—is that punitive damages are intended to punish a defendant who has acted egregiously. But a more fundamental meaning within tort law is that punitive damages are permitted in light of our legal system's recognition that the plaintiff has a right to be punitive.") (ZIPURSKY, Benjamin C. *A Theory of Punitive Damages*. Disponível em: <<http://www.utexas.edu/law/journals/tlr/abstracts/84/84zipursky.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2008).

⁵⁶⁸ Segundo André Gustavo Corrêa de Andrade: "Nos Estados Unidos da América, não existe legislação federal que determine critérios de aplicação universal dos *punitive damages*. Há, porém diversos *statutes* que estabelecem ou proíbem a imposição de *punitive damages* em situações específicas. Assim, v.g., dentre os diplomas legais que prevêm a aplicação de *punitive damages*, está o Equal Credit Opportunity Act, que fixa indenização punitiva, em montante não superior a US\$ 10,000 (dez mil dólares), em caso de discriminação baseada em raça, cor, religião, nacionalidade, sexo, estado civil ou idade contra pessoas postulantes de crédito; o Fair Credit Reporting Act prevê, sem limitação do montante, *punitive damages* em caso de publicação de informações falsas por agências de crédito. Dentre os estatutos que vedam os *punitive damages*, há v.g., o Federal Tort Claims Act, que exclui a imposição dessa espécie de indenização contra o Governo Federal ou qualquer de seus departamentos por mais reprovável que seja a conduta do agente; ou o Foreign Sovereign Immunities Act, segundo o qual os Estados estrangeiros, sob certas circunstâncias, também estão imunes contra indenização desta natureza.

Os *punitive damages* são, em maior ou menor extensão, admitidos em 45 dos 50 estados americanos. Em alguns estados vêm previstos em lei em outros têm sua origem no *common law*. Como regra geral, não acolhem os *punitive damages* os Estados de Massachusetts, Nebraska, Washington, New Hampshire e Louisiana" (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, 196-197).

*characteristics of emotional distress damages and those of punitive damages. In other words, moral damages serve both: as a compensation to the victim; and as a punishment to the offender.*⁵⁶⁹

Para os americanos, o instituto em apreço refere-se a indenizações especiais e altamente excepcionais determinadas por um Tribunal contra um acusado onde o ato ou omissão por ele praticado era de uma natureza particularmente odiosa, maliciosa ou arbitrária.⁵⁷⁰ São, portanto, sanções impostas pelo ordenamento ao causador do dano em razão de peculiaridades inerentes nesta conduta. *“Punitive damages, as the name would indicate, are designed to punish. In this, they constitute an exception to the general common law rule that damages are designed to compensate the injured, not to punish the wrongdoer.”*⁵⁷¹

Com essa espécie de indenização, busca-se imputar ao sujeito ativo, além da necessidade de responder perante os prejuízos reais causados compensando a vítima, arcar com a determinação ao pagamento de um valor majorado. Eles são uma maneira de punir o réu em uma ação civil a partir do ideal de que os danos provocados à pessoa lesada podem ser satisfeitos mediante a imposição de um valor suplementar àquele considerado adequado para suprir o agravo provocado.

Quando alguém é lesado em razão de uma conduta gravosa ou por atos ilícitos reiterados, incide sobre ele o direito a pleitear perante a Corte Norte-Americana o seu direito a impor ao ofendido um castigo. Como, para as empresas, atacar o seu patrimônio se mostra temeroso, tal repreensão se faz a partir da incidência de um valor que seja para elas considerado alto.

A condenação a perdas e danos exemplares (exemplary damages) é, ao que parece, uma característica dos direitos da família da *Common Law*. Trata-se, como o seu próprio nome indica, uma indenização tão elevada que possa servir de exemplo aos outros membros da sociedade, no sentido de que o

⁵⁶⁹ AVALLONE, Patrícia Maria Basseto. *The Award of Punitive and Emotional Distress Damages in Breach of Contract Cases: A Comparison Between the American and the Brazilian Legal Systems*. Disponível em: <http://www.nesl.edu/intljournal/vol8/avallone_v8n2.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2008. Em tradução livre: Em minha opinião os danos morais são bastante parecidos com as indenizações por angustias emocionais, as pessoas não podem negar que as indenizações por danos morais também funcionem como um tipo de castigo, com um elemento de impedimento, prevenindo contra práticas ilegais semelhantes. Assim, as indenizações por danos morais, têm características de indenizações de angustia emocionais e, em razão disso, de indenizações punitivas. Em outras palavras, a indenização deve possuir duas características: uma compensação para a vítima e um castigo para o ofensor.

⁵⁷⁰ Essa tradução do conceito de punitive damage foi extraída do site Duhaime.org. Em original: “Punitive damage - special and highly exceptional damages ordered by a court against a defendant where the act or omission which caused the suit, was of a particularly heinous, malicious or highhanded nature.” DUHAIME.ORG. Disponível em: <<http://www.duhaime.org/LegalDictionary/P/Punitivedamages.aspx>>. Acesso em: 27 jan. 2008.

⁵⁷¹ DUHAIME.ORG. Disponível em: <<http://www.duhaime.org/LegalDictionary/P/Punitivedamages.aspx>>. Acesso em: 27 jan. 2008. Em tradução livre: *Punitive Damages*, como o próprio nome já indica, são projetados para castigar. Nisto, eles constituem uma exceção à regra de direito comum geral que são voltados a compensar o ferido, ao invés de castigar o malfeitor.

comportamento do autor do dano é de tal ponto condenável que ele merece uma sanção complementar⁵⁷²

Ademais, além da censura encontra-se, também, a função agregada de desestímulo. O *exemplary damage* não serve apenas como meio de sanção ao ofensor, mas também como demonstração para os outros potenciais agressores de que ao adotarem aquele comportamento, o órgão jurisdicional imporá postura severa para reprimir qualquer ofensa a direito de terceiro. A indenização punitiva possui também a função de desestímulo a novas condutas danosas

O *punitive damage* possui um objetivo muito maior do que simplesmente punir. Isso pode ser comprovado até mesmo a partir do sinônimo a ele conferido pela própria doutrina americana, qual seja: *exemplary damage*⁵⁷³. A existência de um ideal de repressão não pode ser encarada com o objetivo central da sua aplicação. Na realidade, ela é apenas o caminho que conduz à meta final do desestímulo.

Há, portanto, a existência de duas vertentes que se encontram inseridas no *punitive damage*. A primeira refere-se, como já mencionado, a castigar o ofensor, enquanto que a outra refere à prevenção futura contra a prática de atos semelhantes. Isso assegura a harmonia e a paz social, na medida em que terá a garantia relativa de que os ofensores não mais praticarão atos semelhantes ao que foi punido.

Percebe-se que há somente dois pilares de sustentação do *punitive damage*, ou seja, um sancionatório e outro que busca o desestímulo a novas práticas. Ele possui uma sistemática apartada da idéia de compensação da vítima. Em momento algum se falou em compensação ou ressarcimento. São duas figuras que andam em paralelo, porém de forma independente. Não há ligação entre ambos. Esta característica encontra-se em outra espécie de indenização conhecida no direito americano com *compensatory damage*.

A convivência entre ambas é harmoniosa, não havendo mitigação de nenhuma das duas ao tempo da avaliação pelos jurados. Há situações em que, apesar de causar prejuízos imateriais à vítima, não poderá considerar tal situação passiva de aplicação do *exemplary damage*. Para estes casos, firma-se somente no pensamento clássico de não deixar o ofendido sem a resposta judicial. Por sua vez, conforme será visto mais adiante, quando há a valoração da indenização,

⁵⁷² PORTO, Sérgio José. *Da responsabilidade civil por difamação no direito inglês*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 126.

⁵⁷³ Para uma abordagem sobre as denominações e institutos correlatos ao *punitive damage*, vide tópico 2.3.

o ordenamento jurídico americano determina que seja feita a liquidação do *quantum* referente a “compensação” e do valor considerado “punitivo”.

Neste sentido, afirma Ramon Daniel Pizarro quando busca conceituar o instituto em questão:

*Son sumas de dinero que los tribunales mandam a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves conductas del demandado y a prevenir hechos similares próprio el futuro. Desde nuestra perspectiva civilista, la denominación daños punitivos resulta objetable, pues lo que se pune o sanciona son ciertos ilícitos calificados por su gravedad y no el daño por si próprio.*⁵⁷⁴

No Brasil, sua conceituação é feita de forma bastante superficial. Não há uma preocupação latente no intuito de construir uma estrutura que vise apresentar os contornos definidores do tema em questão. Em vez disso, busca-se alarmar acerca da existência de uma provável ânsia pela vingança, agregando à idéia de indenizações vultosas, do que demonstrar em parâmetros claro o significado deste instituto. Muitos daqueles que se dedicam a da temática esquecem-se de mencionar que a aplicação do *punitive damage* se dá diante de casos considerados de gravidade exacerbada ou da reiteração de condutas lesivas.

Dentre aqueles que buscam emitir um parecer acerca da sua conceituação, Jorge Pinheiro Castelo aponta no sentido de que o *punitive damage* é o valor fixado além do dano sofrido pela vítima na medida em que

há o necessário acréscimo na fixação da extensão e valor do dano cujo objetivo e interesse da sociedade é no sentido de que o agressor não volte a repetir o ato contra qualquer pessoa e não apenas contra a vítima. Essa é a real extensão do dano. Entendimento contrário, afora contrariar a teleologia e a axiologia que envolve a finalidade da norma, propiciaria um inconstitucional retrocesso social, posto que estimularia a violação dos direitos humanos que fundamenta a própria convivência em sociedade.⁵⁷⁵

Sendo assim, diante dessa estruturação, conceitua-se o *punitive damage* como sendo um acréscimo econômico na condenação imposta ao sujeito ativo do ato ilícito, em razão da sua gravidade ou reiteração, que vai além do que se estipula como necessário para compensar o ofendido, no intuito de desestimulá-lo, além de mitigar a prática de comportamento

⁵⁷⁴ PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral: prevención/reparación/punición: el daño moral em las diversas ramas del Derecho*. Buenos Aires: Hammulabi, 1996, p. 453.

Em tradução livre: São somas em dinheiro que os tribunais determinam a serem pagas à vítima de certos ilícitos que se comam a às indenizações pelos danos realmente experimentados pelo agredido, que são destinados a punir condutas graves do ofensor e prevenir comportamentos similares no futuro. Em nossa perspectiva civilista a denominação *danos punitivos* deve ser rejeitada, pois o que se pune ou sanciona são certos ilícitos qualificados em razão da sua gravidade e não do dano por si próprio.

⁵⁷⁵ CASTELO, Jorge. Pinheiro. *Teoria geral da responsabilidade civil e obrigações contratuais do empregador perante o novo código civil*. Disponível em: <http://www.trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev22Art4.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2008.

semelhantes por parte de potenciais ofensores, no intuito de assegurar a paz social e conseqüente função social da responsabilidade civil.

Como se percebe, a conceituação ora construída se torna deveras complexa diante do que pode ser deduzido a partir de uma leitura superficial do conteúdo em questão. Ele não é apenas uma simples sanção. Atrás deste comportamento considerado mais agressivo do Poder Judiciário encontra-se a necessidade de observância do interesse coletivo em não sofrer novas agressões como aquela experimentada pelo sujeito passivo.

A pessoa humana, cuja projeção constitui a finalidade primeira do Direito, não pode ser vista como um átomo isolado. Daí inerente socialidade humana, do fato de o homem viver em sociedade, decorre que o direito, ao normatizar as relações interpessoais deve fazê-lo levando em conta as características e valores da sociedade em que tal ser humano está inserido.⁵⁷⁶

A não concessão de meios que impeçam a repetição de atos ilícitos gravosos, ou que são comumente praticados, chancelaria a incompatibilidade da responsabilidade civil perante a sistemática da funcionalização do direito⁵⁷⁷. Hoje, não basta apenas considerar o singular: há a necessidade de imposição do coletivo para a efetivação da prestação jurisdicional, o que é possível mediante a função de desestímulo do *punitive damage*.

6.2.2 Por que *punitive damage* e não “danos punitivos”?

Punitive damage é uma expressão que vem ganhando força no âmbito da responsabilidade civil brasileira. Ante a necessidade de se estabelecer um parâmetro para a quantificação dos danos morais, passou-se a consultar a doutrina americana em busca de respostas para este problema que ainda se encontra latente em terras brasileiras. A importação desta maneira de se posicionar ante os atos ilícitos que afligem o patamar imaterial causa algumas resistências, dentre as quais a própria denominação utilizada.

Afinal, por que adotar *punitive damage* e não “danos punitivos”?

Certamente, os patriotas mais ortodoxos devem achar um completo absurdo a anexação de uma expressão anglo-saxônica ao vocabulário jurídico brasileiro sem que haja qualquer preocupação com uma necessária tradução. Qual o problema que existiria em, assim como

⁵⁷⁶ FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado., *Revista Jurídica*, São Paulo, n. 349, nov./2006, p.61.

⁵⁷⁷ Sobre a função da responsabilidade civil a partir da aplicação do *punitive damage*, vide Capítulo VI.

ocorreu com o *disregard doctrine* – em português ficou conhecida como doutrina da desconsideração da personalidade jurídica - “aportuguesar” a sua nomenclatura?

Ao proceder a equiparação literal da denominação *punitive damage* para a língua pátria, o leitor, certamente, encontrará como denominador a expressão “danos punitivos”. Apesar de não ser complexa a tradução, quando feita em sua forma pura, o instituto em questão se perde no tecnicismo que incompatibiliza, em alguns casos, ambos idiomas. Não se trata de um purismo doutrinário, mas sim da adequação correta da nomenclatura ao seu perfil, evitando-se, com isso que haja interpretações distorcidas da realidade.

Quando se fala em dano, surge na mente do interprete a configuração de um prejuízo. Um comportamento danoso é aquela atitude que deságua numa perda ao sujeito passivo da ação. Seja ele moral ou patrimonial, o fato é que, a partir deste comportamento, a diminuição do patrimônio de determinada pessoa já está concretizada. É o “prejuízo de natureza individual ou coletiva, econômico ou não-econômico, resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana, ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada.”⁵⁷⁸

Em assim sendo, ao aceitar a denominação “dano punitivo” estar-se-á chancelando uma expressão completamente ôca e sem qualquer conteúdo que possa refletir no âmbito jurídico brasileiro. Dizer que o dano é punitivo é dar a idéia ao leitor mais leigo que o ordenamento estaria imprimindo um peso ainda maior ao sofrimento da vítima, na medida em que sobre ele incidiria uma punção pelo dano experimentado. Mesmo ante incongruência na utilização desta denominação, autores como Wesley Louzada adotam-na para afirmar que: “como registrado, entendemos incorreta a adoção em nosso sistema jurídico dos danos punitivos como regra, como parâmetro para o arbítrio judicial”⁵⁷⁹.

Apesar da existência, ainda que pontual, na abordagem do tema pelos autores brasileiros, afastará a expressão “danos punitivos” da construção deste trabalho por considerá-la incompatível com os anseios desejados. Numa visão particular, não é a punição que se busca com a utilização desta ferramenta de proteção, mas sim desestimular o ofensor a vir a reiterar o comportamento por ele adotado.

⁵⁷⁸ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p.474.

⁵⁷⁹ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critério de fixação de valor*. Biblioteca de teses: Renovar: Rio de Janeiro, 2005, p. 179.

Percebendo esta desarmonia, alguns doutrinadores⁵⁸⁰ passaram a intitulá-la de “indenizações punitivas”, ao invés de “danos punitivos”. A qualificação conferida encontra-se mais condizente com a realidade que se busca apresentar. Na realidade não é o dano que deve ser censurado, mas sim o comportamento agressivo perpetrado pelo sujeito ativo. Esta reprovação, por sua vez, se faz a partir da aplicação de um valor tal que atingirá diretamente o âmbito seu âmbito econômico, desestimulando-o a reiteradas práticas.

Portanto, a valorização da idéia da advertência contra o incentivo a novas condutas semelhantes justifica a aplicação do instituto em questão. Na realidade, o conteúdo vingativo defendido por alguns doutrinadores⁵⁸¹ inexistente quando observada com uma cautela maior a sua estrutura. A imposição ao pagamento de um valor mais elevado não passa, na realidade de uma atitude mais firme por parte do Poder Judiciário na busca da paz social. Se assim não fosse, o próprio Estado estaria chancelando o retorno do sentimento de vingança.

Diante deste pensamento, é possível encontrar, ainda de forma pontual, na doutrina brasileira a rotulação do *punitive damage* como “teoria do desestímulo”. Rodrigo Mendes Delgado utiliza a seguinte definição para referi-la: “A teoria do valor do desestímulo é um instituto através do qual, por meio da condenação a uma soma milionária, pretende-se obter, a um só tempo, a punição do ofensor, desestimulando-o a reincidir no erro, e proporcionar um exemplo à sociedade como um todo, como meio preventivo”.⁵⁸²

Há, por sua vez, um equívoco na referida conceituação. Na realidade, não é possível vincular o *punitive damage* com indenizações milionárias, conforme deseja o referido autor. Um dos objetivos deste instituto é sancionar o ofensor em razão do seu comportamento disforme com o ordenamento jurídico. A demonstração de censura a atitude por ele adotada não significa, necessariamente, valores que ultrapassam a cifra do milhão.

O que, certamente, levou Rodrigo Mendes Delgado a pensar desta maneira foram algumas lides que ganharam projeções na mídia americana e, em algumas vezes, até mesmo a mundial.

⁵⁸⁰ Por todos, vide André Gustavo Corrêa de Andrade. (ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitives damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.)

⁵⁸¹ Por todos, vide Humberto Theodoro Júnior ao afirmar que: “fala-se freqüentemente, em doutrina e jurisprudência, num certo caráter punitivo que a reparação do dano moral teria, de tal sorte que ao condenar o ofensor a indenizá-lo a ordem jurídica teria em mente não só o ressarcimento do prejuízo acarretado ao psiquismo do ofendido, mas também estaria atuando numa sanção contra o culpado tendente a inibir ou desestimular a repetição de situações semelhantes” (THEODORO JUNIOR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. vol. III, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 33).

⁵⁸² DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral. Como chegar até ele. Teoria e prática*. São Paulo: J. H. Mizuno, 2003, p. 256.

Porém, como será observado, estes são casos esporádicos⁵⁸³ que, em razão dos valores estratosféricos, mereceram reforma por parte do Tribunal dos Estados, demonstrando, mais uma vez que não há esta ligação.

Acredita-se que a ausência de tradução literal da denominação originária em nada afetará a sua efetiva atuação. Ao contrário. A depender de como se faça essa vinculação o leitor poderá ser conduzido por caminhos errôneos e indesejados. Isso ocorre muito facilmente caso seja utilizada a expressão “danos punitivos” para demonstrar a idéia inerente ao *punitive damage*.

Assim como ocorre com a *disregard doctrine*, que ao invés de ser chamada de “doutrina da negligência” foi rotulada de “teoria da desconsideração da personalidade jurídica”, o *punitive damage* deve ser esculpido em português como “indenizações punitivas”, ou mais modernamente, “teoria do desestímulo”, pois somente desta forma estará claro, ainda que de forma preliminar, ao operador do direito alguns indícios do seu foco central.

Partindo-se de um cientificismo mais acurado, certamente, “teoria do desestímulo” seria a rotulação mais adequada para o instituto em apreço, na medida em que este é o objetivo central de toda construção doutrinária. Entretanto, até mesmo para evitar a confecção de um texto enfadonho, além dela, serão utilizados a expressão *punitive damage* e seus sinônimos em inglês para discorrer sobre o conteúdo ora proposto. Porém, antes disso, necessário se faz uma explanação, ainda que breve, sobre os correlatos no âmbito da doutrina americana, que, apesar de bastante próximo, possuem características próprias.

6.2.3 Outras formas de indenização no direito norte-americano

Apesar de comumente difundida no Brasil, o *punitive damage* não se encontra isolado na doutrina americana. Ao lado dele, apresentam-se outras modalidades de indenização em razão das ações por responsabilidade civil que devem ser destacadas.

Porém, antes disso, também é necessário lembrar que o ordenamento americano apresenta inúmeros sinônimos para o instituto em estudo. “*Exemplary damage*”, “*vindictive damage*”, “*smart damage*” ou até mesmo “*smart money*” são expressões utilizadas pelos Norte-Americanos como equivalentes ao *punitive damage*. Não há qualquer diferença entre eles, todos se referem ao mesmo foco. Neste sentido, Thomas J. Collin afirma que:

⁵⁸³ Sobre os *leading cases* que sofreram reflexos na mídia em razão dos altos valores indenizatórios, vide tópico 6.3.2.1 deste Capítulo.

*Punitive damages are awarded to punish and deter extreme and outrageous conduct, and they have been called “exemplary”, “vindictive” or “smart damages”. The terms are used interchangeably to describe damages awarded in excess for the amount necessary to compensate a party for harm or injury.*⁵⁸⁴

Feito isso, torna-se necessário abrir a abordagem proposta. O *exemplary damage* não caminha sozinho no universo jurídico do Estados Unidos da América. Há outras formas de atender ao pleito da vítima do ato danoso. A jurisprudência daquele país desenvolveu, ao longo dos tempos, diversos outros institutos que, apesar de possuírem autonomia própria, em nada interferem na aplicação do *punitive damage*. Na realidade, a convivência se faz de forma pacífica, havendo casos em que há a incidência de mais de uma forma de indenização.

6.2.3.1 *Compensatory Damages*

Um exemplo para essa dupla imputação ocorre com os denominados *actual damages* ou *compensatory damages*. A sua função é a de compensar a vítima. Eles são voltados à estipulação de um valor a partir da atenção destinada ao ofendido. Nestes casos não importa a análise do sujeito ativo.

Quando referente ao dano material, este instituto é voltado estabelecimento do *status quo ante* patrimonial do agredido. Para que haja sua incidência, há a necessidade de identificação do real prejuízo sofrido, pois somente desta maneira será possível estipular o *quantum* necessário para a reestruturação da situação precedente ao ato ilícito praticado. Como naquele país não se aplica a idéia de compensação aos danos morais, o *actual damages* restringem-se apenas às agressões materialmente sentidas.

6.2.3.2 *Nominal Damage*

Além destes, é possível encontrar, ainda, o *nominal damage*, que, por sua vez, correspondem a um valor pago meramente a título simbólico destinado a danos que não venham a causar

⁵⁸⁴ COLLIN, Thomas J. *Punitive damages and business torts – a practitioner’s handbook*. Disponível em: <http://books.google.com/books?id=gmv45QtlkGgC&pg=PA8&lpg=PA8&dq=%22corvelli+v+colbough%22&source=web&ots=DZTWhHajbl&sig=viFYP2xBE04xeEfw-wIXTM_URc8#PPA1,MI>. Acesso em: 12 jan. 2008. Em tradução livre: Os *punitive damage* são destinadas a castigar e intimidar conduta extrema e ultrajante, sendo eles também conhecidos como "indenizações "exemplares", "vingativas" ou "inteligentes". Estes termos são utilizados em caráter de sinônimo para descrever indenizações premiadas em excesso para a quantia necessário compensar uma menoscabo ou dano.

perdas substanciais. À semelhança do que estipulava o pensamento francês que dominou o início da responsabilidade civil naquele país, a sua função era apenas de demonstrar ao ofensor a reprovação social em razão da conduta por ele adotada.

Sua aplicação se dá em casos que não geram conseqüências mais graves. O montante decorrente do *nominal damage* geralmente é caracterizado pelo simbolismo, o que implica em dizer que eles não buscam atingir cifras equivalentes ou superiores ao dano. Na realidade, a quantia paga é de pequena monta, que objetiva sinalizar a incompatibilidade da conduta com o ordenamento jurídico.

6.2.3.3 *General Damages*

É possível encontrar referência ao *general damage* a partir de outros dois sinônimos. Também conhecido por *direct damages* ou *necessary damages* eles estão diretamente relacionados aos danos desprovidos de valoração econômica. Tais danos, por sua vez, não necessitam de comprovação, bastando apenas a demonstração da existência do comportamento ilícito, ou seja, do nexu causal. São conseqüências de atos que por si só já possuem uma presunção de prejuízo, como no caso da perda de um ente querido.

Somente em caráter ilustrativo, realizando uma equiparação com o sistema brasileiro, pode-se afirmar que o *general damage* equivaleria ao ideal de compensação adotada nas situações de danos morais. Sua existência justifica-se a partir do momento em que não há a possibilidade de estipulação econômica do prejuízo sofrido, pois se assim não o fosse, se estaria falando de *nominal damage*.

6.2.3.4 *Special Damage*

Por fim, também é possível identificar dentro do regramento da responsabilidade civil, ou *torts*, como é denominado nos Estados Unidos, a figura do *special damage*. Sua estrutura é bastante similar ao *general damage* e até mesmo ao *punitive damage*. Porém, apesar da semelhança há requisitos que justificam a existência autônoma.

Ela é uma figura voltada tanto para a compensação das perdas e danos, como também para indenização decorrente de determinado ato. Note-se que ele surge para cobrir duas situações nas quais o sujeito passivo veio a sofrer prejuízos: o material e o imaterial. Não há uma

divisão como ocorre quando da aplicação do *general damage* e do *nominal damage*. O *special damage* é um “pacote de proteção” para o fendido.

Para melhor compreensão e um destaque mais acentuado dos demais institutos, exemplifica-se com a seguinte situação: um determinado fã de uma banda musical desloca-se de seu Estado para outro a fim de assistir o show. Para que seu sonho fosse realizado, ela depreendeu recursos com o pagamento de hospedagem, alimentação e com os ingressos para acesso ao evento musical. Acontece que, sem qualquer motivo justificável, o concerto é cancelado sendo informado que não haverá outra turnê.

Nesta situação, caberá ao amante da banda pleitear junto ao Tribunal local a indenização a título de *special damage* que, por sua vez abrangerá os gastos com a compra do ingresso, locomoção, hospedagem e alimentação, por exemplo, ou seja - a parte material do prejuízo -, além de uma indenização pela frustração que veio a sofrer - o âmbito imaterial.⁵⁸⁵

6.2.3.5 *Aggravated damages*

Identificado pela Corte Inglês nos idos de 1964 o *aggravated damage* consistiria num *plus* agregado à forma de compensar a vítima⁵⁸⁶. Havendo intenso sofrimento psicológico por parte do lesado, mera compensação não seria capaz de atingir a amplitude necessária, o que autorizava a aplicação desta outra forma de indenização com caráter meramente compensatório. Vale salientar que ele não se confundia com o *exemplary damage*, até mesmo em razão da sua natureza de compensação. Ele seria um aditivo em razão do agravo moral.

Neste mesmo sentido, fatores comportamentais outros, como as intenções do sujeito ativo, a maneira desarrazoada ou opressiva e o seu comportamento deveriam ser levado em conta para se concluir acerca da agravação dos danos.⁵⁸⁷

⁵⁸⁵ André Gustavo Corrêa de Andrade ainda aponta a existência de outras modalidades com “os *multiple damages*, *double damages* e *treble damages* (ou *tribble damages*). Constituem formas exacerbadas ou agravadas de indenização estabelecidas por lei, correspondentes a duas ou três vezes a soma que seria devida à vítima como compensação pelos danos sofridos. Diferem dos *punitive damages* porque estes não correspondem a uma soma fixa ou limitada.” (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, p. 193).

⁵⁸⁶ A inserção do *aggravated damage* no âmbito do direito inglês se deu a partir do caso conhecido como *Rookes v. Barnard*.

⁵⁸⁷ Alguns anos mais tarde, em 1972, com o caso que ficou conhecido como *Broome v Cassell*, a Corte Máxima chancelou a distinção outrora esculpida entre *aggravated damages* e *exemplary damages* adicionando que tal fracionamento não deveria ser interpretado de forma rígida, mas sim agregando amplitude e flexibilidade. A divisão estabelecida no caso *Rookes v. Barnard* foi amplamente aceita no patamar teórico, porém na prática, esta facilidade não foi observada com tanta evidência, o que retirou certo brilho de todo o esforço filosófico. Pensava-se que as duas vertentes poderiam ser aplicadas indiscriminadamente a qualquer caso, o que se

6.3 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO *PUNITIVE DAMAGE*

Feita a estipulação conceitual do que vem a ser *punitive damage*, sua sinonímia e a diferenciação com institutos correlatos, necessário se faz a exposição da evolução do instituto ao longo dos anos até atingir o formato atualmente conhecido. Não serão abordadas questões atinentes à história no Brasil, até mesmo porque o seu desenvolvimento neste país não se solidificou a ponto de formar preceitos justificadores de preocupação mais acurada. Somente a poucos anos que se começou a dar uma atenção maior ao *exemplary damage* no ordenamento jurídico nacional. Na realidade, o período em que se vive tangencia a ser o início da sua existência em terras brasileiras.

6.3.1 O *punitive damage* no direito inglês

Apesar de ser constantemente relacionado com a doutrina americana, o *punitive damage* tem suas origens no direito inglês. Foi nos idos do século XVIII que, no continente europeu,

apresentou incompatível ao longo do tempo já que, para tanto, era necessário considerar pontualmente as circunstâncias de cada acontecimento.

Cumpra ao julgador observar os parâmetros da ação. Ficando comprovado o caráter acidental do ato que veio a causar lesão à mulher, ao agressor dever-se-ia ser imputado o *aggravated damages* no intuito de meramente compensar a vítima. Porém caso houvesse a intenção do agente em praticar o ato censurável o *exemplary damages* seria a via mais indicada, pois a mera satisfação da vítima não poderia ser considerada a forma ideal, mas sim a punição pelo grave ato praticado.

Esta confusão fez com que a *Law Commission*⁵⁸⁷ em 1993 iniciasse um processo de consulta direcionado a sanar dúvidas acerca dos *aggravated, exemplary damages*. Os consultores chegaram à conclusão de que, naquele momento, era impossível estabelecer uma distinção com linhas marcantes em razão da grande semelhança existente entre as doutrinas. Não havia, portanto, como diferenciá-lo da sistemática existente antes do estabelecimento desta partição, ou seja, daquela preliminar ao julgamento de *Rookes v. Barnard*.

Em razão da ausência de unanimidade na conclusão alcançada, dois anos mais tarde, em 1995, foi determinada nova reunião no sentido de conseguir consolidar um posicionamento específico. Segundo Raquel Grellet Pereira Bernardi, desta última reunião, chegou-se a seguinte conclusão: “*exemplary damages* should be retained but the law should be restated and rationalized so that they were available for any tort or equitable wrong (but not for breach of contract) where the defendant has ‘deliberately and outrageously disregarded the plaintiff’s rights’”. However, the government has indicated that it is not at present minded to legislate.” (BERNARDI, Raquel Grellet Pereira. *Moral damages in Brasil and punitive damages in United States of America: a comparative study*. Dissertação (mestrado em direito comparado). Estados Unidos: Universidade Samford, 2006, p. 27). Em tradução livre: *exemplary damages* deveriam continuar sendo utilizadas, porém, caberia à lei garantir-lhe nova previsão, positivando posicionando-se acerca da sua aplicação para qualquer delito ou injustiça equitativa retidas indenizações exemplares mas a lei deveria ser redeclarada e ser racionalizada de forma que eles estava disponível para qualquer delito ou injustiça equitativa (mas não para brecha de contrato) onde o acusado “deliberadamente e insultuosamente desconsiderou os direitos do demandante”. Porém, o governo indicou que no momento não possui qualquer interesse em legislar sobre o assunto.)

germinou a teoria que mais tarde viria a deixar marcas profundas na responsabilidade civil do *Civil Law* dos Estados Unidos da América. A maioria dos doutrinadores aponta o surgimento do instituto a partir do direito consuetudinário em decisões nas quais o júri buscava punir os ofensores quando estes agiam de maneira ultrajante, valendo-se de malícia, fraude ou opressão.⁵⁸⁸

Sua configuração inicial foi identificada a partir de casos de violações contra o direito fundamental de ir e vir que, além da concessão de *habeas corpus* – instituto destinado a sanar este tipo de entrave –, passou a ser sancionado através de ações de cunho reparatório. O fundamento para sua aplicação vinha da determinação abusiva e ilegal de prisões por parte das autoridades públicas. Surge então o *exemplary damage* para açambarcar hipóteses em que houvesse a existência de danos extrapatrimoniais.

Em 1760, algumas cortes inglesas começaram a explicar grandes somas concedidas pelos júris em casos graves como compensação ao autor por mental suffering, wounded dignity e injured feelings. Essa indenização adicional por dano à pessoa era referida como *exemplary* pelas cortes que justificavam a condenação, afirmando-se que as indenizações elevadas tinham por objetivo não só compensar o lesado pelo prejuízo intangível sofrido, mas também punir o ofensor pela conduta ilícita. Na verdade as funções compensatória e punitiva foram confundidas pelas Cortes inglesas e norte-americanas até meados do século XIX.⁵⁸⁹

O *leading case* que fomentou o seu surgimento ficou conhecido como *Wilkes vs. Wood*. Nos idos de 1763 o periódico semanal “The North Briton” publicou artigo considerado ofensivo contra o rei George III e sua cúpula sem autoria pré-determinada. O conteúdo reprovável fez com que o monarca expedisse mandado genérico – já que não havia autoria definida – determinando a prisão de qualquer pessoa que fosse considerada suspeita de envolvimento na famigerada publicação.

Em obediência à determinação real, foram detidas cerca de 49 pessoas entre as quais John Wilkes, considerado opositor e autor do artigo. Sob a supervisão do subsecretário de Estado Mr. Wood, Wilkes teve sua casa invadida e revirada por emissários da realeza sendo seus livros confiscados.

Diante disso, Wilkes intentou ação denominada “*action for trespass*” contra Mr. Wood pleiteando a aplicação do *exemplary damage* sob o fundamento de que a condenação em

⁵⁸⁸ 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, p. 188.

⁵⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitives damages* e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília, n.28, jan./mar. 2005.

valores reduzidos não seria um posicionamento plausível na medida em que não impediria a prática de novas condutas semelhantes.⁵⁹⁰

Outros casos foram surgindo ao longo do tempo e alguns mereceram destaque a título de registro histórico. Num acontecimento semelhante, conhecido como *Huckle vs. Money*, o autor da demanda era tipógrafo e veio a sofrer restrições da Corte Inglesa em razão de uma suspeita de ter participado no mesmo periódico que Wilkes. Em seu pleito ele também requeria a aplicação do *exemplary damage*. Ao ter seu pleito atendido, foi concedida a indenização num montante relativo a trezentas vezes o salário semanal recebido do seu empregador.

Acontece que no caso de *Huckle* havia algumas peculiaridades que deram margem a apelação do réu. Segundo ele, o autor ficou detido por um curto espaço de tempo – em torno de 06 horas – não havendo, durante este período, qualquer tratamento desumano ou humilhante, o que tornava a indenização arbitrada excessivamente alta. Porém, apesar das alegações, o recurso foi rejeitado pelo Lord Chief Justice Carmden mantendo íntegra a decisão do júri, já

⁵⁹⁰ *Mr. Wilkes himself brought an action against Mr. Wood, under-secretary of state, who had personally superintended the execution of the warrant. At this trial it was proved that Mr. Wood and the messengers, after Wilkes' removal in custody, had taken entire possession of his house, refusing admission to his friends; had sent for a blacksmith, who opened the drawers of his bureau; and having taken out the papers, had carried them away in a sack, without taking any list or inventory. All his private manuscripts were seized, and his pocket-book filled up the mouth of the sack. (1) Lord Halifax was examined, and admitted that the warrant had been made out, three days before he had received evidence that Wilkes was the author of the 'North Briton.'* Lord Chief Justice Pratt thus spoke of the warrant:—*'The defendant claimed a right, under precedents, to force persons' houses, break open escritorios, and seize their papers, upon a general warrant, where no inventory is made of the things thus taken away, and where no offenders' names are specified in the warrant, and therefore a discretionary power given to messengers to search wherever their suspicions may chance to fall. If such a power is truly invested in a secretary of state, and he can delegate this power, it certainly may affect the person and property of every man in this kingdom, and is totally subversive of the liberty of the subject.'* The jury found a verdict for the plaintiff, with £1000 damages (MAY, Thomas Erskine. *Constitutional History of England since the Accession of George Third*. Disponível em: <<http://home.freeuk.com/don-aitken/emay3v001.html>>. Acesso em: 12 jan. 2007). Em Tradução livre: O próprio Mr. Wilkes intentou ação contra Mr. Wood, sub-secretário de estado, que tinha supervisionado pessoalmente toda a execução do mandato. Nesta ação procurou-se provar que Mr. Wood e os demais mensageiros, após o aprisionamento de Wilkes, invadiram a sua residência, mesmo diante da resistência dos amigos, chamado um ferreiro que violou as gavetas da agência dele, retirando de lá diversos documentos que foram levados num saco sem o devido cuidado em realizar uma lista ou inventário. Todos seus manuscritos pessoais foram apreendidos, inclusive o seu livro de bolso. (1) Lord Halifax examinou e admitiu que o mandato tinha sido confeccionado três dias antes da evidência de que Wilkes era o autor do 'North Briton.' O Lord Chief Justice Pratt, emitiu o seguinte posicionamento acerca do mandato: "O acusado reivindicou um direito, sob os precedentes, de forçar as casas das pessoas, arrombar escritórios e confiscar documentos deles, numa determinação geral onde nenhum inventário foi realizado em relação as coisas levada, sem constar com o nome de nenhum ofensor na autorização, foi concedido um poder discricionário ao mensageiro para procurar onde quer que seja as suspeitas que venham a trazer a possibilidade identificá-lo. Se tal poder é investido verdadeiramente a um secretário de Estado e ele pode delegá-lo, poderá decorrer no abuso de aprisionar a pessoa e afastá-lo da sua propriedade neste reino o que configura-se como totalmente subversivo à liberdade em questão". O júri deu um veredicto a favor do demandante de £1000 de indenização.

que ele considerou um ataque de extrema ousadia a invasão domiciliar a partir de um mandado genérico para procurar evidências de uma acusação inconsistente.⁵⁹¹

Assim, afirma André Gustavo Corrêa de Andrade que: “esses precedentes assentaram as bases do instituto dos *punitives* ou *exemplary damages*, que poderiam ser invocados para punir os ofensores em casos de malícia, opressão ou fraude, ou seja, em casos nos quais o ato ilícito foi praticado de forma especialmente ultrajante.”⁵⁹²

Por sua vez, segundo Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler o ponto inicial da idéia inglesa de inserir a função punitiva no âmbito da responsabilidade civil se encontrava no *Statute do Councester* de 1278, no qual havia a previsão de interposição de ação civil com o objetivo de castigar o infrator “pela imposição de reparação equivalente a um múltiplo do valor do dano sofrido pela vítima”⁵⁹³.

Neste mesmo sentido, Raquel Gellert Pereira Bernardi, em dissertação acerca do tema, chancela que apesar dos *leading cases* citados terem sido considerados como embriões para o *punitive damage*, a real origem para o desenvolvimento da teoria moderna encontrava-se germinando na Inglaterra desde o século XIII. Atos de Parlamento promoveram indenizações

⁵⁹¹ Raquel Grellet Pereira Bernardi apresenta em seu texto, trecho de decisão na qual foi aplicado o *punitive damage* com o seguinte conteúdo: “*That if the jury had been confined by their oath to consider the mere personal injury only, perhaps £20 damages would have been thought damages sufficient; but the small injury done to the plaintiff, or the inconsiderableness of his station and rank in life, did not appear to the jury in that striking light in which the great point of law touching the liberty of the subject appeared to them at the trial; they saw a magistrate over all the king's subject, exercising arbitrary power, violating Magna Charta, and attempting to destroy the liberty of the kingdom, by insisting upon the legality of this general warrant before them; they heard the king's counsel, and saw the Solicitor of the Treasury, endeavoring to support and maintain the legality of the warrant in a tyrannical and severe manner; these are the ideas which struck the jury on the trial, and I think they have done right in giving exemplary damages. To enter a man's house by virtue of a nameless warrant, in order to procure evidence, is worse than the Spanish inquisition, a law under which no Englishman would wish to live an hour; it was a most daring public attack made upon the liberty of the subject: I thought that the twenty-ninth chapter of Magna Charta [...], which is pointed against arbitrary power, was violated.*” (BERNARDI, Raquel Grellet Pereira. *Moral damages in Brasil and punitive damages in United States of America: a comparative study*. FL. 162. Dissertação (mestrado em direito comparado). Estados Unidos: Universidade Samford.) caso o júri considerasse apenas o mero prejuízo pessoal, talvez os danos fosse determinados em 20 libras, sendo estes suficientes; mas o reduzido dano sofrido pela vítima, ou a situação irrisória levada à mesma não se destacou perante o júri. O Rei experimentou agir como um magistrado, exercitando um poder arbitrário, violando a Carta Magna, e tentando destruir a liberdade sustentada por este Estado ao insistir na legalidade desta autorização. O Conselheiro Real foi ouvido e, após, concedida a palavra ao procurador do Tesouro, que a partir de um esforço mútuo tentaram manter a teoria da legalidade de uma autorização dada de forma tirânica e severa. Desta observação norteou-se o júri na sua decisão, e, penso eu, portaram-se bem em indenizar a vítima de maneira exemplar. Entrar na casa de um homem através de uma autorização qualquer, a fim de obter evidência, é pior do que a Inquisição Espanhola. Sabemos que nenhum inglês desejaria viver, ao menos por uma hora, sob o manto desta Lei. A ação real representou um ataque público e audaz ao instituo da liberdade: estou certo que o 29º da Carta Magna foi violado [...] que versa sobre o poder arbitrário.

⁵⁹² 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, p. 188.

⁵⁹³ MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Sousa. Usos e abusos da função punitiva (*punitives damages* e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília, n.28, jan./mar. 2005, p. 18.

em dobro para transgressões contra pessoas religiosas e, além disso, o Parlamento estatal aplicou, aproximadamente, 65 atos que provêm para dobro, triplo e indenizações quádruplas entre 1275 e 1753.⁵⁹⁴

Assim, percebe-se que mesmo diante da popularização deste instituto ainda não há uma vertente única que busque explicar a razão e as justificativas para o seu desenvolvimento.

Durante o transcorrer dos tempos, a Corte Inglesa passou a utilizar o *exemplary damage* como uma ferramenta cada vez mais comum em suas decisões. Paulatinamente, passou-se a aplicá-la não só contra abusos de autoridades públicas, mas também em questões que envolviam exclusivamente particulares, o que lhe assegurou a condição de importante instrumento para assegurar a liberdade individual e a vida privada.

Atualmente ainda é possível identificar a aplicação do *exemplary damage* no direito inglês. Com fortes raízes no *Common Law*, o instituto permanece pulsante dentro do sistema jurídico daquele País. Porém, foi no ordenamento americano que ele ganhou forte projeção e se solidificou no formato conhecido atualmente.

6.3.2 O punitive damage no direito norte americano

Os Estados Unidos da América, desde os seus primórdios existenciais, também passaram a adotar o modelo consuetudinário conhecido como *Common Law*. A opção pela valorização dos costumes como fonte de inspiração comportamental serviu como ligação para a manutenção de alguns institutos que surgiam em terras inglesas.

Com a migração de europeus - na sua maioria ingleses, mas há também registro de presença de Franceses e Alemães⁵⁹⁵ - para terras americanas foi possível trazer valores, costumes, e a cultura existente em sua terra natal. As tradições políticas e jurídicas também foram

⁵⁹⁴ BERNARDI, Raquel Grellet Pereira. *Moral damages in Brasil and punitive damages in United States of America: a comparative study*. FL. 162. Dissertação (mestrado em direito comparado). Estados Unidos: Universidade Samford.

⁵⁹⁵ Caio Prado Júnior afirma que a área ocupada atualmente pelos Estados Unidos e pelo Canadá povoou-se em razão de condições, por ele adjetivadas como, especiais. “É a situação interna da Europa, em particular da Inglaterra, as suas lutas político religiosas que desviam para a América as atenções das populações que se sente à vontade e vão procurar ali abrigo e paz para as suas convicções. [...] Virão para a América *puritanos* e *quakers* da Inglaterra, *huguenotes* da França, mais tarde *morávios*, *schwenkfelders*, *inspiracionistas* e *menonitas* da Alemanha meridional e Suíça” (PRADO JÚNIOR. Caio. *História Econômica do Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 17)

fortemente influenciadas sendo sua gênese refletida a partir de valores inconfundíveis e irredutíveis daquela civilização.

Segundo Miguel Reale, este modelo de direito caracteriza-se como sendo costumeiro e jurisprudencial, revelando-se muito mais pelos usos e costumes do que pelo trabalho de criação de uma norma abstrata por parte do legislador, já que é “coordenado e consolidado em precedentes jurisprudenciais, isto é, segundo uma série de decisões baseadas em usos e costumes prévios” [...] “na realidade, são expressões culturais diversas”⁵⁹⁶

Apesar de já existente, somente a partir dos anos 60 o *punitive damage* sofreu uma intensificação na sua aplicabilidade pelos tribunais americanos, tornando-se uma forte arma contra abusos que atingiam a coletividade. Durante as três décadas que prosseguiram, houve um aumento vertiginoso de demandas coletivas de reparação dos denominados *torts* – danos – comprovando a popularização do instituto naquele País. Foi no ordenamento jurídico americano que o *punitive damage* ganhou grande impulso.

Durante esta época, a amplitude da sua aplicação passou a ser muito maior do que aquela destinada pelo sistema jurídico inglês. Além dos casos identificados a partir de uma negligência grosseira – como, por exemplo, um erro médico – a sua aplicação também foi estendida ao âmbito da responsabilidade civil objetiva, o que atingiu em cheio as relações das grandes empresas com os seus consumidores. Também foi ampliada a sua incidência para o campo do direito contratual.

A primeira notícia que se tem da utilização do *punitive damage* remonta ao ano de 1791 no caso conhecido como *Coryell v. Colbough* que tinha como cerne o não cumprimento de promessa de casamento. Esta atitude foi considerada como intolerável para os costumes da época. O sofrimento era indescritível para a mulher que viesse a sofrer tal negativa.

Sendo assim, a orientação concedida aos jurados era no sentido de estabelecer indenizações em caráter preventivo. Estes valores deveriam desestimular o ofensor ou qualquer outra pessoa a praticar ato semelhante no futuro, além do montante considerado ideal para o tamanho do agravo que a mulher viesse a sofrer ao longo dos anos. Em outras palavras, não deveriam só considerar o dano passado, mas toda conseqüência no futuro.

Com o evoluir dos tempos, já era possível observar com bastante clareza a indiscutível solidificação do instituto em apreço na doutrina americana. A sua utilização passou a ocorrer

⁵⁹⁶ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 242.

naturalmente e o pensamento meramente compensatório não apresentou a mesma força com a qual conseguiu se estabelecer no ordenamento brasileiro.

Em 1845 o julgamento do caso *MacNamara v. King*, trouxe a tona o pensamento baseado na capacidade econômica do ofensor. O demandado conseguiu provar que a sua condição financeira encontrava-se em abismal diferença em relação ao agressor. Observando a característica de afortunado do sujeito ativo do dano, o Tribunal Supremo de Illinois optou pela aplicação do caráter punitivo justificando que, nestes casos, era passível a imputação das indenizações não só para compensar, mas, também, para sancionar o sujeito ativo.

Repetidas foram as suas aplicações.

Enquanto isso, alguns setores dos juristas americanos apresentavam-se contrários à sua utilização. O coro contrário refletiu diretamente nos Tribunais sendo que, em 1851, no julgamento do caso *Day v. Woodworth*, o Tribunal de Massachusetts declarou o seguinte:

*It is a well established principle of the common law that in actions of trespass and all actions on the case for torts, a jury may inflict what are called exemplary, punitive, or vindictive damages upon a defendant, having in view the enormity of his offense, rather than the measure of compensation to the plaintiff. We are aware that the propriety of this doctrine has been questioned by some writers, but if repeated judicial decisions for more than a century are to be received as the best exposition of what the law is, the question will not admit of argument. By the common as well as by statute law, men are often punished for aggravated misconduct or lawless acts by means of a civil action, and the damages, inflicted by way of penalty or punishment, given to the party injured. In many civil actions such as libel, slander, seduction &c., the wrong done to the plaintiff is incapable of being measured by a money standard, and the damages assessed depend on the circumstances, showing the degree of moral turpitude or atrocity of the defendant's conduct, and may properly be termed exemplary or vindictive, rather than compensatory.*⁵⁹⁷

A sua aplicação não ocorre de forma unânime nos Estados americanos. A autonomia legislativa, ainda que relativa, garantem-lhes a possibilidade de estabelecer parâmetros

⁵⁹⁷ JUSTIA.COM – US SUPREME COURT CENTER. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/54/363/case.html>>. Acesso em: 12 jan. 2008. Em tradução livre: É um princípio bem estabelecido do *common law* que em ações de transgressão e todas as ações de responsabilidade, um júri pode estipular o que é chamado *exemplary, punitive, or vindictive damages* a um acusado, levando-se em consideração a gravidade do ato por ele praticado, em lugar de a medida de compensação para o demandante. Sabe-se que a aplicação desta doutrina foi refutada por alguns escritores, mas há repetidas decisões judiciais datadas de mais de um século que deverão ser consideradas como a melhor exposição do que se espera da lei. Pelos costumes, como também através da lei formal, serão freqüentemente castigados os homens de comportamento impróprio por meio de uma ação civil e as indenizações estipuladas pela trilha da penalidade ou castigo. Em diversas ações civis como calúnia, difamação, sedução, entre outras, não será possível calcular o prejuízo sofrido pelo demandante por meio de um padrão econômico, é necessário avaliar diversas circunstâncias, como o grau de maldade moral ou a atrocidade da conduta do acusado, para que ele possa ser exemplarmente censurado, em lugar de apenas compensar a vítima.

conforme suas tradições o que torna assimétrico as considerações dos diversos Tribunais ao instituto em questão.⁵⁹⁸ Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, há, atualmente, quarenta e seis Estados que acolhem o instituto do *punitive damage* no seu complexo jurídico. Somente quatro são aqueles que refutam a sua aplicação, a saber: Massachusetts, Louisiana, Nebraska e New Hampshire⁵⁹⁹. Isso implica em dizer que o *punitive damage* é uma realidade indiscutível nos Estados Unidos.

Aquelas localidades que utilizam o instituto em questão como ferramenta assecuratória conferem aos jurados o poder para estipularem a quantia que identificarem como ideal para a sua efetivação. Seguindo a tradição existente no sistema jurídico inglês, os americanos conferem ao Tribunal do Júri a responsabilidade pela imposição de uma indenização adequada aos anseios do *exemplary damage*.

Ao júri, cabe, em primeiro lugar, decidir se é conveniente a imposição de danos punitivos. Em caso afirmativo, deverá, então, estabelecer o *quantum* devido, todavia, sem que, pra tanto, receba instruções coerentes e seguras. Comumente, nada se diz além de: “façam o que acharem melhor”. Não é necessário muito para concluir que isto contribui de forma relevante, para encorajar o júri a decidir de acordo com suas crenças e predileções, penalizando de forma mais severa réus impopulares e abastados. Não há parâmetros objetivos para guiar a atividade do júri, de modo a assegurar julgamentos imparciais.⁶⁰⁰

Em razão disso, afirma Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler que esta confiança no Júri como um “*guarantor of fairness, a bulwark against tyranny, and a source of civic values*” foi responsável pela ocorrência de alguns abusos que macularam a forma como passou a ser encarado o *punitive damage*. A idéia de conceder a análise do cabimento e da determinação do *quantum* dos *punitive damages* a um júri popular fez surgir “uma suspeição generalizada erodiu a histórica confiança no papel do júri para tal mister”.⁶⁰¹

⁵⁹⁸ Ainda compulsando André Gustavo Corrêa de Andrade: “vários são os vocábulos empregados nos diversos *statutes* e *precedents* para identificar as condutas lesivas passíveis de imposição de *punitive damages*. Frequentemente são empregados os adjetivos *willful*, *wanton* ou *reckless*, que apresentam considerável ambigüidade, pois podem servir para fazer referência para as possíveis conseqüências lesivas e, ainda, a um comportamento culposos que demonstra grande falta de cuidado com a segurança de outrem. Frequentemente, também, é o emprego da expressão *Gross negligence*, que pode ser traduzida como culpa grave, geralmente representada por uma conduta que configura mais do que uma simples inadvertência ou desatenção, embora não constitua uma ato realizado com indiferença para a conseqüências. Outras expressões frequentemente utilizadas em leis estaduais e julgados americanos para caracterizar uma conduta passível de *punitive damages* são: *opression, fraud e malice*” (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, p. 198).

⁵⁹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.232.

⁶⁰⁰ *Ibidem*, p.235.

⁶⁰¹ MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Sousa. Usos e abusos da função punitiva (*punitives damages* e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília, n.28, jan./mar. 2005, p. 19.

6.3.2.1 O *punitive damage* e suas indenizações milionárias

Inegável também que no transcorrer dos anos o *punitive damage* gerou algumas teratologias que são suscitadas pela corrente contrária à sua utilização. São casos famosos que, em razão do valor estratosférico aplicado a título de indenização ganharam repercussão mundial, assustando uma boa parte da comunidade jurídica.

Sua aplicação evidencia-se quando refere a responsabilidade pelo fato do produto, conhecido pelos americanos como *Product Liability*, tendo como *leading case* dois processos envolvendo a indústria farmacêutica Richardson-Merrell em razão do medicamento conhecido como “MER 29”. Segundo orientações, ele serviria para reduzir o colesterol, porém foi constatada a existência de efeito colateral grave, pois em razão do uso deste produto havia a possibilidade de causar catarata ao consumidor.⁶⁰²

6.3.2.2 Caso “*Ford Pinto Case*”

Outro caso teratológico envolve a empresa automotiva Ford. Conhecido como *Ford Pinto Case*, o fato ocorreu em 1972 quando o veículo do modelo “Ford Pinto” envolveu-se num acidente ao trafegar numa auto-estrada (*freeway*). Houve o abaloamento na parte traseira do veículo, o que provocou o rompimento do seu tanque de combustível, ocasionando na explosão do mesmo. A condutora, Lily Gray, veio a óbito e a passageira, Richard Grimshaw, uma garota de treze anos de idade, sofreu lesões corporais gravíssimas.⁶⁰³

No julgamento, ficou provado que, durante testes de colisão, os engenheiros da Ford descobriram que um acidente envolvendo a traseira do veículo poderia facilmente romper o tanque de combustível e provocar incêndio. Ocorre que, conforme também se demonstrou, a linha de produção já se encontrava montada ao tempo desta descoberta. Desse modo, os

⁶⁰² Vale salientar que Em ambos os processos a empresa foi condenada ao pagamento de *compensatory damage* – de US\$ 17.500,00 e US\$ 175.000,00 – e *punitive damages* – US\$ 100.000,00 e US\$ 500.000,00. Apesar da condenação em primeiro grau, a Corte reformou a decisão do juiz e reduziu o montante aplicado.

⁶⁰³ Para maiores informações sobre o caso Ford Pinto Case, também conhecido como *Grimshaw v. Ford Motor Co*, vide LEGGETT, Christopher. *The Ford Pinto Case: The Valuation Of Life As It Applies To The Negligence-Efficiency Argument*. Disponível em: < <http://www.wfu.edu/~palmitar/Law&Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto.html>>. Acesso em: 12 jan. 2008.

executivos da empresa preferiram produzir o veículo como originalmente projetado, mesmo sabendo que as intervenções necessárias poderiam evitar danos e salvar milhares de vidas.⁶⁰⁴

Um documento interno da própria empresa apresentou estudo envolvendo o custo aproximado das indenizações relacionadas com o defeito de fabricação do veículo; valor este que incluía as mortes e lesões corporais. Da mesma forma, foram levantados os gastos necessários para corrigir o problema a partir de um *recall* de todos os veículos. O confronto destes dois tópicos possibilitou à empresa chegar à conclusão de que o pagamento das indenizações era muito mais vantajoso do que o aperfeiçoamento necessário para evitar os acidentes.

*When it was discovered the gas tank was unsafe, did anyone go to Iacocca and tell him? "Hell no," replied an engineer who worked on the Pinto, a high company official for many years, who, unlike several others at Ford, maintains a necessarily clandestine concern for safety. "That person would have been fired. Safety wasn't a popular subject around Ford in those days. With Lee it was taboo. Whenever a problem was raised that meant a delay on the Pinto, Lee would chomp on his cigar, look out the window and say 'Read the product objectives and get back to work.'"*⁶⁰⁵

⁶⁰⁴ Analisando casos envolvendo o veículo Ford Pinto, em seu trabalho monográfico, Christopher Leggett anuncia que: *The Ford Motor Company's use of the risk/benefit analysis was the central issue of the suits filed against the company. Many pieces of evidence, including a number of internal Ford documents indicate the risk/benefit analysis was the main reason for Ford's decision not to make design changes to increase vehicle safety. However, before discussion of the risk/benefit analysis it should be noted there were secondary concerns which supported Ford's decision not to upgrade the fuel system design: (1) As stated above, Ford had based an earlier advertising campaign around safety, which failed. The company realized this was not a primary factor in car sales; (2) the bad publicity involved with a recall would be too much negative publicity to overcome. If this unquantifiable factor were included in the cost/benefit analysis the difference may have been overwhelming. Even though it was not a factor included in the analysis, Ford wanted to avoid it at any cost; (3) At the time of the product design and crash tests, the law did not require them to redesign the fuel system; and, (4) It was customary in the automotive industry to place the gas tank and between the rear axle and bumper. (Ibidem)* Em tradução livre: A Ford Motor Companhia tinha a análise de risco/benefício como o assunto central dos processos arquivados contra a companhia. Muitas evidências, inclusive vários documentos internos da Ford indicavam que a análise de risco/benefício era a razão principal para a decisão da Ford em não fazer mudanças de designer no sentido de aumentar segurança de veículo. Porém, antes da “novata” discussão acerca da análise do risco/benefício havia argumentos outros que apoiaram a decisão da Ford em não atualizar o designer de sistema de combustível: (1) Como declarado acima, a Ford tinha iniciado uma campanha publicitária prévia referente à segurança que falhou. A companhia percebeu que este não era um fator primário no que se referia às vendas de carro; (2) a publicidade ruim envolvendo um *recall* resultaria em resultados negativos difíceis de superar. Se este fator de desconfiança era incluído na análise de custo/benefício e tal diferença não deveria ser subjugada. Embora não fosse um fator incluído na análise, a Ford quis evitar isto a qualquer preço. (3) a lei não lhes exigiu que redesenhassem o sistema de combustível na hora do designer de produto e testes de explosão; e, (4) era habitual a indústria automobilística colocar o tanque de gás e entre o eixo traseiro e pára-choque.

⁶⁰⁵ Quando foi descoberto que o tanque de gás era inseguro, alguém foi para Iacocca e lhe trouxe o problema? "Inferno não", respondeu um engenheiro que trabalhou no Pinto, funcionário de alto escalão da companhia por muitos anos, a quem, entre várias outras determinações da Ford, deve manter observância constante para a segurança. “Este funcionário foi despedido. A segurança não era um assunto popular na Ford atualmente. Com Lee o assunto era tabu. Sempre que um problema era levantado, e resultada na demora da elaboração do Pinto, o Lee mastigaria no charuto dele, olhava para fora da janela e dizia 'Leia os objetivos de produto e volte trabalhar'” (MOTHER JONES. Disponível em: < <http://www.motherjones.com/news/feature/1977/09/dowie.html>>. Acesso em: 13 jan. 2008.)

Diante destas provas, o Júri condenou a Ford no pagamento de US\$ 560.000,00 aos herdeiros da senhora Gray e US\$ 2.500.000,00 para Richard Grimshaw a título de *compensatory damage*. Além disso, à empresa também foi imputada a quantia de US\$ 125.000.000,00 em caráter de *punitive damage*. Este valor, por sua vez foi reduzido para a cifra de US\$ 3.500.000,00.

Outro embate judicial tradicionalmente citado refere-se ao caso que ficou conhecido como Stella Liebeck v. Mc Donald's. Neste processo houve o pleito no sentido de condenar a empresa de *fast food* em *punitive damages* em razão de queimaduras provocadas pelo derramamento de café por ela fornecido.

6.3.2.3 Caso “*Mc Donald's Coffee Case*”

O fato ocorreu no Novo México, em 1992, quando Stella passou em um *drive-thru* da referida lanchonete – há alguns autores que informam que ela estava na condição de acompanhante do seu neto - e solicitou um café que lhe foi servido numa xícara de *styrofoam*. Ao manuseá-la, teve o líquido derramado sobre sua perna, acarretando em queimaduras de segundo e terceiro grau na região da perna e nádegas.

Em razão dos ferimentos e da sua idade avançada – 76 anos -, a Sra. Liebeck permaneceu internada durante sete dias no hospital e mais três semanas em âmbito domiciliar. Neste ínterim, a autora da ação entrou em contato através de carta com a Mc Donald's informando acerca da necessidade de diminuição da temperatura do café, além de solicitar o pagamento das custas do tratamento que estava estipulada num patamar de aproximadamente US\$ 2.000,00 acrescido do salário que a filha ficou privada de auferir em razão do acompanhamento do tratamento.

Em resposta, a empresa ofereceu US\$ 800,00 que não foi aceito pela Sra. Liebeck que, em seguida, intentou a ação de reparação pleiteando o valor de US\$ 100.000,00 em razão de *compensatory damage* e o triplo deste valor a título de *punitive damage*.

Durante a análise do caso, foi apresentado estudo que comprovava a existência de mais de setecentos casos envolvendo acidentes semelhantes entre o período de 1982 e 1992. A lanchonete, por sua vez, informou que a manutenção desta temperatura garantia um sabor mais apazível para os clientes.

Em seu testemunho, o gerente de qualidade cancelou a possibilidade de haver queimaduras em qualquer produto servido acima de 140 graus e que diante da dimensão de cafés vendido, o número de incidentes representava uma porcentagem que não se afastava muito do zero.

O perito contratado pela autora, constatou que líquidos a 180 graus são responsáveis por queimaduras profundas na pele humana quando em contato por um período entre dois a sete segundos. Este mesmo estudo determinou que com a diminuição para 155 graus haveria uma redução exponencial na possibilidade de ferimentos de grande extensão e gravidade. Assim, se o acontecimento de Liebeck tivesse envolvido café a esta temperatura, o líquido teria esfriado e haveria o tempo hábil para ela evitar uma queimadura séria.

Após a apresentação das alegações aos jurados, a Mc Donald's foi condenada no pagamento da quantia de US\$ 200.000,00 a título de danos compensatórios, com redução de 20% em razão da participação da demandante no resultado e US\$ 2.7000.000,00 como danos punitivos. O julgador, por sua vez, reduziu a quantia em caráter de danos punitivos para US\$ 540.000,00, calculando-os no triplo do *compensatory damage* recebido. Apesar da condenação não há informações sobre o valor que a Sra. Liebeck efetivamente recebeu, pois consta das notícias sobre o caso que houve a celebração de um acordo secreto.

6.3.2.4 O caso “*Curtis Publishing Co. v. Butts*”

Não é somente em casos envolvendo defeito do produto ou do serviço que será possível a inserção do *punitive damage*. O direito norte-americano estende a sua aplicação a diversas zonas de interação social.

No processo que ficou conhecido como *Curtis Publishing Co. v. Butts*, a empresa publicou matéria ofensiva à reputação do demandante em 1962. O conteúdo do artigo jornalístico versava sobre uma acusação de que haveria um combinado de resultados num jogo de futebol americano entre a Universidade do Alabama e a Universidade de Geórgia, onde o autor possuía o cargo de diretor esportivo e era responsável por todo o seu programa esportivo. A informação foi baseada em escutas telefônicas, porém sem quaisquer provas de existência de reais enlances entre as partes.

Até a edição da matéria, Butts encontrava-se em negociação com os diretores da Universidade no sentido de galgar posições maiores no quadro de funcionários ligados ao esporte. Seu

nome estava sendo cotado para ocupar o espaço de treinador do time profissional, o que foi jogado por terra com a referida publicação.⁶⁰⁶

Os jurados emanaram o veredicto determinando o pagamento de US\$ 60.000,00 a título de *compesatory damage* e US\$ 3.000.000,00 como *punitive damage*. Em apelação o tribunal reduziu o total a ser pago para US\$ 460.000,00. Não satisfeito, o réu recorreu alegando que a aplicação deste instituto vinha de encontro a garantia fundamental da liberdade de imprensa, expressamente consignada na ementa I da Constituição Americana, já que com a condenação ao pagamento de valores neste patamar resultaria numa espécie de refutação dos profissionais da mídia na publicação de notícias.

A corte, por sua vez, afastou tal alegação sob o fundamento de que a emenda I não exige as empresas jornalísticas de responderem pela prática dos seus atos sob o manto do *punitive damage*. Ademais, não haveria qualquer fulminação à liberdade de imprensa, na medida em que as decisões proferidas pelo Júri estavam submetidas ao crivo do magistrado que poderia exercer sobre elas o seu controle. As publicações em imprensa não poderiam servir como fonte de informações inverídicas e desarrazoadas, sendo o *exemplary damage* um freio para ações irresponsáveis.

6.4 O *PUNITIVE DAMAGE* NA ATUALIDADE AMERICANA: ALGUMAS RESISTÊNCIAS

Essa sede indenizatória que assoberbou os norte-americanos foi saciada pelos tribunais geralmente com indenizações volumosas, o que trouxe inquietação para muitos operadores e pensadores do direito. Assim, nos idos da década de 90, os julgadores passaram então a rever os parâmetros concedidos a título de indenização pelos *punitive damages*. A influência para tal mutação decorreu do surgimento de abusos por parte de pessoas que inventavam situações para conseguirem indenizações milionárias.

The United States Supreme Court has expressed serious concern in recent years that punitive damages awards in this country have “run wild,” jeopardizing fundamental constitutional rights. The Court has provided some general controls, holding that the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment imposes both substantive limits on the size of punitive damages awards and procedural limits on when and how punitive

⁶⁰⁶ Para ler na íntegra a decisão em questão, vide: SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Curtis Publishing Co. v. Butts*. Disponível em: <http://www.bc.edu/bc_org/avp/cas/comm/free_speech/curtis.html>. Acesso em: 13 jan. 2008.

*damages may be awarded. Yet, excessive punitive damages awards continue to be a major problem in many states.*⁶⁰⁷

Em decisão proferida no caso *Pacific Mutual Life Insurance CO. vs. Haslip*, datada em 04 de março de 1991, a Suprema Corte Americana já apresentava sinais da necessidade de repensar o *quantum* indenizatório aplicado ordinariamente:

*Nevertheless, unlimited jury or judicial discretion in the fixing of punitive damages may invite extreme results that are unacceptable under the Due Process Clause. Although a mathematical bright line cannot be drawn between the constitutionally acceptable and the constitutionally unacceptable that would fit every case, general concerns of reasonableness and adequate guidance from the court when the case is tried to a jury properly enter into the constitutional calculus*⁶⁰⁸

Embora de aplicação largamente aceitável na maioria dos países em que vige o direito consuetudinário, os *Punitive Damages* não estão livres de questionamentos diversos, mesmo nos ordenamentos jurídicos que lhe deram berço. Nos Estados Unidos da América tem tomado corpo uma grande discussão acerca do assunto, sendo proposta uma reforma no campo da Responsabilidade Civil (*Tort Reform*), a qual tem proporcionado aguerridos embates entre partidários deste tipo de indenização e os que veementemente o condena.

Atualmente, eclodem resistências quanto a aplicação irrestrita das indenizações punitivas. Há insegurança principalmente no que se refere à falta de padrões coerentes e uniformes para estabelecer o que seria considerado como efetivamente “punitivo”. A avaliação do montante a título de *punitive damage* é realizada a partir do subjetivismo característico do das decisões emanadas pelo Tribunal do júri.

⁶⁰⁷ AMERICAN TORT REFORM ASSOCIATION. Disponível em: <<http://www.atra.org/show/7343>>. Acesso em: 12 jan. 2008. Em tradução livre: O Tribunal Supremo dos Estados Unidos expressou séria preocupação recentemente no sentido de que os prêmios os *punitive damages* neste país “correram selvagem”, enquanto aventurando direitos constitucionais fundamentais. O Tribunal proveu alguns controles gerais, segurando que a *the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment* impõe ambos os limites substantivos no tamanho de prêmios de indenizações punitivos e limites processuais, quando e como podem ser premiadas indenizações punitivas. Ainda, excessivo punitivo danifica prêmios continuam sendo um problema principal em muitos Estados.

⁶⁰⁸ A ação ficou conhecida como *Pacific Mutual Life Insurance co. v. Haslip et al.* e foi julgada pela Suprema Corte do Alabama em 04 de março de 1991. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&vol=499&invol=1>>. Acesso em: 14 jan. 2008. Em tradução livre: Não obstante, júri ilimitado ou discricão judicial na fixação de indenizações punitivas podem convidar resultados extremos que são inaceitáveis sob o *Due Process Clause*. Embora uma linha luminosa matemática não pode ser desenhada entre o constitucionalmente aceitável e o constitucionalmente inaceitável isso ajustaria, todo caso, preocupações gerais de racionalidade e orientação adequada do tribunal quando o caso é tentado corretamente a um júri entre no cálculo constitucional.

As quantias estratosféricas funcionam como foco para crises sociais e econômicas, além de serem a fonte para a crise das seguradoras.⁶⁰⁹ Assim, percebe-se que os debates que envolvem o *punitive damage* ultrapassam o âmbito jurídico restrito, para adentrar num debate político sobre os efeitos negativos destas indenizações para a sociedade americana. Dentro deste movimento – denominado pelos norte-americanos de *Tort Reform* -, um caso ganhou grande repercussão na mídia americana e mundial.

6.4.1 O caso *gore v bmw*: repensando o *punitive damage* no direito americano

Em 1992, o Sr. Ira Gore adquiriu um veículo BMW no valor de US\$ 40.000,00. Após certo período resolveu levar o veículo para polir, quando foi informado pela oficina responsável que o carro tinha sido repintado antes mesmo de sair da fábrica. Irresignado, Sr. Gore interpôs ação judicial contra a empresa BMW, sob a alegação de fraude.

Em seu depoimento, a empresa ré admitiu que, desde 1983, passou a adotar uma política que envolvia carros novos que saíam da linha de fabricação com certas avarias ou em situações em que estas eram provocadas durante o seu transporte. Segundo as orientações internas, caso o carro apresentasse danos no montante maior do que 3% do seu valor de venda, este seria

⁶⁰⁹ Segundo Raquel Grellet, em 13 de agosto de 1991, o Vice-presidente Dan Quayle, na reunião anual da American Bar Association, foram relacionadas cinquenta propostas para melhoria do sistema que envolvia a indenização civil que foram desenvolvidas por um grupo pertencente ao President's Council on Competitiveness, determinado pelo Presidente George Bush. Nesta reunião o Vice-Presidente pronunciou no sentido de que: *"Another item of great concern to the Council is punitive damages. These damages, of course, become an issue only after an injury is found and a compensatory sum is calculated. By definition, punitives aren't essential to compensation; in fact, some jurisdictions don't even have them. Most do, though, because for centuries they've been viewed, I think properly, as an effective punishment and deterrent for outrageous conduct. The problem is that the method of assessing punitive damages has developed over the years without any real structure or limits. Even a casual observer knows that, in the last several decades, punitive damages have grown dramatically in both frequency and size. What began as a sanction only for the most reprehensible conduct has now become almost routine. In California, estimates are that one in every ten jury awards now includes punitive damages, in amounts averaging more than \$3 million. And as these awards become more common, so do the instances of their arbitrary, even freakish application"*(...). (BERNARDI, Raquel Grellet Pereira. *Moral damages in Brasil and punitive damages in United States of America: a comparative study*. Dissertação (mestrado em direito comparado). Estados Unidos: Universidade Samford, 2006) Em tradução livre: Outro ponto de grande preocupação para o Conselho são as indenizações punitivas. Estas indenizações, claro que, só se tornam um assunto depois que um dano seja concretizado e uma soma compensatória é calculada. Por definição, punitives não são essenciais à compensação; na realidade, algumas jurisdições nem mesmo os aplicam. A maioria chancela-o, entretanto, porque durante séculos foram vistos eles, eu penso corretamente, como um castigo efetivo e impedimento para conduta ultrajante.

O problema é que o método de avaliar indenizações punitivas desenvolveu durante os anos sem qualquer real estrutura ou limites. Até mesmo um observador casual sabe que, nas últimas décadas, indenizações punitivas cresceram dramaticamente em frequência e tamanho. O que só começou como uma sanção para a conduta mais repreensível ficou quase rotineiro atualmente. Na Califórnia, estimativas atuais relacionam que em dez montantes determinados pelo júri que se relacionam às indenizações punitivas, as quantias ficam num valor médio de mais do que \$3 milhões. E em razão da sua aplicação ordinária, estes valores passam a ser servir como inspiração para aplicação arbitrária ou até mesmo teratológica.

considerado como usado e desta forma seria anunciado. Porém se o custo de reparo não alcançasse aquela porcentagem, o bem em questão seria vendido como novo sem que houvesse qualquer comunicação acerca do procedimento adotado.

O veículo do autor demandou 1,5% do seu custo total nos reparos, o que, segundo a política adotada pela empresa, não a obrigava a informar sobre nova pintura. Porém, o demandante fez levantamento de mercado e comprovou que havia um deságio de 10% sobre o valor do carro novo, além de demonstrar também que desde o período confessado pela ré foram vendidos novecentos e oitenta e três carros novos, incluindo-se aí quatorze no Estado do Alabama, local de origem da ação.

Gore teve seu pedido deferido pelo júri, que condenou a ré no pagamento do valor de US\$ \$4.000,00 em indenizações compensatórias e, em razão do comportamento reiterado, US\$ 4.000.000,00 em indenizações punitivas.

Em recurso, por maioria de votos, a Corte Americana considerou o montante determinado a título de *punitive damage* deveras exagerado – denominado pela doutrina americana como *grossly excessive* – reduzindo-o para US\$ 2.000.000,00. Segundo os julgadores, houve violação do *due process clause* na medida em que o dano sofrido pelo autor configurou-se puramente na esfera econômica.

Diante desta anomalia, vozes contrárias ao dano punitivo passaram a ganhar mais força. A argumentação contrária à sua aplicação encontra-se fundamentada na constitucionalidade da medida. Segundo esta corrente, o ordenamento jurídico norte americano não aceitava a aplicação de valores exagerados como forma de indenização. No caso *Gore v. BMW* esse descompasso ficou ainda mais evidente, já que foi constatado que, a partir de um dano meramente econômico, os jurados condenaram a Empresa a pagar um valor à título de *punitive damage* que superou em torno de quinhentas vezes o prejuízo material sofrido. Isso fez com que a Corte daquela localidade, ao reexaminar o feito, reduzisse o *exemplary damage* para US\$ 50.000,00⁶¹⁰.

6.4.2 Alegações contrárias ao *punitive damage* no direito norte-americano

6.4.2.1 A inconstitucionalidade do *punitive damage* perante as emendas Oitava e Décima

⁶¹⁰ ZIPURSKY, Benjamin C. *A Theory of Punitive Damages*. Disponível em: <<http://www.utexas.edu/law/journals/tlr/abstracts/84/84zipursky.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2008.

Para alegar a incompatibilidade do *punitive damage* com o ordenamento americano, suscitam-se questões de incompatibilidade com a Constituição Federal daquele País. Isso lhe garante, logicamente, a condição de inconstitucional. A ofensa se dá diretamente ao conteúdo constante na Oitava e Décima Emendas à Constituição dos Estados Unidos.⁶¹¹

*Reform is urgently needed to restore balance, fairness, and predictability to punitive damage law. The justice system should not be a 'litigation lottery' characterized by excessiveness and arbitrariness. ATRA recommends four reforms: establishing a liability 'trigger' that reflects the intentional tort origins and quasi-criminal nature of punitive damages awards – actual malice; requiring 'clear and convincing evidence' to establish punitive damages liability; requiring proportionality in punitive damages so that the punishment fits the offense; federal legislation to address the special problem for multiple punitive damages awards*⁶¹²

Vale destacar que com base na emenda oitava, estão proibidas a imputação no pagamento de fianças ou multas excessivas para condenados, além de serem proibidos castigos cruéis ou incomuns. Por sua vez, décima emenda refere-se à garantia existente no princípio *in dubio pro reo*. Assim, percebe-se que o posicionamento contrário ao *punitive damage* fundamentado na violação às emendas constitucionais conduz a doutrina aos princípios do âmbito penal.

O instituto em apreço não se vincula ao direito penal. Ela possui características inerentes ao âmbito civilista, o que afasta, por completo a ingerência das duas emendas. Não é em razão da vinculação de um valor considerado sancionador que se poderá agregar características de direito criminal para o *exemplary damage*. A amplitude civil do instituto ressalta aos olhos, pois versa sobre questões que envolvem diretamente a responsabilidade civil do ofensor perante o dano provocado ao ofendido. Ademais, se fosse considerado como inserida no âmbito penal, o *punitive damage* não poderia possuir a liberdade tão ampla que é concedida aos jurados para determinação do valor indenizatório.

É evidente que o caso envolvendo a empresa automobilística BMW Of North América Inc. e Ira Gore foi o divisor de águas no que se refere ao tratamento dado ao *punitive damage* na

⁶¹¹ Oitava Emenda: “Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.”. Décima Emenda: “The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.” (GPO ACCESS. Disponível em: < <http://www.gpoaccess.gov/constitution> >. Acesso em: 15 jan. 2008.

⁶¹² AMERICAN TORT REFORM ASSOCIATION. *Punitive damages reform*. Disponível em: < <http://www.atra.org/show/77543> >. Acesso em: 13 jan. 2008. Em tradução Livre: Uma reforma urgente é necessária para estabelecer o equilíbrio, a justiça e a previsibilidade no que se refere à indenização punitiva. A justiça não pode virar uma “loteria de litígios”, caracterizada pelo exagero e pela arbitrariedade. A ATRA recomenda quatro reformas: estabelecer um nexo de causalidade relacionada com a origem intencional da responsabilidade civil extracontratual de natureza semi-criminal da indenização punitiva – a malícia; evidenciar de forma clara e incontestada a ocorrência de responsabilidade passível de ser conferido a indenização punitiva; estabelecer um critério de proporcionalidade entre a indenização e ofensa propriamente dita; criação de uma legislação federal no sentido de solucionar o problema da volatilidade das indenizações por *punitive damages*.

doutrina norte-americana. A irrestrita liberdade foi questionada a partir da estipulação do montante estratosférico de US\$ 4.000.000,00 a título de indenização punitiva para uma situação que em sua própria existência destoava por completo da essência do instituto do *exemplary damage*.

A Suprema Corte dos Estados Unidos passou então a observar com maior cautela as nuances que envolvem a quantificação do montante indenizatório considerado como “*punitive*”. A partir de então, apesar de inexistente formalmente – ausente em corpo legal federal – foram trilhados os caminhos que deveriam ser seguidos na identificação do valor pertinente. As determinações traçadas naquele julgamento foram chanceladas em outros, como no processo conhecido como *Phillip Morris v. Jessé Williams* onde se determinou a necessidade de desencorajar a repetição de condutas semelhantes, ao mesmo tempo em que evidenciou a necessidade de afastar uma determinação arbitrária do montante indenizatório⁶¹³:

6.4.2.2 O *punitive damage* como fonte de enriquecimento sem causa à vítima

Assim como no Brasil, o ordenamento americano também passou a sustentar a preocupação com o enriquecimento sem causa do ofendido em razão da aplicação da indenização punitiva. Para eles, a aplicação deste instituto decorreria num benefício injustificado por parte da vítima que teria para si um valor muito maior do que aquele que representa a reparação do dano efetivamente sofrido. “*La crítica es importante y constituye, sin dudas, la impugnación más seria que se formula a la doctrina que nos ocupa.*”⁶¹⁴

As indenizações milionárias outrora aplicadas fundamentam a preocupação dos americanos. Transformar as Cortes em loterias é uma questão que inquieta os juristas daquele País, na medida em que diversas críticas são lançadas nas mais diversas partes do mundo. Porém, cumpre salientar que estes valores não passam de teratologias jurídicas que, ao serem submetidas ao crivo das instâncias superiores não passaram despercebido e foram ajustados dentro do que se considera razoável.

No existe obstáculo alguno para que una ley pueda autorizar puniciones

⁶¹³ CERTIORARI TO THE SUPREME COURT OF OREGON. Disponível em: <<http://www.supremecourtus.gov/opinions/06pdf/05-1256.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2008. Segundo a Suprema Corte Americana, A menos que um Estado crie padrões apropriados que possam dar guarida à autoridade discricionária do júri, seu sistema de *punitive damages* deve retirar ou reduzir a severidade da pena, que ao Estado cabe impor ao réu, senão incorrerá no risco das punições arbitrárias que refletem a não aplicação da Lei, mas um capricho do julgador

⁶¹⁴ PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral: prevención/reparación/punición: el daño moral em las diversas ramas del Derecho*. Buenos Aires: Hammulabi, 1996, p. 465.

*pecunarias en casos de graves inconductas; ni para que dichos montos se destinem a los propios damnificados. Poderá – a lo sumo – discutirse la conveniencia o inconveniencia de propiciar tal criterio, pero ello representa una cuestión distinta.*⁶¹⁵

Não é mera coincidência que boa parte do movimento contrário à continuidade da aplicação do *exemplary damage* venha de uma camada social onde se encontram grandes empresas e potenciais agressores a direitos da personalidade. Foco principal de sua incidência – até mesmo em razão do alto grau de desrespeito aos direitos da personalidade – elas procura mitigar a aplicação do instituto em questão para que, assim, retirem o fardo da possibilidade de arcar com uma indenização consideravelmente alta.

A idéia do enriquecimento sem causa ataca diretamente a possibilidade de majorar o valor em razão do ofensor. Para os seus defensores, pensar a partir do viés da capacidade econômica do sujeito ativo desaguará, numa quantidade considerável de casos, no pagamento de um valor muito maior do que o que a vítima dispõe ordinariamente para viver. Com isso, estar-se-ia chancelando o enriquecimento sem causa do ofendido, e, por conseqüência, instaurando uma “loteria judicial”.

É incontestável que todos aqueles passíveis de sofrerem um dano devem ser indenizados ou ressarcidos. Porém, como garantir que não haja a repetição do ato danoso? Ademais, se o enriquecimento sem causa apresentar-se como uma barreira intransponível, como garantir que os mais humildes não sejam alvos constantes de um comportamento ilícito já que suas indenizações certamente serão menores do que aquelas conferidas aos mais afortunados?

Estes questionamentos não são respondidos pelos defensores do enriquecimento sem causa que procuram apenas manter-se estéril a tais problemas afirmando apenas a necessidade de preservar a integridade econômica do ofendido.

A idéia de prevenção está intimamente ligada ao *punitive damage*. Não se pode negar que, por exemplo, uma empresa somente sentirá a necessidade de respeitar os direitos dos seus consumidores a partir da aplicação de um valor considerável em relação à sua capacidade econômica. A necessidade pelo acúmulo de lucros a qualquer custo ultrapassa os limites legais e resultam no desrespeito contínuo aos direitos das pessoas. Assim, ao “endurecer” prestação jurisdicional a título de responsabilidade civil, o Estado demonstra ao ofensor, a censura ao seu comportamento na busca pela manutenção da ordem social.

Por sua vez, pensar somente a partir da vítima seria uma chancela ao desrespeito a algumas

⁶¹⁵ *Ibidem*, p. 466.

classes sociais. É evidente que a observância de preceitos estritamente econômicos do sujeito passivo demandaria um tratamento desigual perante fatos considerados semelhantes. A preocupação do ofensor em não causar danos seria mais evidente para aquelas prováveis vítimas que fossem consideradas afortunadas. Para os mais humildes, não seria necessário deprender tanto esforço, pois as indenizações a eles destinadas não alcançariam volumes consideráveis.

Em assim sendo, é evidente que a aplicação do *punitive damage* se mostra eficiente. A alegação de enriquecimento sem causa deve ser observada, porém não como um entrave, mas sim como uma ferramenta para a aplicação do instituto em questão.

6.4.2.3 O *punitive damage* como ofensa ao Due Process Clause e ao *Amendment XIV*

Apesar de já existente, o posicionamento contrário ao *exemplary damage* ganhou projeção a partir do caso *BMW v. Gore*, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu o abuso na delimitação dos valores a título de *punitive damage*. Segundo os componentes da Máxima Corte, ao manter o montante no patamar desejado pelos jurados, o ordenamento jurídico americano estaria ferindo frontalmente o *Due Process Clause of the Fourteenth Amendment*

A *Amendment XIV* ou *Fourteenth Amendment* decreta que todas as pessoas naturalizadas, ou nascidas, nos Estados Unidos deveriam ser considerados como cidadãos americanos e vinculados às determinações normativas federais e dos Estados nos quais residem. Em razão disso, nenhum Estado estava autorizado a criar ou impor normas que resultassem na diminuição de privilégios ou imunidades aos cidadãos daquele País. Ademais, também não poderia haver por parte de nenhum Estado a privação de qualquer pessoa a direitos fundamentais como a vida, a liberdade ou a propriedade, sem que antes o acusado fosse submetido ao devido processo legal com a ampla proteção concedida pela Lei.⁶¹⁶

⁶¹⁶ "Amendment XIV (ratified July 9, 1868), Section 1. All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and a of the State where in they reside. No State shall make us enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws". Em tradução livre: 14ª Emenda [ratificada em 9 de julho de 1868] 1ª Seção. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e, desta forma, sujeitas à sua jurisdição, são cidadãs dos Estados Unidos da América e dos Estados nos quais residem. Nenhum Estado deverá legislar ou impor qualquer lei que possa diminuir privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos da América; nem poderá qualquer Estado privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa sujeita à sua jurisdição a igual proteção das leis.

Por sua vez, a Suprema Corte determinou que a *Due Process Clause* impede que um Estado venha utilizar a indenização decorrente do *exemplary damage* como uma forma de punir o ofensor quando este não foi o pedido em questão. Isso implica em dizer que haveria uma barreira para a ampla liberdade valorativa tradicionalmente concedida aos jurados.

Seria necessária a existência de pedido por parte do autor no sentido de condenar o réu ao pagamento de indenização a título de *punitive damage*. O corpo de jurados não poderia mais identificar a necessidade de imposição deste instituto a partir da análise do caso. Com isso, pretende-se conceder a oportunidade ao réu de apresentar sua defesa instruída com todos os instrumentos que achar necessário para evitar a imposição do *exemplary damage*.

*Our basic suggestion is that the legal system should enable juries to engage in tasks that they are capable of performing, and should not require juries to carry out tasks that they cannot perform well. Juries are likely to produce erratic judgments about dollar amounts; their judgments are likely to be much less erratic when they are asked to rank cases or to assess the degree to which a defendant should be punished on a bounded rating scale. Thus there is reason to ask whether the civil justice system ought not to be brought more closely in line with the criminal justice system, where juries of course decide questions of liability, and judges decide questions about punishment, subject to guidelines and constraints. If juries cannot consistently or sensibly "map" their judgments onto an unbounded dollar scale, might it follow that judges, rather than juries, should be making decisions about punitive award?*⁶¹⁷

Em consequência, existindo o pleito expresso, surgiu então o seguinte questionamento: como identificar um valor que ultrapassa os limites do razoável? Aliás, nestas questões, o que considerar como razoável? A Suprema Corte Norte-americana estabeleceu alguns tópicos que devem ser observados, sendo eles: a reprovabilidade da conduta do acusado; o desequilíbrio entre o dano efetivamente sofrido ou em potencial e o *punitive damage*; e uma análise comparativa entre o valor conferido pelo júri a título de *exemplary damage* e outras multas civis impostas em casos semelhantes.

⁶¹⁷ SUNSTEIN, Cass; KAHNEMAN, Daniel; SCHKADE, David. *Assessing punitive damages (with notes on cognition and valuation in law)*. Disponível em: <<http://www.questia.com/googleScholar.qst?docId=5001346588>>. Acesso em: 03 fev.2008. (Em tradução livre: Nosso opinativo é no sentido de que o sistema legal deveria conceder as ferramentas necessárias para que os jurados pudessem assumir tarefas que a eles são imputadas, e não deveriam requisitar jurados para tarefas que eles não podem desenvolver bem. Qualquer dos jurados estão passível de produzir julgamentos incertos sobre o *quantum* indenizatório; porém seus julgamentos tendem a ser muito mais precisos quando eles estão aptos a analisar o caso ou emitir sua decisão acerca do grau de punição imposto ao réu a partir de uma escala classificatória. Neste sentido deve-se perguntar, de qualquer forma, se o sistema civil não se deveria aproximar do âmbito criminal, onde os jurados decidem questões sobre a responsabilidade e, aos juízes incumbem decidir questões sobre punição, sujeição às normas de conduta e ordem. Já que os jurados não podem consistentemente ou sensitivamente encaminhar seus julgamento na direção de uma escala pecuniária limitada, poderiam os juízes, melhor do que os jurados, decidir sobre a quantia "punitiva"?)

O processo que ficou conhecido como *State Farm v. Campbell*⁶¹⁸ adquiriu contornos importantes. Isto porque, a partir da decisão proferida pelo órgão julgador, chancelou-se o posicionamento adotado no julgamento *BMW v. Gore*. A Suprema Corte Americana reconheceu o afronte ao *Due Process Clause* na medida em que o valor determinado a título de indenização punitiva era incontestavelmente exorbitante quando comparado ao montante do *compensatory damage*.

Compensatory damages are intended to redress a plaintiff's concrete loss, while punitive damages are aimed at the different purposes of deterrence and retribution. The Due Process Clause prohibits the imposition of grossly excessive or arbitrary punishments on a tortfeasor. Eg, Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.

[...]

It should be presumed that a plaintiff has been made whole by compensatory damages, so punitive damages should be awarded only if the defendant's culpability is so reprehensible to warrant the imposition of further sanctions to achieve punishment or deterrence.

[...]

*To justify punishment based upon recidivism, courts must ensure the conduct in question replicates the prior transgressions.*⁶¹⁹

Hoje, o *Due Process Clause of the Fourteenth Amendment* apresenta-se como a principal justificativa contrária à aplicabilidade do *punitive damage* no ordenamento jurídico

⁶¹⁸ O caso em questão refere-se a um acidente automobilístico em que uma pessoa veio a óbito e outra adquiriu deficiência permanente. Uma investigação policial concluiu a manobra de Campbell foi a responsável pelo acidente. Apesar disso, a *State Farm* a companhia de seguros de Campbell, trabalhou na cena do acidente no intuito de mostrar que seus clientes não tinham culpa do fato ocorrido. Ainda durante os trâmites para celebração de um acordo, os advogados das vítimas, Slusher e a família de Hospital, solicitaram da seguradora que pagasse um valor de US\$ 50.000,00 a título de indenização, o que foi negado. Acionado judicialmente, Campbell foi condenado a pagar US\$ 130.000,00. A sua seguradora recusou-se a cumprir com a obrigação judicial.

Desesperado com a impossibilidade de cumprir a obrigação de pagar a quantia judicialmente determinada, Campbell chamou os advogados das vítimas para ingressarem juntos com ação regressiva contra a seguradora. Diante desse fato, o júri determinou o pagamento da quantia de US\$ 2,6 milhões em indenizações compensatórias e \$145 milhões em indenizações punitivas.

A seguradora recorreu da decisão e em No dia 7 de abril de 2003, a Suprema Corte decidiu que os valores aplicados pelo júri eram excessivo e violaram a cláusula de processo devida da 14th *Amendment*. (NORTHWESTERN UNIVERSITY. Disponível em: <<http://docket.medill.northwestern.edu/archives/000657.php>>. Acesso em: 08 fev.2008).

⁶¹⁹ SUPREME COURT COLLECTION. Disponível em: <<http://supct.law.cornell.edu/supct/html/01-1289.ZS.html>>. Acesso em: 05 fev.2008. Em tradução livre: Deve-se presumir que a demanda foi construída sob o pleito de indenizações compensatórias, de modo que as “punitivas” devem ser concedidas apenas no caso do réu apresentar culpabilidade tão condenável que justifique a imposição de novas sanções para conseguir punição ou dissuasão.

[...]

Para justificar “punição” baseada em reincidência, os tribunais têm que garantir a comprovação de que o comportamento em questão configura-se em repetição a prévias transgressões.

[...]

As indenizações compensatórias são destinadas a corrigir uma acusação concreta da perda, por sua vez, quando “punitivas” são destinadas aos diferentes efeitos de dissuasão e castigo. A Cláusula do Devido Processo proíbe a imposição de castigos arbitrários ou manifestamente excessiva a um ofensor

americano, nos moldes atualmente conhecidos. É a partir da sua análise que os operadores do direito daquele país buscam atingir o equilíbrio necessário para que se possa evitar abusos como os mencionados anteriormente.

6.5 AINDA É VIÁVEL O *PUNITIVE DAMAGE*?

Foram apresentadas ao leitor algumas considerações sobre o instituto do *punitive damage* no país de sua maior representatividade: os Estados Unidos da América. Percebeu-se que, ao contrário do que possa parecer num primeiro momento, a sua aplicação não é tão pacífica como se pensa. Os embates são constantes, com a incidência de fortes argumentações contrárias. Porém é necessário fazer algumas considerações sobre esta aversão.

Numa análise mais acurada, em momento algum houve qualquer menção à extinção do *exemplary damage* do ordenamento americano. Não se constatou qualquer voz levantada no sentido de apagar a chama da sua incidência. Ela está solidamente estabelecida naquele País, sendo uma ferramenta útil para a manutenção da paz social.

A grande preocupação está na forma como se determinam as indenizações a ele atinentes, e não na doutrina propriamente dita. Todas as resistências giram em torno do trabalho exercido pelos jurados e julgadores. O problema é parecido com o que ocorre no âmbito brasileiro, porém, é claro, com suas peculiaridades: identificar o valor adequado no momento da quantificação da indenização.

Os entraves lá existentes podem até trazer traços de similitude com o ordenamento jurídico pátrio, porém tal semelhança não se faz absoluta. A questão da arbitragem realizada pelos jurados não é aplicada em terras brasileiras, ficando a quantificação sob a chancela pura e exclusiva dos magistrados e Tribunais. Mesmo assim as dificuldades não são menores.

Rotineiramente considerada como a fonte da crise pela qual passa a responsabilidade civil nos Estados Unidos – o que, conseqüentemente, está gerando um movimento favorável à sua reforma, denominado de *Tort Reform* – o *punitive damage* representou uma mudança de pensamento e comportamento muito latente no ordenamento jurídico americano. Foi ela a responsável pelo respeito maior aos direitos dos cidadãos, a ponto de, como dito, não se cogitar a sua exclusão do ordenamento.

O seu grande problema está, exatamente na ausência de parâmetros – não se quer dizer com isso que tais balizas devam ser legais – na hora da determinação do montante pelos jurados. É

evidente que decisões como as ora apresentadas não passam de mero devaneio que em nada tem a ver com o objetivo central que permeia o instituto em apreço. É necessário que se estabeleça uma diferença entre a correta aplicação do *exemplary damage* e as atrocidades que são realizadas com ele. Afinal, vale lembrar que todo e qualquer instituto é passível de abuso e de uso disforme.⁶²⁰

O *punitive damage* caminha *pari passu* com o *compensatory damage* e é incontestável a sua eficiência para, pelo menos, mitigar novos comportamentos exercidos à semelhança deste que esta sendo censurado. Sendo assim, questiona-se se esta ferramenta, com as devidas adequações, não seria útil para ser aplicada na doutrina brasileira? Será que ela poderia apaziguar os enormes abusos que são praticados principalmente no âmbito das relações consumeristas? Estas são apenas algumas das questões que serão analisadas no transcorrer este trabalho.

6.6 REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DO *PUNITIVE DAMAGE*

Antes de adentrar no próximo capítulo e dedicar os estudos à viabilidade do *punitive damage* no ordenamento jurídico brasileiro urge a necessidade de delimitar alguns requisitos que se classificam como necessários para a sua aplicação.

No item 2.1 foi construída uma conceituação bastante particular do que venha a ser o *exemplary damage*. Segundo a definição encontrada, considera-se o *punitive damage* como sendo um acréscimo econômico na condenação imposta ao sujeito ativo do ato ilícito, em razão da sua gravidade ou reiteração, que vai além do que se estipula como necessário para compensar o ofendido, no intuito de desestimulá-lo, além de mitigar a prática de comportamento semelhantes por parte de potenciais ofensores, no intuito de assegurar a paz social e conseqüente função social da responsabilidade civil. Assim, é possível observar que a

⁶²⁰ Segundo salienta Maria Celina Bodin de Moraes: “Nos Estados Unidos, as questões relacionadas às indenizações por danos punitivos, em lugar de serem reguladas no âmbito de critérios e de parâmetros estritamente jurídicos, têm sido absorvidas pela lógica do mercado. É o que se constata a partir das informações noticiadas pelo jornal *The New York Times*, em alentada reportagem de 30 de janeiro de 2001, ao relatar a diminuição no número de sentenças judiciais sobre produtos defeituosos. De acordo com o *Administrative Office of the United States Courts*, o número de casos de produtos com defeito apresentados à Corte Federal baixou significativamente nos últimos anos, passando de 32.856 casos em 1997 para 14.428 em 2000. No entanto, observa ainda o jornal, os valores das sentenças – sem incluir os danos punitivos – triplicaram desde 1993, quando atingiram cerca de US\$ 500 mil, para, em 1999, alcançarem a cifra de US\$ 1,8 milhão.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 233-234).

identificação do instituto em questão não se configura tão simples como pode parecer num primeiro momento.

Ademais, a sua complexidade não fica apenas no âmbito teórico. A própria Suprema Corte Norte-americana tomou para si a responsabilidade em determinar alguns parâmetros que devem ser observados pelos jurados no momento da indenização devida, quais sejam: o grau de reprovabilidade da conduta do réu; a disparidade entre o dano sofrido - ou em potencial - pelo autor e os *punitive damages*; e a diferença entre os *punitive damages* concedidos pelo júri e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes.

Em assim sendo, cumpre, de logo identificar alguns parâmetros que se considera fundamental para a correta aplicação do instituto e, conseqüentemente, a sua adequação ao conceito outrora mencionado.

6.6.1 A conduta reprovável

Quando se analisa a possibilidade de sua utilização dentro da reparação civil (*tort*) busca-se a evidência de um requisito importante e indispensável: a gravidade. A conduta deve ser particularmente reprovável na medida em que é exatamente este grau de rejeição que irá funcionar como a mola propulsora para a imposição de uma indenização punitiva.

Aliado a estes requisitos, está a questão da reincidência do agressor. Quanto maior for o descaso dele em relação a um correto posicionamento, certamente, maior será a necessidade de puni-lo, demonstrando que o ordenamento jurídico não tolera tais comportamentos.

Ao lado da configuração do dano, também deve existir um comportamento mais gravoso por parte do ofensor para que se configure a possibilidade de imputação do *punitive damage*. Situações envolvendo má-fé, dolo, atitude moralmente culpável são algumas qualidades que quando adicionadas ao ato ofensivo podem desaguar, sem sobra de dúvidas, na aplicação do instituto em apreço.

*Para que estos procedan, se requiere una particular subjetividad en la conducta del dañador que, según veremos más adelante, puede presentar matices muy significativos a medida que nos acerquemos a hipótesis limite, como lo son los casos de daños punitivo aplicados a corporaciones por el hecho de sus representantes o dependientes.*⁶²¹

⁶²¹ PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral: prevención/reparación/punición: el daño moral em las diversas ramas del Derecho*. Buenos Aires: Hammulabi, 1996, p. 459. Em tradução livre: Para que eles procedam, se requer uma subjetividade particular na conduta do agressor que, conforme veremos mais adiante, pode

O *punitive damage* configura-se como um comportamento adotado pelo ordenamento jurídico em situações excepcionais. Ele não deve ser aplicado a situações rotineiras. A gravidade do ato ilícito e/ou a sua reiteração devem ser consideradas na hora de avaliar a viabilidade da sua incidência. Afinal, se assim não o fosse, condutas ilícitas consideradas de pequena monta seriam interpretadas pelo ordenamento como passíveis de censuras mais gravosas, o que desvirtuaria as funções do instituto em estudo.

Com o *exemplary damage*, busca o ordenamento jurídico imputar ao ofensor toda a sua reprovação em razão da postura adotada. Esta reprovação, por sua vez, assume uma feição bastante rígida, o que autoriza a sua aplicação apenas em situações que demandem consequências graves ou que, em razão da sua repetição, configurem como passíveis de provocar instabilidade perante as relações sociais.

Na realidade, este é o requisito mais intrínseco na doutrina, na medida em que ele existe desde os seus primórdios, na medida em que cumpre ao Poder Judiciário apresentar a resposta devida ao ato ilícito praticado. Sendo assim, quanto maior a gravidade deste, mais rígida deve ser a postura adotada.

Como é característica inerente ao tema envolvendo dano moral, o subjetivismo predomina de forma incontestável. Com isso, até mesmo este “grau de reprovabilidade” não é passível de previsão legislativa. Cumpre ao Juiz, a partir da análise da situação fática, identificar a existência destes requisitos de gravidade e/ou repetição. Porém, isso não desconfigura a necessidade de sustentação deste preceito na aplicação do *exemplary damage*.⁶²²

6.6.2 O elemento pedagógico-desestimulador do *punitive damage*

A preocupação originária do instituto da responsabilidade civil – incluía-se aí o dano moral – era com a vítima. O ofendido não poderia ficar sem a devida prestação jurisdicional. Ao ter o

apresentar cores muito mais significantes na medida em que trazemos a hipótese limite, como nos casos de danos punitivos aplicados a corporações por ato dos seus representantes ou dependentes.

⁶²² A conduta reprovável pode ser configurada de diversas formas. Quando se fala, por exemplo, da relação médico-paciente, certamente considerar-se-á censurada o comportamento do profissional que mantém relação sexual com um paciente em desconformidade com os preceitos éticos e com a quebra da relação de moral existente entre ambos. Outro exemplo pode ser vir do diretor de uma empresa ou de um advogado que queima arquivos importantes objetivando eliminar qualquer prova de erro ou negligência por parte dele ou da empresa.

seu direito turbado, nascia para o sujeito passivo, imediatamente, a necessidade de viabilizar meios para sanar o prejuízo sofrido.

Porém, poucos foram os momentos em que o ofensor ocupou lugar de destaque na responsabilidade civil. O *restitutio in integrum* objetivava apenas a vítima, sem que fosse desenvolvida qualquer preocupação quanto ao sujeito ativo. Este, apenas teria que arcar com um valor que, muitas vezes, já era pré-determinado de acordo com o preço do bem prejudicado.

A função reparatória da responsabilidade civil volta-se para o passado. A questão da sua existência permeia a necessidade de reconstruir toda a destruição causada pelo ato ilícito. Esquece-se, por sua vez, do futuro: como garantir que não haja a repetição deste comportamento prejudicial? Como garantir que – mais especificamente no direito do consumidor – as empresas respeitem seus consumidores perante uma sociedade de massa e que preza pela produção frenética de bens de consumo? Será que apenas tentar tampar buracos cavados pela agressão serviria como forma de manter a paz social? Ao ser estabelecida a responsabilidade civil, poder-se-ia utilizar apenas a extensão do dano ou prejuízo para encontrar o valor indenizatório correto?

A preocupação da responsabilidade civil não se circunscreve ao dano já consumado e às formas de repará-lo. Encarece-se o objetivo de impedir a realização do dano, sua continuação ou repetição, principalmente (mas não exclusivamente) em relação àqueles bens ou direitos que não encontram na tutela reparatória a proteção adequada, como se dá com os direitos da personalidade. O dano, então, não somente é pressuposto, mas elemento que mobiliza toda a atenção da responsabilidade civil. O dano, então, não somente é pressuposto, mas elemento que mobiliza toda a atenção da responsabilidade civil.⁶²³

Esta inclusão do sujeito ativo do ato ilícito como paradigma para a análise da indenização a título de danos morais se torna bastante evidente na medida em que se observa a sua realização no âmbito do direito do consumidor. São diversas ações que se repetem em vários processos tendo como agressoras empresas que ficam conhecidas em razão do seu mau comportamento. Como exemplo, pode-se citar uma passagem de um trabalho supervisionado pelo Desembargador Jessé Torres para o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que buscou identificar as maiores demandas judiciais que tramitam naquela localidade:

A atuação das empresas líderes em responder a demandas judiciais acarreta grande volume de processos, com largo reflexo social, posto que atinge, em especial, as classes menos favorecidas da população, tanto que 66% dos

⁶²³ 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, p. 238.

processos de responsabilidade civil dessas empresas, por danos decorrentes de seus serviços, tramitam sob o regime da gratuidade de justiça. Em outras palavras: 1/3 dos lesados pagam as custas processuais, para que 2/3 possam ser atendidos gratuitamente.

[...]

Nessas circunstâncias, a questão de interesse comum do Judiciário e dos Jurisdicionados – estes, como autores ou réus dessas ações de responsabilização civil – é a de se saber qual seria o valor reparatório de danos a partir do qual as empresas fornecedoras de bens e serviços passariam a considerar necessário, do ponto de vista dos custos comparados, investir em medidas corretivas internas que fossem eficientes e eficazes para o fim de prevenir a ocorrência daqueles danos, de sorte a evitar demandas judiciais⁶²⁴

Em assim sendo, o *punitive damage* estaria apto a desenvolver a função de desestímulo aliado ao caráter pedagógico de evitar que sejam reiterados atos considerados nocivos à sociedade ou gravosos a ela. Porém, não é só a partir do patamar do dano que se deve justificar a sua aplicação. Necessário se faz observar o âmbito subjetivo do ofensor.

6.6.3 O ofensor no *punitive damage*

Diferentemente do que ocorre com o sistema compensatório adotado pelo Brasil e demais países latino-americanos, que garante maior relevância à condição do ofendido, no *punitive damage* o ofensor torna-se parâmetro necessário a ser observado na sua quantificação. Aliás, cumpre salientar focalização de requisitos pertencentes ao ofendido apresenta-se muito mais importante do que o próprio sujeito passivo.

Características subjetivas do agressor também adentram no âmbito da análise. A sua repercussão no meio social, e sua capacidade econômica, são parâmetros que devem ser observados quando da aferição do *punitive damage*. Assim, ao praticar um ato que se encaixe nos precedentes citados no tópico anterior, o sujeito ativo já terá sobre si a obrigação de responder a título de *exemplary damage*.

A grande questão que se desenha está em saber se seria possível suscitar a aplicação do *punitive damage* quando ocorrer situações em que há a responsabilidade objetiva. Isso porque, como já mencionado no Capítulo I, quando há a objetivação da responsabilidade, não há que se falar em analisar a intenção do agente ofensor. Sendo assim, estaria mitigado o requisito da subjetividade do ofensor. Poderia, portanto, ser considerada inviável a sua aplicação nestes casos?

⁶²⁴ TORRES, Jessé (coord). *Perfil das maiores demandas judiciais do TJERJ*. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/dgcon/riger_dgjur.pdf>. Acesso em: 02 fev.2008.

Para responder tal questionamento Ramon Daniel Pizarro afirmar que:

El hecho de que un supuesto de responsabilidad se asiente sobre parâmetros normativos objetivos, no quiere decir que el caso concreto no pueda haber mediado alguna culpabilidad en la conducta del responsable. La realidad demuestra que en la mayoría de tales supuestos es dable formular aunque más no sea un mínimo reproche al dañador. Lo que sucede es que, a veces, a ley hace abstracción de toda valoración subjetiva de la conducta del responsable, al tiempo de obligarlo a soportar las consecuencias de su actitud, pues toma en cuenta otros elementos, igualmente valiosos, que de por sí justifican aquella solución.⁶²⁵

A responsabilidade civil objetiva não pode ser diretamente relacionada com ausência de culpa ou de qualquer outro elemento subjetivo do ofensor. A lei quando determina estas características procura apenas incidir sobre o sujeito ativo o peso da sua conduta, impondo-o a obrigação de responder de maneira mais direta do que quando a análise é feita subjetivamente.

Na realidade, não há impedimentos. A imputação de responder pela ação existe de forma direta – sem que seja necessário aferir aspectos subjetivos – porém, para aplicar o *punitive damage*, nada impede que haja a análise da intenção e outros requisitos – como, por exemplo, a reincidência – intrínsecos à vontade do agente. Deve-se separar a forma como a lei encara as consequências do ato danoso, com o requisito necessário para a aplicação deste instituto.

Quem se beneficia neste caso é a vítima que estará isenta de provar a culpa do seu agressor para ser indenizada. Porém, se perante o conjunto probatório que busca demonstrar a existência do dano e do nexo causal surgir indicações que desenham a existência deste elemento subjetivo, a indenização deixará de ser considerada apenas como simplesmente compensatória para cumular com o *exemplary damage*. Não há nada que impeça que, a partir de uma agressão que venha a acarretar numa responsabilidade objetiva, surja duas formas de indenizar a vítima.

Em sentido oposto, terá o ofensor o direito a defender-se de individualmente de cada uma das imputações. Ou seja, ele poderá apresentar suas razões para repelir as acusações demonstrando a inexistência do dano ou do nexo causal – o que desconfiguraria, por completo, a responsabilidade civil – e, sucessivamente, em não sendo aceita suas alegações

⁶²⁵ PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral: prevención/reparación/punición: el daño moral en las diversas ramas del Derecho*. Buenos Aires: Hammulabi, 1996, p. 468-469. Em tradução livre: o fato é que uma suposta responsabilidade que se fundamenta em parâmetros normativos objetivos, não quer dizer que no caso concreto não pode haver indiretamente alguma culpabilidade na conduta do responsável. A realidade demonstra que a maioria destas suposições é fácil de ser detectada, ainda o a culpa do ofensor seja considerada mínima. O que sucede é que, as vezes, a lei trás *abstração de toda valoración subjetiva da conduta do responsável*, ao tempo de obrigá-lo a soportar as consequências de sua atitude, pois leva em conta outros elementos igualmente valiosos, que, de per si justificam aquela solução.

suscitaria posicionamentos que viessem a justificar a inexistência do elemento subjetivo, o que fulminaria a aplicação do *punitive damage*, porém não o isentaria de responder com o pagamento da indenização devida para suprir o dano causado.

6.6.4 O ofendido no *punitive damage*

A idéia inicial do que vem a ser a responsabilidade civil repousa no sentido de que o ofendido deve ter seu dano acobertado pelo princípio da *restitutio in integrum*, segundo o qual o magistrado deve procurar reparar, de forma mais abrangente possível, os danos decorrentes do ato ilícito praticado contra o sujeito passivo. Quando possível, esta obrigação deve ser feita a partir da entrega de um bem semelhante àquele danificado, como ocorre com os danos materiais. Por sua vez, diante a impossibilidade de conferir ao ofendido um bem igual ao danificado, cabe ao magistrado impor ao ofensor o pagamento de quantia referente ao montante do prejuízo ou, como nos danos morais, estimar um valor de referência.

No âmbito do *punitive damage*, a vítima deve ser o último elemento a ser abordado. Na realidade, assegura-se que, quando focalizada na sua amplitude individual, a pessoa não ganha um relevo maior para o instituto em questão. Não se quer dizer com isso que o singular é desfocalizado do *exemplary damage*. “O fato é que quanto menor for a proteção dada ao indivíduo pela seguridade social, maior é a função que se atribui à responsabilidade civil, a fim de tutelar mais eficientemente o indivíduo em relação aos infortúnios a que está sujeito em razão da vida em sociedade.”⁶²⁶ Porém ao que transparece, a justificativa da sua aplicação ultrapassa a idéia de simples sanção para absorver os contornos de uma função pedagógica e de desestímulo.

Essas duas qualidades, por sua vez, alçam vãos maiores do que o âmbito do indivíduo. Elas buscam trazer à baila a proteção e a ânsia pela manutenção da paz social. A meta do Poder Judiciário ao aplicá-la é livrar a sociedade de viver em constante tensão sob a ameaça de novas práticas de atos experimentados pelos seus componentes, ou a adoção de condutas semelhantes àquelas outrora existentes e consideradas de gravidade exacerbada. É somente com a adoção de uma postura considerada mais rígida que será possível a mitigação destes comportamentos tão danosos.

⁶²⁶ FACCHIN NETO, Eugênio. A função social do direito privado. *Revista Jurídica*, São Paulo, n. 349, nov./2006, p. 91.

Em assim sendo, o individual deve merecer atenção necessária, porém não figurar como a mola mestra para justificar a aplicação do *exemplary damage*. Muito mais do que isso, o coletivo é a pedra de toque para a sua chancela, na medida em que a proteção singular conferida pela responsabilidade civil deve estar configurada no seu caráter compensatório e não no instituto em questão.

É evidente que o *punitive damage* afasta-se, assim como ocorre no direito norte americano, do caráter compensatório da indenização. Apesar de não existir cálculos separados à semelhança do que é feito pelos jurados americanos, não há impedimentos que determinem a partição do valor indenizatório. Ao sujeito ativo estar-se-ia imputando determinada quantia que, após análises destinadas ao sujeito passivo, seriam repartidas em um montante destinado à compensação e o outro ao caráter pedagógico.

Quando se fala que é necessário uma análise destinada ao sujeito passivo, não se quer dizer que o aspecto econômico deste deve influenciar na valoração da quantia que lhe é devida. Se assim o fosse, caminharía na contra-mão dos preceitos determinados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Os requisitos inerentes ao agredido permeiam exatamente no âmbito do seu subjetivismo, como, por exemplo, a imagem que a sociedade tem perante ele e do seu comportamento diante desta. Deve-se afastar o pensamento monetário para incluir requisitos intrínsecos de valorização do ser humano.

Feito isso, necessário se faz ultrapassar as limitações impostas neste artigo e transpor à próxima abordagem no intuito de por termo à presente obra com a demonstração da aplicabilidade do instituto do *punitive damage* no direito brasileiro.

7 A APLICAÇÃO DO *PUNITIVE DAMAGE* NAS AÇÕES DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS NO DIREITO BRASILEIRO

7.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Pacificada encontra-se a conclusão de que, quando se refere aos danos morais, não é possível idealizar o retorno ao *status quo ante* do ofendido. Em razão da subjetividade quanto a efetiva comprovação do tamanho do prejuízo sofrido, torna-se inviável sanar por completo as conseqüências do ato danoso à semelhança do que ocorre com o agravo material. Sendo assim, ao ofendido cabe o direito de pleitear indenização a ser arbitrada pelo magistrado ao invés do mero ressarcimento.

É exatamente neste ponto que os ânimos acirram e o embate ganha uma maior proporção. Inexiste posicionamento consolidado no tratamento destinado ao *quantum* indenizatório. A jurisprudência dos Tribunais brasileiros, principalmente do Superior Tribunal de Justiça, inclina-se no sentido de assegurar um valor meramente satisfatório para a vítima, sem que haja uma preocupação maior com uma possível restrição a ser imposta ao agressor.⁶²⁷

A aferição é feita principalmente com o foco em satisfazer a vítima, sob o argumento de que se deve evitar a proliferação da denominada “indústria do dano moral”, pois, a concessão de valores considerados “de grande monta” ao ofendido poderá resultar no seu enriquecimento sem causa, o que tornaria a justiça uma espécie de loteria em razão dos pleitos por indenizações imateriais.

Apesar da repersonalização das relações jurídicas, introduzidas a partir da Constituição Federal de 1988, esta conduta representa um baluarte para a ideologia patrimonialista outrora existente. Isso porque, a preocupação dos julgadores está muito mais presente na manutenção da capacidade econômica do ofendido, do que na censura ao ato propriamente dito.

Não se quer defender que os julgadores condenem o sujeito ativo da agressão a pagar quantias desarrazoadas ao ofendido. Este comportamento, nem de longe, poderia ser considerado como aplicação da justiça. Porém, em outra ponta, também não se pode conformar com o comportamento predominante atualmente no País quando se refere a danos morais.

Diante dos debates existentes, a consulta à doutrina estrangeira surge como a luz no fim do túnel. A ampliação dos horizontes na busca por soluções viáveis, e que possam ser aplicadas

⁶²⁷ Em decisão, o STJ emanou o seguinte posicionamento: Civil e processo civil. Embargos de declaração no agravo no agravo de instrumento. Danos morais. Configuração. Valor compensatório. Reexame de provas. Ausência de demonstração de dissídio jurisprudencial. - Rejeitam-se os embargos de declaração quando ausentes omissão, contradição ou obscuridade no acórdão. Embargos de declaração rejeitados. (STJ. T3 – TERCEIRA TURMA. EDcl no AgRg no Ag 658607 / RJ EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2005/0024688-3. Rel. Min. Nancy Andrighi. Pub. 19.06.2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>; Acessado em: 16 dez. 2007).

no ordenamento brasileiro, torna-se uma saída bastante interessante para encarar os entraves construídos.

A importação do tratamento conferido pelos norte-americanos - *punitive damage* - às indenizações decorrentes de responsabilidade civil, se mostra bastante sedutora. Porém, isso não se quer dizer que tal doutrina encha os olhos dos operadores do direito pátrio, já que, apesar do nascimento de uma corrente que defende a sua utilização, há doutrinadores⁶²⁸ que se furtam a aceitar sua inserção em tribunais brasileiros.

De fato, enquanto os demais saberes tomaram consciência de seu papel universal, a ciência jurídica permaneceu voltada para os ordenamentos nacionais, como se cada um deles fosse o centro de um universo próprio. As ocasionais referências ao direito estrangeiro vêm, quase sempre, desacompanhadas de um real estudo, que, mais que semelhanças e diferenças, aponte as razões, os fundamentos, os princípios e os valores que governam os diferentes ordenamentos. O resultado disto é, por vezes, uma importação acrítica e deficiente de institutos utilizados no exterior, sem a correta compreensão da função que desempenham e dos fenômenos sociais que os justificam. Todas estas considerações são aplicáveis aos chamados *punitive damages*, importados do sistema norte-americano sem atenção às peculiaridades da realidade social brasileira e sem a necessária inteligência do instituto em seu próprio país de origem.⁶²⁹

É possível vislumbrar o espaço necessário para erguer a bandeira das indenizações punitivas em terras brasileiras. Apesar de sua origem estar vinculada a um pensamento jurídico completamente diferente àquele adotado no Brasil – o seu nascimento se deu perante o *Common Law* -, o instituto em questão possui flexibilidade necessária para a sua utilização nas decisões jurídicas pátrias.

Na realidade, acredita-se que ela seja a porta de acesso a uma nova forma de encarar a indenização em razão de danos morais. É evidente que, de início, haverá fortes turbulências jurisprudenciais, mas, com o passar do tempo, e com os ajustes necessários, elas serão domadas e a paz social, certamente, será erguida em bases muito mais sólidas do que as atualmente existentes.

Seja, por exemplo, no direito do consumidor, no âmbito trabalhista, ou até mesmo nas relações familiares, é possível encontrar agressões rotineiras a direitos da personalidade as quais demonstram que a condenação em valores meramente satisfatórios - como deseja o STJ, por exemplo - não conseguem estancar a repetição de práticas idênticas. Enquanto isso, os

⁶²⁸ Por todos, Maria Celina Bodin de Moraes que defende com bastante veemência a impossibilidade de aplicação do *punitive damage* no sistema jurídico brasileiro. (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003).

⁶²⁹ SCHREIBER, Anderson. Arbitramento Do Dano Moral No Novo Código Civil. In: *Dano moral e sua Quantificação*. Caxias do Sul: Plenum, 2007. 1 CD-ROM. ISBN 978-85-88512-18-4.

mais prejudicados são os ofendidos que, diante da determinação judicial, vêm, com frequência, o sujeito ativo não demonstrar qualquer preocupação em decorrência do valor contra ele aplicado.

Sendo assim, o *punitive damage* desenha-se perante a doutrina brasileira como a opção mais viável para os anseios sociais atualmente existentes. A intensidade cada vez maior das interações entre as pessoas torna sensível a possibilidade de se ferir direitos da personalidade alheios, o que suscita uma postura mais rigorosa por parte do Poder Judiciário do que aquela adotada atualmente. Por sua vez, é evidente que antes de aplicar este instituto, necessário será ultrapassar as diversas barreiras construídas ao logo dos anos por aqueles que ainda resistem à sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro.

7.2 RESISTÊNCIAS AO *PUNITIVE DAMAGE*

Os caminhos que levam ao *punitive damage* não são tranquilos nem mesmo no seu país de origem. Em terra norte-americana, debate-se acerca da forma como o valor calculado a título de *exemplary damage* deve ser aplicado. Todo o conflito encontra-se concentrado na forma como os jurados investigam o valor condizente com o dano sofrido. Em momento algum da pesquisa realizada encontraram-se resistências maiores à incidência do instituto em questão. Os americanos, em sua maioria, aceitam a sua aplicação e chancelam sua viabilidade como uma forma de manutenção da ordem social através da reprimenda do sujeito passivo.

“O monstro do *punitive damage*” que é desenhado para os mais leigos em nada tem haver com o real formato que a doutrina demanda.

Como visto no capítulo anterior, o *exemplary damage* é processado paralelo ao *compensatory damage* e, por isso, possuem valores apartados, não havendo confluência entre ambos. Aos jurados, por conseqüência, cabe sopesar dois valores indenizatórios.

No direito norte-americano, nas ações envolvendo responsabilidade civil (*torts*), há a aplicação de um valor de indenização compensatório (*compensatory damage*). Em casos extremos ou em situações de reincidência torna-se necessária a aplicação de um comportamento mais rígido, o que autoriza a incidência do *punitive damage*. O montante estritamente compensatório é destinado diretamente à satisfação da vítima. Depois disso é que o júri observará a necessidade de aplicar outra quantia, na maioria das vezes, maior do que a primeira para servir como desestímulo ao ofensor.

Já no âmbito brasileiro, sua a aceitabilidade não parece tão evidente. Aqui, antes mesmo de qualquer reflexão acerca das balizas a serem utilizadas para a aferição do dano moral, há as resistências quanto a sua a utilização. Os exorbitantes valores que esporadicamente surgem no direito alienígena servem como justificativa para a não aplicação do *punitive damage* no Brasil.

Esta objeção não se faz nova. Há algum tempo, doutrinadores já constroem suas bases para evitar que a indenização por dano moral seja encarada pelo viés sancionatório. Neste sentido, fundamentando-se em ensinamentos de Lacoste, José Aguiar Dias sustentava que:

É preciso não estabelecer, porém assimilação dessa, indenização com a pena, porque o dano moral, e principalmente o de fundo afetivo, "... é de ordem mais elevada que a reparação possibilitada por essa forma; a tal título, a reparação pecuniária, longe de ser uma pena, é antes compensação insuficiente do dano causado. Em lugar de dizer, como é comum, que o juiz impõe uma punição, seria mais verdadeiro dizer que é incapaz de indenizar plenamente a pessoa."⁶³⁰

Vozes surgem em todos os cantos com posicionamentos contrários à possibilidade de introdução do *punitive damage* no direito brasileiro. Alegações que vão desde a falta de aprofundamento nos estudos à impossibilidade de imposição em razão do seu aspecto penal são comuns de se encontrar na literatura especializada.

Todavia, inúmeros autores brasileiros permanecem invocando como argumento de autoridade o exemplo norte-americano, alheios talvez às discussões que se colocam, hoje, naquele país. Da comparação, até hoje, não se extraiu sequer a constatação de que a doutrina das indenizações punitivas apresenta, no Brasil, grave deficiência técnica representada pelo seu tratamento unitário com a compensação do dano. Com efeito, os tribunais brasileiros, repetindo erros do Código Brasileiro de Telecomunicações e da Lei de Imprensa, utilizam critérios punitivos para a quantificação de uma indenização que deveria ser, ao menos a princípio, meramente compensatória. O resultado é que as decisões judiciais tratam de forma unitária quantias atribuídas a títulos inteiramente diversos, fundados em fatos e argumentos distintos. Torna-se impossível, no cenário brasileiro, separar no valor da condenação a parcela concedida a título de compensação do dano e aquela que se pretende atribuir à vítima a título de punição do ofensor. Há, nisto, violação flagrante ao direito de ampla defesa do causador do dano e limitação ao contraditório em sede de recurso, já que se inviabiliza a discussão acerca da legalidade e conveniência da punição, cuja extensão nem chega a ficar clara.⁶³¹

Em assim sendo, o enfrentamento aos principais argumentos sustentados pela corrente contrária ao *punitive damage* se faz urgente. Não será possível construir um posicionamento

⁶³⁰ LACOSTE *apud* DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997, vol II, p. 740.

⁶³¹ SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo código civil. In: *Dano Moral e sua Quantificação*. Caxias do Sul: Plenum, 2007. 1 CD-ROM. ISBN 978-85-88512-18-4.

sem que antes sejam, pelo menos, apresentadas as resistências mais pulsantes no sistema jurídico brasileiro.

7.2.1 O *punitive damage*, o direito público e o direito privado

Uma das alegações mais suscitadas contra a aplicação do *punitive damage* para as indenizações decorrentes de danos morais está na tradicional separação entre direito privado e o direito público. Esta concepção criou uma idéia de que a Responsabilidade Civil somente seria destinada a reparar ou ressarcir o dano, seja ele material ou moral. Para situações voltadas ao caráter pedagógico ou sancionador, deveriam ser aplicados os preceitos de direito público. A questão da censura ao ato ilícito ficaria restrita apenas à responsabilidade penal.

A evolução das relações sociais resultou no reconhecimento de uma proteção maior à pessoa humana. O pensamento patrimonialista outrora implantado pelos burgueses passou a ruir diante dos anseios da sociedade como um todo. Agora, o homem sobreleva-se sobre o volume de bens. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana apresentou novos horizontes para um ordenamento acostumado em proteger apenas o que era monetariamente auferível.

A valorização do homem sobre o patrimônio deu aos direitos da personalidade uma projeção nunca antes vista. São incluídos, então, no rol de proteção os direitos inerentes à pessoa e que, por esta condição, não comportam a possibilidade de serem restaurados diante de qualquer ato ofensivo. Nesta mesma esteira, surge o problema da função da responsabilidade civil, na medida em que, a ela era tradicionalmente garantida o dever de restituir o ofendido ao *status quo ante*. Como manter a estrutura meramente compensatória do dano diante de um prejuízo imaterial?

7.2.1.1 A necessária mudança de paradigma

Em seu trabalho “A estrutura das revoluções científicas”⁶³², Thomas Kuhn aborda de forma bastante condizente esta evolução necessária da ciência. Para ele, os grandes progressos não resultam de uma continuidade de pensamento, mas sim de rupturas com o modelo anteriormente existente.

⁶³² KUHN, Thomas. *Estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Viana Boeira. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

O estabelecimento de padrões clássicos serve como fonte para a continuidade das pesquisas que serão desenvolvidas ao longo do tempo. Isso implica em dizer que, mesmo com o passar das décadas, a forma como esta ciência é vista pelos seus praticantes é considerada a partir de uma mesma perspectiva, o que, conseqüentemente, assegura a visão igualitária a todos. Esta maneira de ver o mundo foi denominada por Kuhn de paradigmas.⁶³³

Quanto mais solidificado for o paradigma maior será a possibilidade de descobrir incongruências com os anseios modernos da sociedade. Com a inserção de carências antes inexistentes, os pesquisadores passam a perceber que a forma tradicional de encarar aquela problemática não mais se apresenta tão adequada como anteriormente considerada. Com isso, suscita-se a necessidade de interpretações diferenciadas para que possa ser dada continuidade ao acúmulo de conhecimento.

Para Kuhn, esta evolução científica é feita mediante etapas diferenciadas que ora configuram-se como normal, ou seja, transcorrem naturalmente a partir do acúmulo de conhecimento ao longo dos anos, mantendo a abordagem segundo os preceitos já existentes, ora a partir de rupturas revolucionárias que racham com os preceitos anteriormente construídos para, diante dos seus escombros erguer novas estruturas.⁶³⁴

A partir de então, o paradigma passou a ser considerado como uma maneira bastante salutar de se observar a realidade existente. Alargando-se o conceito para além das ciências, a utilização deste método de observação se mostra deveras importante para compreender a própria vida em sociedade.

As mudanças advindas com a Constituição de 1988 não permitem uma interpretação restrita ao patrimônio, nos moldes daquilo que era proposto anteriormente. A sociedade evoluiu, e junto com este acontecimento, as normas jurídicas também procuram acompanhar a transformação de pensamento, buscando sempre se adequar às carências e anseios.

⁶³³ *Ibidem*, p. 37

⁶³⁴ O filósofo lembra que: “Na Astronomia, por exemplo, durante muitos anos acreditou-se no paradigma geocêntrico, segundo o qual o Sol rodaria à volta da Terra. Todos os cálculos matemáticos da altura, realizados sobre os movimentos dos planetas, confirmavam que o paradigma geocêntrico era o correcto. A certa altura, no entanto, alguns astrónomos e físicos começaram a conjecturar que as irregularidades que detectavam em alguns dos cálculos só poderiam ser explicadas se a Terra rodasse em torno do Sol, e não vice-versa. Durante anos, as suas convicções levaram-nos à rejeição social, a acusações de heresia e, em alguns casos, à perda da própria vida, emulada nas fogueiras da Inquisição, mas a partir de certa altura os cálculos começaram a confirmar que, de facto, a razão estava do lado deles, e o paradigma heliocêntrico impôs-se. É curioso observar que Pedro Nunes, o nosso maior matemático, e um dos grandes matemáticos do mundo, na sua época, não aceitava o paradigma heliocêntrico, contrariando assim um número já significativo de contemporâneos seus. A razão que hoje se avança para explicar essa estranha posição é que na época os cálculos de previsão do movimento dos planetas se apresentavam muito mais rigorosos quando se recorria ao modelo geocêntrico, enquanto que o modelo heliocêntrico conduzia a anomalias de cálculo que ninguém, na altura, sabia explicar. (*Ibidem*, p. 54).

Há, portanto, que se encarar não só o conteúdo atinente à Responsabilidade Civil, mas todo o ordenamento sob uma ótica renovada. Será necessário sacar os conceitos clássicos para conferir-lhes uma nova roupagem diante dos recentes avanços da ciência jurídica, não olvidando dos anseios da sociedade moderna. A necessidade de um novo canal hermenêutico torna-se evidente para a manutenção do correto funcionamento do complexo ordenamento jurídico, porém, ao mesmo tempo, as bases já solidificadas não devem ser desconsideradas sob o preceito da inserção do novo.

É neste momento de grande transição que se encontra inserido a temática referente aos danos morais. O direito brasileiro passa por constantes transformações que podem ser visualizadas com intensidade no conteúdo temático em questão. A idéia clássica de indenização em razão de ações por responsabilidade civil, particularmente quanto atinente ao dano moral, não mais abrange a plenitude que o instituto necessita.

7.2.1.2 A fragilização da dicotomia direito público x direito privado

A antiga e imutável dicotomia existente entre o direito público e o direito privado mostra-se fragilizada. Criado a partir do pensamento romano de que *publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem* – ou seja, o direito público é aquele relacionado ao estado ou à coisa romana; privado, às utilidades dos particulares – esta divisão se ocupou posição de destaque diante da estrutura sócio-econômica existente à época, já que, para os romanos, somente existiam duas formas de poder: a pública e a privada.

Furtando-se a análise histórica desta divisão entre as duas esferas, cumpre frisar que durante muito tempo ela ocupou espaço de destaque na doutrina romana e nos demais países que nela fundamentaram seu corpo normativo. Porém, atualmente, ela encontra-se bastante mitigada na medida em que as carências sociais fizeram com que houvesse conexão de ambas.⁶³⁵

A separação do direito em público e privado, nos termos em que era posta pela doutrina tradicional, há de ser abandonada. A partição, que sobrevive desde os romanos, não mais traduz a realidade econômico-social, nem corresponde à lógica do sistema, tendo chegado o momento de empreender a sua reavaliação.

Com cada vez maior frequência, aumentam os pontos de confluência entre o público e o privado, em relação aos quais não há uma delimitação precisa,

⁶³⁵ Paulo Nader é um dos representantes da corrente que continua a manter viva a dicotomia entre o direito público e o direito privado. Segundo o autor: “a distinção entre o Direito Público e o Direito Privado é útil no plano didático e benéfica do ponto de vista prático, pois favorece a pesquisa, o aperfeiçoamento e a sistematização de princípios de um gênero e outro” (NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 19. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2000, p. 98)

fundindo-se, ao contrário, o interesse público e o interesse privado. Tal convergência se faz notar em todos os campos do ordenamento, seja em virtude do emprego de instrumentos privados por parte do Estado em substituição aos arcaicos modelos autoritários, seja na elaboração da categoria dos interesses difusos ou supra-individuais, seja, no que tange aos institutos privados, na atribuição de função social à propriedade, na determinação imperativa do conteúdo de negócios jurídicos, na objetivação da responsabilidade e na obrigação legal de contratar.⁶³⁶

É inegável que a partir da elevação da Constituição Federal ao ponto central do ordenamento jurídico foi possível ampliar sobremaneira a mistura entre o público e o privado. Houve a denominada “publicização do direito privado”. Muitos institutos foram esculpados na Carta Magna, à exemplo do que ocorreu com o dano moral que encontrou seu lugar nos incisos V e X do art. 5º.

a *Lex Fundamentallis* de 1988 realizou uma interpretação do direito público e privado, redefinindo os seus espaços, até então estanque e isolados. Tanto o direito público, quanto o privado, devem obediência aos princípios fundamentais constitucionais, que deixam de ser neutros, visando ressaltar a prevalência do bem estar da pessoa humana.⁶³⁷

Ora, é evidente que não se busca negar as origens predominantemente privadas dos institutos, mas ao ser levado à norma constitucional, tornou-se flagrante que o tratamento conferido ao agravo não-patrimonial ultrapassa as barreiras do individual para atingir o coletivo. A sociedade se vê assaltada diante da conduta ofensiva a direitos da personalidade. O interesse maior representado pela ordem social demonstra que a concessão de um valor meramente satisfatório ao ofendido não mais condiz com a atual idéia de justiça.

Nesta esteira, a inserção de novas técnicas hermenêuticas possibilita uma visão mais acurada do ordenamento. A utilização do estudo interdisciplinar, multidisciplinar ou até mesmo transdisciplinar das áreas de concentração do direito torna-se fundamental no deslinde de questões complexas que, cotidianamente, surgem perante o magistrado. Agora não se pode mais encarar o ordenamento jurídico como água e óleo, mas sim como “substâncias” que se misturam para formar um novo substrato.

Tradicionalmente, a Responsabilidade Civil cuidava apenas de restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico afetado diretamente pelo dano. A censura à conduta do lesionador não possuía a importância necessária para suscitar maiores preocupações por parte dos julgadores. Ocorre que a personalidade, desde quando passou a coadunar as atenções jurídicas como principal elemento digno de proteção pelo Direito, tratou de mudar este enfoque primário.

⁶³⁶ DE MORAES, Maria Celina Bodin. *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca4.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2007.

⁶³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil: teoria geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 35.

Tão certa quanto a indenizabilidade do dano moral é sua subjetividade. Muitos foram os juristas que tentaram, e tentam, estabelecer um critério justo para que dor e pecúnia sejam reduzidas a um denominador comum. Tal tarefa tem se revelado como uma das mais árduas do direito contemporâneo. Efetivamente, a ninguém é dado saber quanto o próximo sofreu.⁶³⁸

Nos dias atuais, não se pode mais afirmar que a responsabilidade civil restou incólume, após tantas transformações sociais profundas e, conseqüentemente, jurídicas. Sob este enfoque, novas funções lhe são atribuídas, além da já arraigada reparatória. Passa-se a se verificar, por isto, uma latente função “preventiva-pedagógica” para os danos morais, ultrapassando-se, assim o caráter meramente satisfatório que ainda insiste em manter-se soberano.

Rui Stoco afirma que a tendência moderna do dano moral está na conexão ao seu valor indenizatório da confluência entre a punição e a compensação, ou, em outras palavras, na incidência das teorias inerentes ao *punitive damage* – também denominada de teoria do valor do desestímulo – e da compensação⁶³⁹. Somente desta forma, segundo o autor, seria possível abarcar a moderna orientação que deve ser vinculada à responsabilidade civil, ainda mais em se tratando de danos morais.

Diante disso, a justificativa de que a aplicação do *exemplary damage* no âmbito do direito brasileiro se torna mitigada em razão da sua natureza “preventiva-pedagógica” torna-se inconsistente. A manutenção da dicotomia entre o direito público e o privado representa um atraso no caminhar evolutivo da norma jurídica perante a sociedade. Hoje, o que se deve ter em destaque é a meta de garantir a efetiva proteção à pessoa e, conseqüentemente, à sociedade como um todo.

7.2.2 O *punitive damage* e o princípio *nulla poena sine lege*

Bastante sedutor é o argumento de que é impossível a inserção do *punitive damage* no ordenamento jurídico brasileiro em razão do princípio da *nulla poena sine lege*. A partir de uma interpretação mais apressada, certamente, o interlocutor será conduzido a acreditar que este posicionamento é verdadeiro, refutando, liminarmente, alguma ponderação acerca do instituto em questão.

Porém, antes de adotar qualquer posicionamento, deve-se analisar, pormenorizadamente, o

⁶³⁸ MOREIRA, Fernando M. H.; CORREIA, Atalá. A fixação do dano moral e a pena. In: AUGUSTIN, Sérgio (coord). *Dano Moral e sua quantificação*. 4. ed. rev. amp. Caxias do Sul: Plenum, 2007, p. 72.

⁶³⁹ STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*. 4. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 761.

que vem a ser o princípio da *nulla poena sine lege*. A Carta Magna em vigor determina, no inciso XXXIX do art. 5º, que “não há crime sem lei anterior, que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Este princípio é denominado de Princípio da Legalidade Penal, que, nos dizeres de Damásio de Jesus:

tem significado político, no sentido de ser uma garantia constitucional dos direitos do homem. Constitui a garantia fundamental da liberdade civil, que não consiste em fazer tudo o que se quer, mas somente aquilo que a lei permite. À lei e somente a ela compete fixar as limitações que destacam a atividade criminosa da atividade legítima. Esta é a condição de segurança e liberdade individual. Não haveria, com efeito, segurança ou liberdade se a lei atingisse, para os punir, condutas lícitas quando praticadas, e se os juízes pudessem punir os fatos ainda não incriminados pelo legislador⁶⁴⁰

Quando se trata de Direito Penal, o princípio da legalidade, sem dúvida alguma, configura-se com o mais importante, a tal ponto que à semelhança do inciso supracitado, o art. 1º do Código Penal também limita a existência de crime à existência de lei prévia. Assim, a lei é a única fonte no Direito Penal quando se busca impor ou proibir condutas a partir de uma sanção, o que implica dizer que tudo aquilo que não for expressamente proibido será considerado lícito para esta seara.⁶⁴¹

O tipo exerce função garantidora do primado da liberdade porque, a partir do momento em que somente se pune alguém pela prática de crime previamente definido em lei, os membros da coletividade passam a ficar protegidos contra toda e qualquer invasão arbitrária do Estado em seu direito de liberdade.⁶⁴²

O princípio da anterioridade da lei penal determina que uma pessoa somente poderá ser punida quando, à época do ato por ele praticado, já existir lei em vigor que preveja a sanção a este documento. Somente a lei – em seu sentido formal – poderá descrever condutas criminosas de forma clara e precisa, sendo vedado, portanto, a existência de tipos penais que sejam considerados vagos ou imprecisos.

Segundo os ensinamentos de Rogério Greco, o princípio da legalidade possui quatro funções fundamentais que seriam: a de proibir a retroatividade da lei penal, assim como impedir a

⁶⁴⁰ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal Parte Geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p.51.

⁶⁴¹ Este princípio surgiu a partir da Carta Magna Inglesa em 1215, editada ao tempo do Rei João Sem Terra que em seu artigo 39 estipulava: "Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos, nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do País."

⁶⁴² CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003, vol 1, p. 40.

criação de crimes a partir do uso dos costumes ou da analogia e, como já dito, a obstacularizar a incriminação a partir de tipos vagos.⁶⁴³

Ao apresentar seus argumentos, Humberto Theodoro Júnior afirma que a pena é uma arma considerada deveras perigosa e, em razão disso, não pode se deixá-la à disposição irrestrita dos tribunais. “A pena é sempre uma grave restrição à liberdade, bem fundamental ao Estado de Direito”⁶⁴⁴. Discorda-se do opinativo do autor, na medida em que as penas não são sempre restritivas à liberdade. Há também, para alguns tipos de crimes, como aqueles considerados como de menor potencial ofensivo, a imposição de pagamento de uma quantia a título de multa. A pena pecuniária também é aplicada ao direito penal.

É verdade que, quando se fala em restrição da liberdade, deve-se ter em mente que ela somente poderá ser determinada a partir de previsão legal. No âmbito civil esta possibilidade está restrita aos casos de não pagamento de pensão alimentícia e o do depositário infiel⁶⁴⁵.

Luiz Flávio Gomes, por sua vez, ao abordar a temática atinente ao princípio em questão aduz que o direito penal somente deve se preocupar com os ataques “mais intoleráveis”, pois, para os outros casos, a proteção deve ser concedida pelo âmbito civil, ou administrativo, por exemplo. Comportamentos que não alcançam tamanha gravidade devem ser afastados do

⁶⁴³ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*: parte geral. 4. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p.107.

O autor alerta para o posicionamento adotado por alguns doutrinadores – dentre eles Flávio Augusto Monteiro de Barros – que diferenciam o princípio da legalidade do princípio da reserva legal, onde: “ a diferença residiria no fato de que, falando-se tão somente em princípio da legalidade, estaríamos permitindo a adoção de quaisquer dos diplomas elencados no art. 59 da Constituição Federal (leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções). Ao contrário, quando fazemos menção ao princípio da reserva legal, estamos limitando a criação legislativa, em matéria penal, tão somente às leis ordinárias – que é a regra geral – e às leis complementares.” (*Ibidem*, p. 117).

⁶⁴⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. vol. III, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 58.

⁶⁴⁵ Apesar de não ser matéria atinente ao conteúdo do presente trabalho, resta esclarecer que quanto a prisão civil para o depositário infiel gera grandes conturbações doutrinárias e jurisprudencial. A instabilidade é evidente, a ponto de suscitar o Supremo Tribunal Federal na solução da questão. Fato é que, até o presente momento, ainda não há decisão emanada por este Egrégio Tribunal que venha a por um ponto final à discussão. Para a maioria dos ministros do STJ, a prisão civil é cabível: PROCESSO PENAL – DEPOSITÁRIO INFIEL – PRISÃO – DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO. 1. Ao depositário cabe a guarda e conservação do bem que lhe foi entregue, como também a obrigação de exibi-lo ou entregá-lo quando ordenado. 2. Se o bem em depósito é fungível, abre-se ao depositário a alternativa de ir substituindo por outro da mesma natureza, qualidade ou quantidade, ou apresentá-lo, quando solicitado, mesmo com data de validade já expirada. 3. Inadmissível a passividade de depositário que se mantém silente e, ao ser intimado, pretende livrar-se da obrigação com a alegação de perecimento. 4. Habeas corpus denegado. (STJ. T2 - SEGUNDA TURMA. HC 89196 / MG HABEAS CORPUS 2007/0198347-0. REL. MIN. ELIANA CALMON. PUB. 18.12.2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>; Acessado em: 16 jan. 2008).

aspecto criminal. “A tutela penal deve ser reservada para aquilo que efetivamente perturba o convívio social. Em outras palavras, ao estritamente necessário.”⁶⁴⁶

Ao abordar o *punitive damage*, a idéia que se deve ter em mente não é a de uma gravidade extrema à semelhança da prática de um homicídio. É evidente que ao praticar um ato considerado como gravoso um âmbito civil, o sujeito ativo estará trazendo a instabilidade para a sociedade, porém, não num patamar tal para considerá-la como criminal. Assim, apesar de aproximar-se da seara penal muito mais do que outros institutos civilistas, o *punitive damage* não pode ser acobertada pelo princípio em questão.

No que tange à aplicação do instituto, o julgador busca evidenciar ao sujeito ativo do ato que o seu comportamento apresentou conseqüências consideradas como intoleráveis pela sociedade. A ânsia pela manutenção da paz social é o objetivo principal do Poder Judiciário. Assim, desestimular o cometimento de atos ilícitos futuros é uma tendência constante na pauta diária dos magistrados, que, por sua vez, devem utilizar todos os meios necessários para alcançar esta meta.

Muito mais do que reprimir o causador do dano moral, a doutrina americana em questão busca a prevenção da sociedade, evitando-se que ela permaneça amedrontada diante da constante ameaça de reiteração daquele comportamento destrutivo. A necessidade da inserção do *exemplary damage* é de fundamental importância para a continuidade da real função que se reveste a responsabilidade civil nos dias atuais. Somente a partir da sua aplicabilidade, nos casos com ela compatíveis, é que será possível modificar a arcaica visão compensatória.

Suscitar a *nulla poena sine lege* para mitigar a aplicação do *punitive damage* não se apresenta como a postura mais adequada. Em primeiro plano, como foi possível observar, este princípio abrange apenas as relações inseridas no âmbito penal. As razões para a sua existência espraiam-se exclusivamente na área criminal do direito, não havendo porque ampliá-la para o viés civilista. Aliás, aceitar a sua aplicação neste sentido, seria mitigar, por sobremaneira o poder do magistrado em dirimir os conflitos nesta área, na medida em que incapacitado encontra-se o legislador de abranger todas os tipos estipulados pela sociedade nas interações civis.

Ademais, a sua utilização também se encontra mitigada, pois não se pode considerar o *exemplary damage* como uma pena no sentido estrito da expressão.

⁶⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral – introdução*. 2. ed. rev. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004, p. 113.

7.2.3 A pena x o *punitive damage*

Para trazer ainda mais lenha para a discussão, Wesley de Oliveira Louzada Bernardo sustenta a impossibilidade de aplicação do *exemplary damage* haja vista que a responsabilidade civil pode ser estendida para terceiros. A responsabilidade por fato de outrem é, segundo o autor, um grande obstáculo para a chancela da teoria americana no direito brasileiro, na medida em que, sendo ela uma penalidade, o ordenamento jurídico proíbe que a pena passe da pessoa do agente.⁶⁴⁷

Ainda atinente ao aspecto da pena, é possível encontrar argumentos que tangenciam no sentido da possibilidade de existência de um *bis in idem*⁶⁴⁸, já que, há situações em que o ato ofende, também, a esfera penal. Com isso, o sujeito ativo da agressão seria, teoricamente, apenado em duplicidade: incidiria sobre ele a pena criminal e a civil decorrente do *punitive damage*.

No tópico anterior foi apresentada a resistência à aplicação do *exemplary damage* a partir do pensamento de que é impossível a cominação de uma pena sem que haja lei anterior que a defina, conforme já mencionado. Porém, ultrapassada toda a argumentação apresentada, resta agora questionar o seguinte: o valor pago a título de *punitive damage* seria mesmo uma pena

⁶⁴⁷ Para demonstrar ainda mais a sua contrariedade à possibilidade de inserção do *punitive damage* no ordenamento brasileiro, Wesley de Oliveira Louzada Bernardo faz a seguinte comparação: “Aqui o debate mostra relação analógica bastante estreita com o debate sobre a adoção ou não da pena de morte. Seus defensores dizem que somente com a exacerbação das penas haverá temor dos potenciais delinquentes, o que inibirá novas práticas criminosas; os contrários dizem que não é o grau de pena e, sim, sua efetiva aplicação, a certeza da punição, o fator desencorajador. Mais temível do que saber que se pode morrer em um contexto de um sistema legal inoperante seria ter a certeza de que a infração gerará uma condenação que será efetivamente cumprida, em um sistema de ótimo funcionamento.” (BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Biblioteca de teses. São Paulo: Renovar, 2005, p. 176). Apesar de respeitar a opinião do autor, não é possível baixar a cabeça para tais argumentos. Em nada se compara uma pena de morte com o *punitive damage*. Bastante infeliz foi a analogia supracitada. Isso somente seria possível se a doutrina americana desaguasse na falência da empresa ou na redução à miséria do sujeito ativo.

Ao contrário: o *exemplary damage* afasta-se deste pensamento na medida em que ele não busca a bancarrota do ofensor, mas sim um valor que seja por ele sentido e que o faça pensar nos prejuízos que sofrerá quando vier a praticar novamente tal ato censurável. Afasta-se de logo a comparação que pode ser considerada, indiscutivelmente, como esdrúxula já que imputar o agressor ao pagamento da indenização punitiva em nada se assemelha à condenação de um criminoso à pena de morte. Após o pagamento da quantia, a empresa, ou a pessoa física, continuará a exercer suas atividades cotidianas, porém com um valor em seus caixas reduzidos em razão da imposição judicial.

É evidente que um sistema que opera corretamente amedrontará muito mais do que aquele que aos percalços mantém-se erguido. Esta, por sua vez, não é uma justificativa plausível para a negação do *punitive damage* no direito brasileiro. O sistema poderá funcionar na mais perfeita harmonia, porém se as indenizações não alçarem um valor que demonstre a rejeição da sociedade o ofensor, certamente estará imune a sofrer qualquer prejuízo o que não o forçará a aprimorar sua conduta para evitar repetições de atitudes semelhantes.

⁶⁴⁸ Sobre o *bis in idem*, vide Tópico 2.4.3 do Capítulo I

ou uma demonstração da rejeição social ao comportamento adotado pelo agressor?

Compulsando Rogério Greco é possível definir pena como “ a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*.”⁶⁴⁹

Neste mesmo sentido, Damásio Evangelista de Jesus afirma que a pena: “é a sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos”⁶⁵⁰

Em razão da sua gravidade, quando se fala em pena no âmbito penal, ela assume duas finalidades principais: a primeira, denominada de retributiva, que servirá para combater o mal com o próprio mal, onde o infrator deve ponderar seu sofrimento a partir de um patamar equivalente àquele que ele causou ao terceiro. A outra finalidade encontra-se na prevenção, que pode ser relacionada diretamente ao agente como também aos demais membros da coletividade. “A finalidade da pena é punir o autor de uma infração penal. A pena é a retribuição do mal injusto, praticado pelo criminoso, pelo mal justo previsto no ordenamento jurídico”⁶⁵¹

Assim inconsistente é justificativa contrária fundamentada no impedimento em razão da existência de *bis in idem*, na medida em que existem outras situações em que o ato penalmente imputado reflete diretamente no âmbito da responsabilidade civil. São comportamentos danosos que além de serem reprimidos a partir da aplicação de uma pena imputam ao ofensor o dever de compensar ou restituir a vítima dos prejuízos por ele provados. Assim, se em situações como estas não há a alegação de *bis in idem*, porque suscitá-la exclusivamente para o *exemplary damage*?

⁶⁴⁹ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*: parte geral. 4. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 534.

Lembra ainda o autor que: “desde a Antiguidade até, basicamente, o século XVIII as penas tinham uma característica extremamente aflitiva, uma vez que o corpo do agente é que pagava pelo mal por ele praticado. O período iluminista, principalmente no século XVIII, foi um marco inicial para uma mudança de mentalidade no que dizia respeito à cominação das penas. Por intermédio das idéias de Beccaria, em sua obra intitulada *Dos delitos e das penas*, publicada em 1794, começou-se a ecoar a voz da indignação com relação a como os seres humanos estavam sendo tratados pelos seus próprios semelhantes, sob a falsa bandeira da legalidade.” (*Ibidem*, p. 535).

⁶⁵⁰ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*: parte geral. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1998, vol I, p. 517.

⁶⁵¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: parte geral. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003, vol 1, p. 332.

7.2.3.1 O *punitive damage* é semelhante à pena?

Num primeiro plano, o *punitive damage* muito se assemelha com o conceito de pena estipulado no direito penal. Porém, vale salientar que muitas vezes a terminologia utilizada para intitular o instituto pode levar o locutor à falhas. Em relação ao *punitive damage* este acontecimento pode ser comprovado a partir do momento em que se faz a sua tradução. Numa equiparação rígida com as expressões em português, seria possível encontrar o termo “dano punitivo”, o que seria deveras falho.⁶⁵² Segundo Maria Celina Bodin de Moraes,

O instituto dos *punitives damages*, meio de reparação de danos próprio da *Common Law*, constitui-se, em sistemas jurídicos como o nosso, numa figura anômala, intermediária entre o direito civil e o direito penal, pois tem o objetivo precípua de punir o agente causador de um dano, embora o faça através de uma pena pecuniária que se paga à vítima⁶⁵³.

O erro na interpretação da autora está na afirmação de que “a pena pecuniária” deve ser paga à vítima. Esta imputação não se faz necessária para que haja a configuração do *punitive damage*. Não é a partir do pagamento da quantia ao ofendido que estará desenhada o instituto em tela. O seu objetivo não é enriquecer a vítima, mas sim desestimular o agressor a retirar em condutas semelhantes e, também, apresentar ao demais (potenciais ofensores) a rejeição social àquele comportamento.

Para Américo Martins da Silva há uma diferença, ainda que sutil, entre a multa pecuniária e a reparação por dano moral. Segundo o autor, a primeira é devida diretamente ao Estado, enquanto que a segunda direciona-se ao lesado. Neste mesmo sentido, Hans Kelsen afirma que:

Ambas são execução forçada de um patrimônio. Distinguem-se uma da outra pelo fato de o valor patrimonial compulsoriamente subtraído ir, no caso da pena patrimonial, que normalmente consiste em dinheiro, para um fundo público (caixa estadual ou municipal), enquanto que, no caso da execução, tal valor é atribuído ao lesado para indenização do prejuízo material ou moral, no que se revela um fim determinando pela ordem jurídica que, no caso da pena, não existe.⁶⁵⁴

A idéia do *exemplary damage* ultrapassa e muito a feição emulativa. Ela impinge o sentido de uma sanção a ser aplicada em razão dos danos sofridos e não um prejuízo ao executor da ação danosa. Não é uma questão de reflexo à semelhança de um espelho. Ao imputar um valor

⁶⁵² Sobre as considerações acerca da nomenclatura do *punitive damage*, vide Capítulo V, item 2.2

⁶⁵³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. São Paulo: Renovar, 2003, p. 258.

⁶⁵⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 122.

além daquele voltado a compensar a vítima não significa simplesmente punir o ofensor. Muito mais do que isso, ele é o caminho adotado pelo ordenamento para desestimular novas práticas desta conduta.

Assim, por afastar-se do âmbito penal, ainda que num grau menor do que em outras áreas do direito civil, o *punitive damage* não pode ser considerado como uma pena. Ela não é uma pena civil, mas sim um acréscimo concedido à indenização em razão dos danos morais para apresentar ao ofensor a reprovabilidade social.

7.2.4 A liberdade do magistrado na aplicação do *punitive damage*

Sabe-se que o agravo imaterial possui uma característica bastante marcante que é o seu subjetivismo exacerbado. Não há roteiros que delimitem de forma incontestada a maneira como o juiz deve trilhar para chegar numa indenização considerada adequada. A doutrina criou alguns parâmetros⁶⁵⁵ que simplificam, mas não eliminam, o árduo trabalho desenvolvido pelo julgador.

Ao magistrado incumbe a difícil missão de encontrar o montante adequado ao dano sofrido. Não será um valor estritamente condizente com o prejuízo experimentado, até porque, isto não passaria de mera utopia em se tratando de danos morais. Mas, segundo a tendência adotada pelo Brasil, na maioria dos seus julgados, ele deverá servir para, simplesmente, satisfazer o ofendido.

Como todo homem, o juiz não está isento das falhas e imperfeições humanas, as quais podem dar ensejo a prolação de decisões defeituosas. Por tal razão, é necessário conceder ao inconformado a possibilidade de submeter a decisão tachada de viciada à apreciação do próprio juiz que a proferiu ou, como ocorre geralmente, ao crivo de um órgão colegiado composto por magistrados mais experientes. Assim, eventuais equívocos constantes do julgado podem vir a ser eliminados, com a conseqüente realização da justiça⁶⁵⁶.

Há de se ponderar que a magistratura nacional está aparelhada com excelentes julgadores que procuram agir de forma justa e imparcial, lastreadas na lei e nas provas colhidas nos autos, apontando de forma objetiva o fundamento de sua decisão. Além disso, o sistema recursal vigente é capaz de oferecer garantias àqueles que não concordam com o *decisum* proferido contra si, possibilitando uma nova análise por um órgão colegiado.

⁶⁵⁵ Sobre os parâmetros utilizados pela doutrina para encontrar o provável valor compatível com o dano sofrido, vide Capítulo VI

⁶⁵⁶ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 6.

O juiz não pode furtar-se a decidir perante casos que envolvam agressões a direitos imateriais. Mesmo diante da ausência legal, ou até mesmo de critério objetivos, o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil⁶⁵⁷ obriga-o a enfrentar as lacunas a partir a utilização da analogia, costumes e dos princípios gerais do direito, na medida em que impera no ordenamento brasileiro o princípio do *non liquet*.

Uma das grandes resistências que emerge da aplicação do *exemplary damage* está na impossibilidade de conceder tamanha liberdade para o magistrado quando se fala de aplicação de *punitive damage*. É impossível que haja a cominação de uma penalidade sem que, previamente, exista uma previsão legal determinando que aquela conduta deve ser reprimida desta maneira. O princípio do *nulla poena sine lege* seria uma espécie de limitador desta discricionariedade legal quando se fala em punição. Nesta senda, Humberto Theorodo Júnior lembra que:

a reserva legal nem mesmo permite que haja leis penais vagas ou em branco e muito menos penas instituídas por meio de simples regulamentos. É ainda, a partir de normas de valorização e não de pura desobediência, com base em normas de dever, que as leis penais configuram os delitos contra os bens jurídicos da coletividade.⁶⁵⁸

A argumentação de penalidade no que concerne ao *punitive damage* já foi vencida pelas argumentações anteriormente apresentadas.

Além disso, o temor concernente à liberdade consagrada ao juiz na avaliação e aplicação do instituto em questão encontra-se vinculado ao exemplo norte-americano. Naquele país, esta liberdade discricionária acaba por resultar na imputação ao ofensor de indenizações astronômicas e sem qualquer fundamentação. Isso, como já mencionado, conduziu à Suprema Corte Norte-americana a adotar balizas que devem ser seguidas pelos jurados no momento da aferição do valor indenizatório.⁶⁵⁹

7.2.4.1 *Punitive Damage*, juri e direito brasileiro: incompatibilidade

Nos Estados Unidos, o valor agregado a título de *exemplary damage* é determinado a partir de um júri popular que, analisando a questão, identifica a possibilidade de sua aplicação para, em seguida equacionar o valor considerado como ideal. Fonte de inúmeras críticas, a

⁶⁵⁷ Art. 4º, LICC Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

⁶⁵⁸ THEORODO JÚNIOR. Humberto. *Dano moral*. 4. ed. atual e amp. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 56-57.

⁶⁵⁹ Sobre o tema, vide Capítulo VI.

discrecionabilidade que é dada aos jurados norte-americanos para decidir qual o montante considerado como ideal é deveras combatida pelos juristas que procuram reformar as normas da responsabilidade civil (*torts reform*).

marcado por uma prática judicial completamente aleatória, há quem entenda, nos Estados Unidos, que a solução está em retirar ou, quando menos, reduzir a competência do júri popular nestas questões. De fato, diz-se que a crise no sistema de responsabilidade civil e tanto maior quanto maiores a autonomia e a competência conferidas ao júri popular, pelo que o problema seria significativamente minorado se fossem os juizes togados, e não o júri, a determinar o montante a ser pago a título de danos punitivos.⁶⁶⁰

No Brasil este poder não pode ser concedido ao Tribunal do Júri. Como uma delegação de competência completamente diferenciada do que ocorre em terras americanas, ao Tribunal do Júri brasileiro não pode opinar perante o valor indenizatório a título de danos morais. A Constituição Federal de 1988, na alínea d, do inciso XXXVIII, do art. 5º determina a competência exclusiva para a “o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

Sendo assim, não há porque falar em competência do Tribunal do Júri para aferir, e aplicar, o valor condizente a título de caráter punitivo dos danos morais. Vale salientar que apesar da previsão constitucional expressa, o deputado José Roberto Batocchio do PDT de São Paulo apresentou projeto de Lei nº 4729/2001 dando competência aos jurados para julgar ações por danos morais.⁶⁶¹

Tal proposição, de forma correta, foi arquivada pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados em 31 de janeiro de 2003.

No País, as indenizações a título de dano moral, sejam elas meramente compensatórias ou dúplices⁶⁶², somente poderão ser determinadas pelo juiz togado que, diante dos seus conhecimentos e de sua capacidade decisória, certamente, tangenciará na tomada da decisão mais condizente com os princípios jurídicos e anseios sociais. “O que se observa, afirmam, é que os jurados não discernem a função retributiva da função preventiva, embasando o seu

⁶⁶⁰ MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 245.

⁶⁶¹ Em sua justificativa ao projeto, o parlamentar assegura que: “dentro do extenso rol das matérias abrangidas pelo direito civil, penso que a indenização por dano moral deveria, necessariamente, ser julgada pelo corpo de jurados, já que nesses casos a opinião do povo, do cidadão, deveria estar presente.

Ora, a indenização por dano moral tem que ver com questões dolorosas, questões que feriram o indivíduo a tal ponto que ele busca no agente causador da dor, senão uma compensação, pelo menos algum alívio para sua aflição. É justo que questões assim sejam decididas pelo cidadão comum, par daquele que está pleiteando a indenização, pois nesses casos, às vezes, o conhecimento técnico e o rigorismo jurídico impedem que a justiça seja feita”. (CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=D&DataIn=25/5/2001&txpagina=23837&altura=700&largura=800>. Acesso em: 03 fev. 2008.

⁶⁶² Sobre este tema, vide Capítulo V.

juízo exclusivamente no índice de gravidade da conduta ilícita, negligenciando o aspecto da prevenção”⁶⁶³

Quando se fala em aplicação do *punitive damage* no Brasil, liminarmente deve-se afastar a idéia de indenização graduada a partir da decisão popular. Não cabe ao júri opinar em casos de responsabilidade civil, quanto mais quando se refere ao dano moral. A competência é restrita ao magistrado, o que reduz, em muito, as arbitrariedades cometidas, e fulmina, por completo, um dos argumentos de resistência da doutrina americana.

Portanto, sem fundamentos é a preocupação com a liberdade conferida ao magistrado na busca pelo valor a título de *punitive damage*. Não há pessoa mais qualificada a determinar a aplicação o ideal de justiça do que o julgador. Ademais, diante do duplo grau de jurisdição é possível consertar qualquer decisão que seja considerada abusiva.

7.2.5 O *punitive damage* como fonte de enriquecimento sem causa ao ofendido

Há também o temor em relação ao enriquecimento sem causa do ofendido. É evidente que o pagamento de quantias consideradas atíva a ambição de inúmeros aproveitadores que utilizariam o Poder Judiciário apenas para pleitear indenizações indevidas e não condizentes com a realidade fática. A “construção” de situações em que supostamente haveria a prática dos danos morais passaria a ser uma constante.

Inicialmente, cabe esclarecer que, embora utilizado ordinariamente como sinônimo, o enriquecimento sem causa em nada se assemelha com o enriquecimento ilícito. São institutos jurídicos que se posicionam de forma extremada.

O enriquecimento ilícito é pertencente ao direito administrativo e está diretamente vinculado aos atos de improbidade administrativa que, por sua vez, encontra-se tipificados na Lei 8492/92⁶⁶⁴. É para a administração pública ou entidades a fins que a restituição pelo comportamento desidioso do seu funcionalismo será destinado.

Por sua vez, o enriquecimento sem causa é considerado como um princípio informador que permeia todo o direito privado. Tal é a sua atuação que é possível estendê-la ao direito

⁶⁶³MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 247.

⁶⁶⁴ Em seus doze incisos do seu artigo 9º a lei 8429/92 tipifica os casos considerados como sendo crime de improbidade administrativa. Em seu *caput* a referida lei determina que: “Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente”

público. Sua concretização se dá a partir de diversos fatores, como o empobrecimento de uma das partes em razão do enriquecimento da outra a partir de causa ausente de justificativa. “Eventualmente admite-se fundamentar o pedido de restituição decorrente do enriquecimento ilícito no princípio maior do enriquecimento sem causa, mas não o tratamento paritário.”⁶⁶⁵

Feita esta necessária distinção, é necessário lembrar que o locupletamento injustificado apresenta-se a partir de um ato ilícito genérico, não sendo resumido apenas à seara administrativa, pois, se assim o fosse, estar-se-ia falando de enriquecimento ilícito.

7.2.5.1 É necessário observar o ofensor e não somente o ofendido

A preocupação originária do instituto da responsabilidade civil – incluía-se aí o dano moral – era com a vítima. O ofendido não poderia ficar sem a devida prestação jurisdicional. Ao ter o seu direito turbado, nascia para o sujeito passivo, imediatamente, a viabilidade de ter sanado o prejuízo sofrido.

Porém, poucos foram os momentos em que o ofensor ocupou lugar na responsabilidade civil. O *restituti in integrum* objetivava apenas à vítima, sem que fosse desenvolvida qualquer preocupação quanto ao sujeito ativo. Este, apenas teria que arcar com um valor que, muitas vezes, já era pré-determinado de acordo com o preço do bem prejudicado. A grande questão se deu, exatamente, a partir da elevação do dano moral. Questionamentos acerca do valor a ser aferido a um dano inestimável atordoaram – e ainda o fazem – a mente de muitos pesquisadores.

A função reparatória da responsabilidade civil volta-se para o passado. A questão da sua existência permeia a necessidade de reconstruir toda a destruição causada pelo ato ilícito. Esquece-se, por sua vez, do futuro: como garantir que não haja a repetição deste comportamento prejudicial? Como garantir que – mais especificamente no direito do consumidor – as empresas respeitem seus consumidores perante uma sociedade de massa e que preza pela produção frenética de bens de consumo? Será que apenas compensar o dano sofrido em razão da agressão serviria como forma de manter a paz social? Ao ser estabelecida a responsabilidade civil, poder-se-ia utilizar apenas a extensão do dano ou prejuízo para encontrar o valor indenizatório correto?

A preocupação da responsabilidade civil não se circunscreve ao dano já consumado e às formas de repará-lo. Encarece-se o objetivo de impedir a

⁶⁶⁵ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.101.

realização do dano, sua continuação ou repetição, principalmente (mas não exclusivamente) em relação àqueles bens ou direitos que não encontram na tutela reparatória a proteção adequada, como se dá com os direitos da personalidade. O dano, então, não somente é pressuposto, mas elemento que mobiliza toda a atenção da responsabilidade civil. O dano, então, não somente é pressuposto, mas elemento que mobiliza toda a atenção da responsabilidade civil.⁶⁶⁶

Esta inclusão do sujeito ativo do ato ilícito como paradigma para a análise da indenização a título de danos morais se torna bastante evidente na medida em que se observa a sua realização no âmbito do direito do consumidor. São diversas ações que se repetem em vários processos tendo como agressoras empresas que ficam conhecidas em razão do seu mau comportamento.

A atuação das empresas líderes em responder a demandas judiciais acarreta grande volume de processos, com largo reflexo social, posto que atinge, em especial, as classes menos favorecidas da população, tanto que 66% dos processos de responsabilidade civil dessas empresas, por danos decorrentes de seus serviços, tramitam sob o regime da gratuidade de justiça. Em outras palavras: 1/3 dos lesados pagam as custas processuais, para que 2/3 possam ser atendidos gratuitamente.

[...]

Nessas circunstâncias, a questão de interesse comum do Judiciário e dos Jurisdicionados – estes, como autores ou réus dessas ações de responsabilização civil – é a de se saber qual seria o valor reparatório de danos a partir do qual as empresas fornecedoras de bens e serviços passariam a considerar necessário, do ponto de vista dos custos comparados, investir em medidas corretivas internas que fossem eficientes e eficazes para o fim de prevenir a ocorrência daqueles danos, de sorte a evitar demandas judiciais⁶⁶⁷

Assim, acredita-se que a partir da inserção do estudo preliminar do ofensor, ao invés do ofendido, quando da aplicação do *punitive damage* poderá este instituto ganhar a necessária efetividade dos seus preceitos no ordenamento jurídico. Vale ressaltar, porém que para que haja a sua efetividade, necessário se faz modificar a forma de pensar a título de indenização em razão de danos morais.

7.2.5.2 O erro na ordem de análise pode levar ao enriquecimento sem causa

O *punitive damage* traz a análise de aspectos atinentes ao causador do dano, na busca pelo valor indenizatório correspondente. Ao contrário do que ocorre com o caráter meramente

⁶⁶⁶ 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, p. 238.

⁶⁶⁷ TORRES, Jessé (coord). *Perfil das maiores demandas judiciais do TJERJ*. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/dgcon/riger_dgjur.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2008.

compensatório, ela preocupa-se em coletar subsídios a partir do ofensor para justificar a construção do montante a ser pago. Sendo assim, para que a aplicação do *exemplary damage* se faça de forma efetiva no direito brasileiro, é necessário que haja uma transmutação da forma de se analisar as questões atinentes ao dano moral.

O Superior Tribunal de Justiça, ordinariamente, tem reduzido as indenizações por agressões imateriais sob a justificativa de evitar o enriquecimento sem causa do ofendido. Para sustentar tal posicionamento, os Ministros efetuam a seguinte análise: identificam a existência do dano, com o seu respectivo nexo causal; após, analisam a capacidade econômica do ofendido para, a partir de então, na maioria das vezes, minorar o valor determinado pelo juízo “a quo” sob o argumento de evitar que a vítima não venha a fazer fortuna com o valor pago.

O erro encontra-se, exatamente, nesta última parte do estudo. Esquece-se de analisar o ofensor, prendendo-se sobremaneira no sujeito passivo. Com isso, criam-se situações, no mínimo consideradas teratológicas, como a que se exemplifica agora:

A hipótese a ser ventilada é de fácil constatação no cotidiano e será utilizada para as duas situações que serão analisadas. Imagine que ao comprar um produto e sair de determinada franquia internacionalmente, uma pessoa é acusada, em razão de uma suposta gravação por câmeras de segurança, de ter em sua sacola objetos outros além daqueles que foram comprados, configurando-se assim furto. Os seguranças daquele estabelecimento abordam a pessoa e tomam de sua mão a sacola abrindo-a para averiguar a existência dos objetos em questão.

Para a surpresa dos prepostos, onde deveria existir mais de um produto, na realidade, havia apenas um e com a sua respectiva nota fiscal. O operador das câmeras confundiu a pessoa e levantou uma suspeita falsa contra o cliente. Acontece que durante toda a abordagem, populares aglomeraram-se curiosos em saber o deslinde e com olhares perplexos perante aquela situação.

Diante desta situação o juiz determina a aplicação de uma indenização a título de danos morais no montante de cem mil reais. O estabelecimento comercial recorre ao Tribunal de Justiça que mantém a decisão em toda a sua inteireza, o que provoca novo recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça que analisará o caso para saber se o valor determinado é condizente ou não com a situação.

Deixado a largo a questão de uniformização jurisprudencial, mesmo porque a situação em tela apresenta-se diariamente nos fóruns e tribunais de todo o País, certamente o STJ passará a

analisar a capacidade econômica do ofendido. É, a partir daí, que surgem os sérios problemas para o caráter compensatório da indenização por danos morais.

Caso o ofendido seja um humilde gari que trabalha diariamente sobre o sol escaldante das grandes cidades para conseguir juntar o salário mínimo nacional ao final do mês, o valor determinado pelo magistrado será considerado exorbitante, pois para que o ofendido venha a juntar tal quantia terá que trabalhar algo em torno de duzentos e sessenta e três meses sem gastar nenhum centavo. Certamente, os juristas mais ortodoxos comentarão que um valor dessa monta para um “simples funcionário” de limpeza seria um absurdo!

Por sua vez, se a figura do sujeito passivo for modificada para um fazendeiro do agro-negócio exportador de trigo para países da Europa que possui um faturamento mensal de cinquenta mil reais, este valor não seria considerado tão exorbitante. Os mesmos operadores do direito tradicionalista sustentariam a bandeira de que tal quantia se mostrou ideal à capacidade econômica do ofendido já que um valor menor do que este seria considerado simbólico para a vítima, na medida em que ele consegue amearhar volumes maiores com o seu suor.

Diante destas situações, questiona-se: Por que o valor a título de agravo imaterial deve ser maior para o fazendeiro do que para o gari? Qual a justificativa plausível que venham a chancelar tal conduta, na medida em que ambos devem ser encarados de forma equiparada pelo ordenamento jurídico, conforme preceitua o art. 5º da Constituição Federal?

A dignidade conferida ao fazendeiro não é maior do que a do gari. Apenas a capacidade econômica de ambos é diferenciada, porém condição de pessoa e merecedora de proteção jurídica efetiva assemelha ambos.

Observando a partir do viés do ofensor torna-se mais interessante garantir uma atenção especial ao empresário do agro-negócio do que em relação ao homem da limpeza. Isso porque, caso venha a ocorrer algum prejuízo não-patrimonial, o valor conferido àquele será maior do que a este, em razão da subjetividade do aspecto meramente compensatório da indenização.

Fatos como este, podem ser observados explicitamente em empresas bancárias nas quais aqueles que possuem uma maior capacidade econômica dispõem de estrutura mais aprimorada, com funcionários especialmente escolhidos e treinados para conferir um atendimento condizente com a capacidade financeira daquela pessoa. Por sua vez, os seus semelhantes de baixa renda são levados a enfrentar enormes filas e a truculência de alguns seguranças na abordagem.

Nesta senda, o desrespeito a direitos da personalidade ocorre minuto a minuto nos mais variados locais deste País. As repetições são contínuas, a ponto de algumas empresas ficarem conhecidas na sociedade em razão da quantidade de desrespeito praticada contra as pessoas. É exatamente neste ponto que a inserção da mentalidade da do aspecto pedagógico para desestimular funcionaria como ideal para a reprimenda a comportamentos abusivos.

Sabe-se que a Carta Magna roga em seu art. 5º, caput, a necessidade do tratamento igualitário de todos perante a Lei, evitando qualquer discriminação para aquelas pessoas que se encontram em situações idênticas. Por sua vez, também no diploma maior é possível encontrar o princípio solar da dignidade da pessoa humana que assegura proteção completa à pessoa apenas por possuir esta condição especial de existência.

Diante destes dois pilares, a mera compensação se mostra efetivamente incompatível em razão do seu tratamento disforme que é concedido a semelhantes situações. Não se deve analisar a capacidade econômica do ofendido em caráter preliminar; pois se assim o for, atos semelhantes serão reiterados contra pessoas menos afortunadas já que a indenização será diretamente relacionada a este preceito.

Sustenta-se que ao determinar o montante indenizatório os julgadores, quando possível a aplicação do *punitive damage*, devem observar a capacidade econômica do ofensor. Explicase: identificada a existência efetiva do dano – é fundamental separar o dano moral do mero aborrecimento, conforme já explicado – e demonstrada a necessidade de uma reprimenda maior por parte do poder judiciário em razão da natureza grave do comportamento ou da sua reiteração, cumpre ao julgador analisar inicialmente qual o volume monetário que o ofensor possui e, em alguns casos, qual o lucro por ele experimentado em razão do seu comportamento.

Não se trata aqui de uma questão de ânsia pelo aspecto econômico. Na realidade esta é a única forma de tocar o ofensor com a rispidez necessária para que o faça repensar em suas atitudes. A ânsia pela aferição de lucros cega os empresários que ultrapassam os limites do respeito ao direito do próximo. Não há uma preocupação em instituir um comportamento digno, o que importa é a acumulação de riquezas.

Sendo assim, a aplicação do *exemplary damage* se apresenta de fundamental importância.

Como já foi deveras mencionado no transcorrer deste trabalho, a doutrina americana destinada à indenização por responsabilidade civil (*torts*) desenvolve-se a partir de dois patamares: o

punitive damage e o *compensatory damage*. Da mesma forma deve-se portar os operadores brasileiros.

Após estruturado o montante indenizatório, que deve inicialmente ser único, a partir do ato ilícito e do poderio econômico do ofensor. Deve o julgador dividi-lo de acordo com os seus objetivos:

Analisar-se-á os aspectos atinentes ao ofendido para que seja determinado a quantia utilizada a título de compensação. Não se quer dizer, com isso, que o estudo deverá ser feito a partir da quantidade de patrimônio que ele acumule. Este pensamento tem que ser mitigado ao extremo. Hoje pouco importa o patrimônio, devendo proteção conferida ser focada exclusivamente na pessoa.

Quando se assegura a necessidade de se observar o ofendido, quer dizer que as repercussões acerca da sua personalidade e a imagem que a comunidade tem da sua pessoa são importantes para saber qual o reflexo que aquele ato ilícito provocou no seu âmbito imaterial. Em muitos casos, o simples gari possui uma respeitabilidade e uma honradez muito maior do que aquela outra pessoa afortunada de bens materiais.

É evidente que este trabalho torna-se um pouco complicado para os julgadores de instâncias superiores, já que, nestes casos inexistente o contato direto com o ofendido. Porém, cumpre ao juiz de primeiro grau utilizar-se de todas as ferramentas possíveis para que sejam configurados no processo os preceitos subjetivos utilizados para o cálculo do valor a título compensatório. Somente com a inserção destes requisitos é que se justificará a manutenção ou não do valor conferido.

Encontrado o montante destinado à vítima ele deve ser separado da quantia total. O que restar será considerado como *punitive damage*. A destinação desta quantia, por sua vez, ganhará rumos outros que não as mãos do ofendido.

7.3 O CARÁTER DUPLO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Ultrapassada as resistências construídas, é possível encontrar uma nova forma de observar a indenização por danos morais. O paradigma atual representa a inovação na abordagem outrora inexistente, com a inserção de uma prerrogativa que em momentos anteriores, no mínimo, representaria uma aberração jurídica.

Quando, no Direito, certo instituto é refuncionalizado para atender a novas necessidades ou a circunstâncias que, mesmo existentes, não eram consideradas dignas de tutela, é preciso que a doutrina não se afere a dogmas que bem vestiam tão-só a função antiga, restando na nova, como roupas mal cortadas, em massa produzidas. É precisamente o que ocorre com a insistência de atribuí-se à responsabilidade civil, como se integrasse a sua própria natureza, um caráter estritamente reparatório, sem nenhum elemento de punição ou de exemplaridade.⁶⁶⁸

Os Tribunais já apontam para a necessidade de agregar à indenização por danos morais o caráter sancionador, ou exemplificativo⁶⁶⁹. Porém, este ainda aparece de forma bastante tímida perante a preponderância do aspecto da satisfação do ofendido, mesmo diante da constatação de que a simples reparação do dano não mais atende a solucionar os conflitos sociais atuais, mais especificamente aqueles que dizem respeito aos direitos de personalidade.

Diversos são os autores⁶⁷⁰ que tratam a indenização por danos morais a partir de uma dupla função, ou seja, aquela destinada a compensar a vítima e outra voltada a sancionar o agressor. São pessoas como Carlos Alberto Bittar que se afastam da estrita análise do ofendido para levantar a bandeira da observância de três pontos, antigamente, relevados por inúmeros: a situação econômica peculiar do ofensor; o dolo com que praticou o ato censurável; e, por fim, a intensidade do dano sofrido pela vítima.

Recomenda-se, também, em atos ofensivos a aspectos morais, que a fixação do quantum obedeça a critério de sancionamento rigoroso, como meio de desestímulo a novas investidas (como, por exemplo, no âmbito de violações a aspectos da personalidade humana, ou a criações intelectuais, em que o

⁶⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: MARTINS-COSTA, Judith. (coord). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 441.

⁶⁶⁹ Dentre os Tribunais que apontam para a aplicação do caráter exemplificativo, o Tribunal do Rio Grande do Sul suscita em diversos julgados a possibilidade de sua inserção nos julgamentos por danos morais: APELAÇÃO CÍVEL. TRANSPORTE AÉREO. OVERBOOKING. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. QUANTUM DANO MORAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. - Considerando-se as circunstâncias do caso concreto e a média concedida por esta Câmara em casos semelhantes, é possível concluir que o valor arbitrado na sentença é condizente com a gravidade da conduta da empresa transportadora e com a extensão dos danos experimentados pelas partes, bem como com a capacidade econômica de ambas. Valor total suficiente para imprimir à ofensora sanção de caráter pedagógico (30 salários mínimos). Valor individual adequado para amenizar a angústia dos ofendidos, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, sem lhe proporcionar enriquecimento indevido (10 salários mínimos). Uma vez reconhecida a evidente falha na prestação do serviço e o desrespeito aos direitos dos consumidores, cabe ressaltar que a hipótese dos autos não apresenta a gravidade afirmada pelos recorrentes, já que a conduta desidiosa da empresa aérea ocasionou apenas os transtornos e dissabores próprios de um atraso de sete horas para embarque em voo diverso do contratado. Ausência de circunstância extraordinária que justifique a concessão de indenização maior que a média consolidada para casos semelhantes. - Correção Monetária a contar da data de fixação do quantum indenizatório. Juros Moratórios a contar da citação. - Mantida a verba honorária em 10% sobre o valor da condenação. Provimento parcial ao apelo. (TJRS. Apelação Cível Nº 70020831541, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 10/01/2008. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>; Acessado em: 10 dez. 2008)

⁶⁷⁰ REIS, Clayton. *Avaliação de dano moral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

valor da indenização deve ser fixado em níveis que desestimulem a repetição da prática: assim, por exemplo, no uso abusivo de determinada criação – falta de autorização autoral, ou extrapolação contratual - deve a reparação compreender soma que ultrapasse os valores habituais da contratação normal, exatamente como sanção ao ilícito.⁶⁷¹

Embora verdadeiro que toda indenização não deixa de ser uma sanção imposta pelo arcabouço jurídico sobre o patrimônio de um indivíduo, como reprimenda pela prática de um ato lesivo, isso se mostra inócuo no que diz respeito à função preventiva que assumiu a Responsabilidade Civil. Muitas vezes, em razão do valor a aplicado, torna-se economicamente mais vantajoso indenizar os danos ocorridos e vindicados judicialmente, do que evitá-los.

Quando se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: caráter punitivo, para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o caráter compensatório para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido.⁶⁷²

É evidente que o valor do dano moral não deve ser exorbitante a ponto de vir trazer problemas estruturais para o ofensor. Em nenhum momento se busca pregar a idéia de que o ofendido tem o direito de incidir sobre o sujeito passivo de tal forma que este último venha a mergulhar na insolvência ou na falência. Isso não seria uma forma de punição, mas sim de confisco e até mesmo de destruição. Pensar desta maneira seria incentivar o reinado do caos e da insegurança jurídica.

Não se há de repudiar a teoria do valor do desestímulo enquanto critério, pois o propósito de desestimular ou alertar o agente causador do mal com a objetiva imposição de uma sanção pecuniária não significa a exigência de que componha um valor absurdo, despropositado e superior às forças de quem paga.⁶⁷³

Não se pode aceitar, por exemplo, que, a partir de um ato ilícito, vários empregados da empresa agressora venham a arcar com a perda dos seus empregos em razão do altíssimo valor estipulado a título de danos morais. Porém, em contrapartida, também será inaceitável que o valor estipulado pelo magistrado seja tão irrisório que venha a ser considerado simbólico perante a capacidade econômica do sujeito ativo. O valor deve ser de tal monta que venha a ter o peso suficiente para que haja um desestímulo à reiteração de atos semelhantes.

Esta posição almejada para os danos morais, em nosso ordenamento jurídico, somente ocorrerá quando evoluirmos para uma metodologia que nos conduza a um *quantum debeat* que cumpra o papel de “satisfazer o

⁶⁷¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade Civil Teoria & Prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 77-78.

⁶⁷² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 55.

⁶⁷³ STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*. 4. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 762

lesado” e “punir o ofensor”, evitando que este venha a cometer novo ato com o mesmo efeito.⁶⁷⁴

Busca-se, desta maneira, não desmerecer o caráter reparatório da Responsabilidade Civil, mas sim reconhecer que a prevenção do dano é preferível à sua reparação. Sobre este novo enfoque, o qual passa a considerar a conduta do agente, buscando evitar a reincidência danosa, é possível afirmar que: “A responsabilidade civil ampliou os seus limites, a dar realce não ao dano já consumado e à sua reparação, mas ao próprio bem jurídico e à sua preservação”⁶⁷⁵

Atualmente não se deve aceitar que a preocupação da responsabilidade civil seja circunscrita apenas no resultado do ato ilícito, ou seja, no dano. Ela é muito mais do que isso. O seu objetivo neste moderno direito é impedir a concretização de novas agressões, assim como a sua repetição, principalmente no que se refere aos direitos da personalidade, que são, cotidianamente, alvos fáceis para condutas ofensivas. “O dano, então, não somente é pressuposto, mas elemento que mobiliza toda a atenção da responsabilidade civil.”⁶⁷⁶

A argumentação de que ao se aplicar a quantia, mesmo aquela meramente compensatória, estará o ofensor sendo punido, pois o montante deverá ser sacado da sua capacidade econômica, quando aceita, deve ser vista com algumas reservas. É verdade que esta carga de punição existe ainda que indiretamente, porém, da mesma forma, também é verídico que, em muitos casos, ela comporta-se de forma reduzida.

Exemplificando, questiona-se qual o peso que uma instituição financeira carregará ao pagar para um cliente que teve seu nome indevidamente inserido no SPC/SERASA com uma condenação de apenas dois mil reais? E se a descoberta se deu no momento em que o ofendido estava adquirindo um produto de suma importância para a sua sobrevivência? Será que um montante de quatro mil reais é suficiente para que o banco fique alerta e aumentar as precauções para não incluir na lista de imóveis levados a leilão, a casa de um mutuário que se encontra adimplente?⁶⁷⁷

⁶⁷⁴ BARBOZA, Jovi Viera. *Dano moral*: o problema do quantum debeatur nas indenizações por dano moral. Curitiba: Juruá, 2006, p. 207.

⁶⁷⁵ 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, p.238 *et. seq.*

⁶⁷⁶ *Ibidem.*

⁶⁷⁷ Para Hering, o valor a ser pago ao ofendido não deve ser encarado com uma forma de majoração da sua capacidade econômica. É muito mais do que isso. Segundo o autor, ela seria a correta aplicação da justiça perante o ofendido. Ao ter o seu direito lesionado, não estará apenas questionando-se o valor pago a título de ressarcimento, mas também a existência da ofensa ao sentimento de justiça. Seguindo este pensamento, continua o autor: “o padrão pelo qual se medem todas as coisas é exclusivamente o do materialismo mais rasteiro e desolador, o do interesse. Certa vez, presenciei uma cena em que o juiz, para ver-se livre de um processo em que

Acredita-se que não!

Ao se tentar imputar à Responsabilidade Civil uma função estritamente reparadora, mesmo se considerando que esta possui caráter dúplice no sentido de compensar a vítima e punir o ofensor não haverá qualquer desestímulo à reincidência, deixando, nestes casos, o sistema jurídico de coadunar com o vértice humanizador atual trazido à baila jurídica pelo recrudescimento em importância dos direitos de personalidade.⁶⁷⁸

7.3.1 O *punitive damage* como uma arma preventiva

O ideal a ser buscado encontra-se muito mais num desestímulo do que propriamente na sanção. Nesta senda, acredita-se que a doutrina americana está a despertar para essa supremacia, na medida em que a preocupação que assombra os juristas daquele país não está na questão a viabilidade ou não do instituto, mas sim nos valores decorrentes da sua aplicação. O desejo de vingança está sendo afastado para, em seu lugar, predominar, a idéia de desestímulo.

Em terras brasileiras, este pensamento também possui grandes tendências a prosperar. O valor deve ser suficiente para que o lesante pondere acerca das conseqüências que podem brotar da prática do seu ato a tal nível que ele sinta-se compelido a não praticá-lo. Quem busca saciar a sua sede de vingança em nada estará contribuindo para uma condução à paz social. Assim como ocorria em tempos primórdios, a vindita, por si só, em nada resolvia o problema do dano sofrido, mas sim fazia com que brotassem no íntimo das pessoas a violência e o desejo de revide.

Partindo-se do ponto de vista da vítima ou daquele considerado como responsável, a prevenção a reiterados comportamentos semelhantes é deveras preferível em relação ao simples ressarcimento. A busca pela preservação da paz social ultrapassa a idéia de imposição de uma “pena civil”.

Não se trata de desvalorizar o papel tradicionalmente desempenhado pela responsabilidade civil, mas de reconhecer, de um lado, que a preservação do

o valor do litígio era muito reduzido, prontificou-se a pagar do seu bolso ao autor. Quando este recusou a oferta, mostrou-se profundamente indignado. Esse cultor do direito não podia compreender que o autor não estava interessado no dinheiro, mas no seu direito.” (IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Trad. João Vasconcelos. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 86).

⁶⁷⁸ Para Américo Luis da Silva “Quanto à medida para garantir que a indenização signifique verdadeira punição para o ofensor, lembramos que, segundo a melhor doutrina, a reparação do dano moral não tem como objetivo apenas compensar o ofendido, mas também punir o ofensor” (SILVA, Américo Luís da. *O Dano moral e sua reparação civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 320).

dano é preferível tanto para a vítima quanto para o possível responsável, e, de outro, que a simples reparação do dano se tornou insuficiente para atender satisfatoriamente a todos os conflitos sociais modernos, em especial àqueles em que estão em jogo os direitos mais caros ao homem como os direitos da personalidade.⁶⁷⁹

Ademais, deve-se ter em mente que o direito civil atual não prioriza mais o patrimônio. O pensamento inaugurado pela Constituição Federal de 1988 demanda uma valorização maior para o indivíduo em detrimento ao econômico. Com isso, a preocupação do aplicador do direito deve versar diretamente para a proteção a direitos inerentes à pessoa, buscando-se sempre manter o equilíbrio das relações sociais.

Sendo assim, a mera estipulação de um valor compensatório em nada auxiliará no cumprimento desta filosofia inserida pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Há a necessidade de ampliar esta proteção concedida pelo poder judiciário com a busca pela prevenção a novas constringências decorrentes de atos ilícitos. O homem não pode ser usurpado em direitos inerentes à sua existência de forma tão comum como se observa atualmente. A reduzida importância que se dá a este aspecto deságua no descrédito às instituições que, originariamente, nasceram para promover a ordem e a paz social.

Há situações em que a mera compensação ao ofendido pouco representará ao ofensor, seja em razão da própria capacidade econômica da vítima, seja em consequência das vantagens aferidas pelo sujeito passivo decorrente da sua conduta. A gravidade do ato lesivo também poderá trazer danos muito mais complexos do que o valor pago a título de indenização, ainda mais nos danos morais onde não há viabilidade objetiva para a aferição deste montante. “A indenização compensatória, nesse contexto, funcionaria como o medicamento que ataca os sintomas sem combater a própria doença, trazendo uma falsa sensação de cura, pois a doença persiste e volta cada vez mais forte, acabando por se tornar imune ao ataque.”⁶⁸⁰

7.4 A FUNÇÃO SOCIAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS A PARTIR DO *PUNITIVE DAMAGE*⁶⁸¹

Indubitavelmente, a Carta Magna de 1988 inaugurou ideologias que ainda não tinham sido absorvidas pelo ordenamento jurídico brasileiro. A lei fundamental ultrapassou a sua tradicional função de organização do Estado para regular questões inerentes ao direito

⁶⁷⁹ 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, p. 240.

⁶⁸⁰ *Ibidem*, p. 258.

⁶⁸¹ Este tópico surgiu de conversas com Pablo Stolze.

privado. A busca do legislador constitucional na manutenção da dignidade e da igualdade como direitos fundamentais da pessoa humana coadunou com a sua inserção em diversas áreas do direito. O respeito, agora, ultrapassa a quantidade de patrimônio do indivíduo para atingir a sua condição existencial de homem, “assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais”.⁶⁸²

A disciplina dos institutos privados recebeu dois importantes aportes teóricos no período entre Getúlio Vargas e a atual Carta Constitucional: primeiramente, o florescimento da idéia de eficácia máxima dada aos direitos fundamentais, no sentido de otimizar a proteção da dignidade da pessoa humana. Não só valores de segurança deveriam ser respeitados, mas também os de justiça social. Da mesma forma, observou-se a evolução da idéia de socialidade, mormente derivada da necessidade de uma sociedade de massa que vivesse em harmonia. Sobre esses dois maiores fundamentos, a idéia de função social revigorou-se para atingir a forma que hoje se entende.⁶⁸³

A introdução de normas infraconstitucionais no texto da Carta Magna, pelo legislador constitucional de 1988 demonstra a sua ânsia pela delimitação da interpretação de acordo com os seus princípios jurídicos. A consolidação do pensamento humanista conduzido pela inserção do princípio da dignidade da pessoa humana fez com que novos parâmetros fossem concedidos a inúmeros regramentos de direito civil.

O Direito deve permanentemente dar respostas satisfatórias, adequadas, eficientes e justas aos novos problemas e desafios que a sociedade, no seu permanente evoluir, constantemente apresenta. Em razão do crescimento da população urbana e do aumento vertiginoso das atividades econômicas, constantemente o homem, com seu agir, cria riscos para a natureza e para o seu semelhante. Vive-se sob o signo da insegurança, numa verdadeira “sociedade de risco”, como balizada pela sociologia francesa. Se o Direito, muitas vezes, sente-se incapaz para evitar e neutralizar os riscos, se os danos são inevitáveis, frutos inseparáveis da convivência social e do desenvolvimento tecnológico, ao menos o Direito deve buscar formas de fornecer segurança jurídica no sentido de que todo o dano injusto (entendendo-se por dano injusto todo aquele para o qual a vítima não deu causa) deve ser, na maior medida possível, reparado.⁶⁸⁴

A idéia da função social enraizou sobre institutos tradicionalmente privados características publicistas. A busca pela real efetivação do princípio da solidariedade decorreu no reconhecimento de que, apesar de ser humano possuir latente a sua individualidade, não se pode fechar os olhos para a vida em comunidade, que vincula os seus participantes na busca

⁶⁸² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 6.

⁶⁸³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; CIDAD, Felipe Germano Cacicedo. Breves notas históricas da função social no Direito Civil. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coord). *Função Social no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 23.

⁶⁸⁴ FACHINI NETO, Eugênio. *A função social do direito privado*. Revista Jurídica, São Paulo, n. 349, nov. 2006, p. 90.

de um bem comum, qual seja, a paz e a ordem social. Neste sentido, afirma Daniel Sarmiento: “a sociedade não deve ser o *locus* da concorrência entre indivíduos isolados, perseguindo projetos pessoais antagônicos, mas sim um espaço de diálogo cooperação e colaboração entre pessoas livres e iguais, que se reconheçam como tal.”⁶⁸⁵

Por sua vez, para Eugênio Facchini Neto, “ao longo do Século XX, transportou-se para a área privada a reflexão que fora feita para o setor público. Isso era inevitável, uma vez que o Direito Privado não é um gueto isolado no ordenamento jurídico. Ele não pode ser compreendido de forma apartada do restante do Direito.”⁶⁸⁶

Sendo assim, ao ofender direitos da personalidade de um indivíduo, o agressor ultrapassará a sua unidade para atingir, ainda que de indiretamente, a coletividade como um todo. Isso porque para que seja erguida uma sociedade nos ditames constantes no art. 1º da Constituição Federal, necessário se faz desatar as amarras do antigo pensamento individualista para abrir novos horizontes em direção ao aspecto mais genérico das relações.

É evidente que não se defende a extinção da proteção às relações individuais. Estas não se confundem com a necessária atenção que deve ser conferida pelo ordenamento à coletividade como um todo. O que se suscita é que o individualismo outrora absoluto desceu do seu pedestal para ser adequado aos novos anseios advindos com a Carta Magna de 1988.

Paralelo a este pensamento caminha o princípio da dignidade da pessoa humana que, conforme mencionado, situa-se em posição de destaque perante toda pirâmide jurídica. Todos os interesses devem ser vertidos para o ser humano e ao desenvolvimento social, o que implica em dizer que a busca pelo aprimoramento das condições e qualidade de vida estão constantemente em pauta.⁶⁸⁷

⁶⁸⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 338.

⁶⁸⁶ FACHINI NETO, Eugênio. *A função social do direito privado*. In: Revista Jurídica, n 349. novembro/2006. Fonte do Direito: São Paulo, 2006, p. 62

⁶⁸⁷ Suscita, ainda, Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Carolina Dias Andriotti: “mas, afinal, como se pode conceituar a dignidade da pessoa humana, especialmente para o fim de estabelecer o âmbito da proteção da norma constitucional que a reconhece? Como ressalta a doutrina cuida-se de conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado pela diversidade de sentidos que lhe é atribuída. Contudo, não se pode negar que a dignidade é passível de considerar algo real, já que é perfeitamente possível identificá-la nos caos em que é violada ou ameaçada de lesão, mesmo que não haja viabilidade de enumerar um rol exaustivo de casos de violação da dignidade. Umbilicalmente relacionada à conceituação da dignidade da pessoa humana, encontra-se a noção de vida digna, conceito que não apreende de maneira unívoca, especialmente no bojo das sociedades democráticas e pluralistas da contemporaneidade, envoltas em diversos valores culturais, inúmeras visões religiosas e diversificados posicionamento morais.” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; CIDAD, Felipe Germano Cacicedo. Breves notas históricas da função social no Direito Civil. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (coord). *Função Social no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 26).

Não há porque negar que, ao ter o seu direito da personalidade ferido, de forma gravosa ou reiterada, não será apenas o indivíduo que arcará com as conseqüências deste ato danoso, mas, também, toda a sociedade. As características de gravidade e reiteração trazem consigo instabilidades de tal monta que poderão atingir diretamente a paz social.

Diante disso, identificado um destes dois requisitos, deve a sociedade apresentar para o ofendido a censura a tal comportamento. O *punitive damage* passa, então, a funcionar como um mecanismo de proteção do coletivo. Seria ela uma espécie de funcionalização da responsabilidade civil que perante comportamentos extremados deve conduzir-se a um comportamento muito mais rígido do que a mera compensação do indivíduo. O *exemplary damage* seria, portanto, uma sanção imposta pela sociedade na busca pela viabilização dos pilares constitucionais instituídos em seu art. 1º.

O sentido da expressão *função social* deve corresponder à consideração da pessoa humana não somente *uti singulus* ou *uti civis*, mas também *uti socius*. Neste contexto, a doutrina da função social emerge como uma matriz filosófica apta a restringir o individualismo, presente nos primeiros institutos jurídico, face os ditames do interesse coletivo, a fim de conceder igualdade material aos sujeitos de direito. Trata-se de uma “transição do individualismo para a sociedade”.⁶⁸⁸

Questiona-se qual a fundamentação que justifica a não aplicação da indenização punitiva, por exemplo, para a empresa que reiteradamente insere clientes sem que haja qualquer indício de inadimplência? Também não há razão para não se comportar da mesma forma contra aquela pessoa que utiliza em seu sítio o trabalho de uma criança como caseiro. Será que em ambas as situações explicitadas não há um evidente abalo nas estruturas intrínsecas da sociedade?

O pensamento que nega estas afirmativas, certamente chancelará a desobediência completa aos preceitos constitucionais que durante muito tempo foram batalhados para ser inseridos no ordenamento brasileiro. Fechar os olhos para a evidente funcionalização da responsabilidade civil a partir da utilização do *punitive damage* será aquiescer com o crescente número de abusos que são perpetrados contra o ser humano e a coletividade.

Hiering já pontuava uma preocupação com a sociedade em razão de atos praticados por particulares. Em seus estudos ele demonstrava a necessidade de proteção do coletivo para que fosse possível evitar a incidência de comportamentos nocivos. Em sua análise, o autor inicia o seu ponderamento a partir do ato de furto praticado por um ladrão.

⁶⁸⁸ *Ibidem*, p. 3.

Segundo ele, o pensamento compensatório, puro e simples, conduz à uma situação semelhante à liberação do criminoso, após ser capturado pela polícia, em razão da entrega do bem furtado. Se ele devolver o produto do furto estaria o ofendido ressarcido do prejuízo que veio a sofrer. Porém, neste caso, ao praticar tal ato, o larápio não está somente indo de encontro a um direito do ofendido, mas estará ofendendo toda a sociedade, e, por isso merece uma sanção além da mera restituição do bem. Seguindo este pensamento, o autor afirma que:

será que a mesma coisa não se aplica ao devedor que maliciosamente contesta a existência do mútuo, ou ao vendedor ou ao locador que descumpre o contrato, ao mandatário que abusa da confiança que nele depositei para locupretar-se à minha custa? O sentimento de justiça ficará satisfeito se, depois de uma luta prolongada, nada obtenho dessas pessoas senão aquilo que desde o início já me pertencia? Abstraindo, porém, da ânsia, sem dúvida plenamente justificada, de obter uma satisfação adicional pela ofensa ao direito, essa situação representa um deslocamento sensível do equilíbrio entre as partes da relação jurídica. Para uma delas o risco de um desfecho desfavorável do processo representa a perda daquilo que lhe pertence, enquanto para outra apenas acarreta a restituição daquilo que injustamente retém; para uma, a vantagem resultante da demanda bem sucedida consistirá apenas na ausência de prejuízo, e para outra, num enriquecimento à custa da parte adversa. Com isto não estaremos estimulando a perfídia?⁶⁸⁹

É evidente que a melhoria na máquina judiciária brasileira traria consigo rédeas mais firmes no tratamento dos abusos praticados, porém, ao que transparece, não seria suficiente para colmatar uma efetiva preocupação em sanar os repetitivos danos perpetrados, na maioria das vezes, por aqueles que detém o poderio econômico.

A partir desta linha de raciocínio, torna-se incontestado que o *exemplary damage* é uma alternativa viável para que possa efetivada a função social da responsabilidade civil no direito brasileiro.

7.5 A ATUAL APLICAÇÃO DO *PUNITIVE DAMAGE* NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Após a exposição de inúmeros posicionamentos contrários e seus respectivos contrapontos fica o questionamento acerca da real possibilidade do *punitive damage* no ordenamento jurídico brasileiro. Será que há viabilidade?

A resposta a ser dada é sim. Evidente que diante da funcionalização do direito instituída no ordenamento jurídico brasileiro cumpre apenas ajustar a doutrina alienígena no que tange à

⁶⁸⁹ IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 80.

destinação dada do montante aferido a título de *exemplary damage*. As pequenas incompatibilidades como no caso da valoração pelo Tribunal do Júri devem ser ajustadas aos preceitos brasileiros. Porém, isso não desnuda a defesa de que o cerne fundamental do instituto em questão possui completa compatibilidade com o ordenamento jurídico. A sua aplicabilidade é muito mais do que evidente; ela é necessária.

Tal caráter aflitivo, aplicado indiscriminadamente a toda e qualquer reparação de danos morais, coloca em perigo princípios fundamentais de sistemas jurídicos que têm na lei a sua fonte normativa, ma medida em que passa a aceitar a idéia, extravagante à nossa tradição, de que a reparação já não se constitui como fim último da responsabilidade civil, mas a ela se atribuem também, como intrínsecas, as funções de punição e dissuasão, de castigo e prevenção⁶⁹⁰

Sendo assim, antes mesmo de adentrar na difícil missão de arbitrar um valor considerado ideal, cabe ao magistrado, no uso de suas atribuições, identificar se aquele ato configura-se como suficientemente plausível para justificar a aplicação da indenização positiva. Dentro do valor estipulado a título de *exemplary damage*, cabe ao julgador valorar os aspectos subjetivos do ofensor e ofendido para moldar a quantia devida a título de indenização por danos morais.

O próprio STF reconhece a inexistência de limitações legais para a aplicação de uma indenização mais ampla a título de danos morais. O Ministro Cezar Peluso, ao relatar o Recurso Extraordinário nº 447.584/RJ afirmou que:

Na fisionomia normativa da proteção do direito à integridade moral, o qual serve o preceito de reparabilidade pecuniária da ofensa, a vigente Constituição da República não contém de modo expresso, como o exigiria a natureza da matéria, nem implícito, como se concede para argumentar, nenhuma **disposição restritiva** que, limitando o valor da indenização e o grau conseqüente da responsabilidade civil do ofensor, caracterizasse redução do alcance teórico da tutela. A norma garantidora, que nasce da conjugação dos textos constitucionais (art. 5º, V e X), é, antes, nesse aspecto, de cunho irrestrito. (*grifo no original*)⁶⁹¹

A ausência de limitação por parte da Constituição Federal no que se refere aos danos morais abre espaço para a inserção do *punitive damage* no ordenamento jurídico brasileiro.

⁶⁹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. São Paulo: Renovar, 2003, p. 234.

⁶⁹¹ Ementa do Recurso Extraordinário em destaque: Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Dano moral. Publicação de notícia inverídica, ofensiva à honra e à boa fama da vítima. Ato ilícito absoluto. Responsabilidade civil da empresa jornalística. Limitação da verba devida, nos termos do art. 52 da lei 5.250/67. Inadmissibilidade. Norma não recebida pelo ordenamento jurídico vigente. Interpretação do art. 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV, e art. 220, caput e § 1º, da CF de 1988. Recurso extraordinário improvido. Toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República. Por isso, já não vige o disposto no art. 52 da Lei de Imprensa, o qual não foi recebido pelo ordenamento jurídico vigente. (STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 447584/RJ. REL. MIN. CEZAR PELUSO. PUB. 28.11.2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>; Acessado em: 16 fev. 2008)

Inexistindo qualquer resistência legal, torna-se apenas necessário vencer as barreiras dos preconceitos criados em relação ao *exemplary damage*. Deve-se utilizar deste espaço normativo para modificar a forma como se encara o sistema jurídico.

O direito, como um todo, passa por um momento de funcionalização em que a preocupação com o coletivo sobrepõe-se ao individual de forma incontestável. Hoje não se pensa apenas sobre o aspecto do ser singular. A real eficiência das normas jurídicas deve ser demonstrada quando as mesmas passam a proteger, também a coletividade. O *punitive damage* nada mais é do que a resposta da sociedade àquele comportamento considerado altamente nefasto que foi tentado contra o indivíduo.

A alegação de inexistência de norma que venha a regular o manuseio da desta doutrina não merece abrigo. É dever do magistrado procurar os meios necessários para colmatar a lacuna existente no ordenamento jurídico, não podendo justificar a ausência de preceito normativo expresso, sob pena de ferir o princípio do *no liquet*.

Por sua vez, acredita-se que ao manter a restrição da responsabilidade civil apenas em seu aspecto meramente compensatório, também, não estará o julgador conferindo a efetiva prestação jurisdicional a qual tem direito o indivíduo e, principalmente, a sociedade, que se encontra abalada diante de comportamentos qualificados como gravosos ou reiterados. É necessário, então, ampliar a análise na busca de leis outras que sejam consideradas compatíveis com o objetivo que se busca alcançar.

Diante destas prerrogativas, indiscutivelmente, chancela-se o posicionamento segundo o qual o *punitive damage* deve ser impresso com incontestável destaque no universo jurídico brasileiro. A realidade cotidiana não pode ser ignorada: inúmeros são os pleitos que versam sobre comportamentos ofensivos a direitos da personalidade. Ao Poder Judiciário, por sua vez, cumpre o dever de conferir uma resposta plausível a estes anseios, efetivando-se com isso a determinação Constitucional constante em seu art 1º, o que somente poderia ser concretizado a partir da inserção da prevenção e do caráter exemplificativo decorrente do *exemplary damage*.

7.5.1 O punitive damage nos danos morais coletivos

A proteção ao âmbito coletivo é uma realidade para o direito brasileiro. Diversas são as ações que envolvem a defesa de direitos que se encontram além dos individuais. A própria Constituição Federal em seu texto traz, por exemplo, o instituto da função social que mitiga

alguns *standarts* do individualismo, como a propriedade, a qual pretere o individual em relação ao coletivo.⁶⁹²

Sendo assim, quando se trata de dano moral que atinge a uma coletividade o primeiro pensamento que deve ser afastado é o da sua inaplicabilidade em razão do enriquecimento sem causa.⁶⁹³ O montante arrecadado em razão da ação fundada em direito metaindividual reverter-se-á em benefício do fundo de defesa dos direitos difusos, como determina o art. 13 da Lei 7.347/1985⁶⁹⁴, que, por sua vez, está subordinado ao Ministério da Justiça⁶⁹⁵, sendo que a quantia arrecadada nesse tipo indenização será revertida em políticas públicas de promoção da defesa dos interesses difusos.

A tendência da aplicação do *punitive damage* para as ações coletivas torna-se tão evidente que autores como Maria Celina Bodin de Moraes, que sustenta a impossibilidade de sua aplicação em âmbito individual, afirmam que:

É de aceitar-se, ainda, um caráter punitivo na reparação de dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental. Aqui, a *ratio*, será a função preventivo-precautória, que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relação às dimensões do universo a ser protegido.⁶⁹⁶

A ofensa a valores éticos da coletividade e a conseqüente indenização pelo dano moral não são compatíveis com a função compensatória da responsabilidade civil, posto que, pretende-se, nitidamente, proteger a sociedade dos infratores e não satisfazer seus membros. A censura

⁶⁹² A constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXIII, prevê a função social da propriedade ao determinar que: “a propriedade atenderá à sua função social”. Neste mesmo sentido, o Código Civil de 2002 ampliou a idéia de funcionalização agregando esta característica aos contratos. Em seu art. 421, o diploma civilista determina que: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”

⁶⁹³ Segundo Pedro da Silva Dinamarco, “um problema bastante agudo da condenação pecuniária, na ação civil pública, consiste na quantificação do dano. É muito difícil calcular o valor econômico de um bem que não está no comércio, ou seja, que não pode ser objeto de negociação. Assim o são, de modo geral, os interesses difusos e coletivos (além de indivisíveis, são muitas vezes infungíveis). Quanto vale, em dinheiro, um meio ambiente sadio? Quanto vale um patrimônio artístico ou cultural, como o Cristo Redentor no Rio de Janeiro, símbolo nacional? Não tem preço.” (DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.290).

⁶⁹⁴ Lei. 7.347/85 – Art. 13 - Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

⁶⁹⁵ Em decisão exarada na Quarta Vara Cível de Brasília – processo nº 2004.01.1.102028-0 - o Juiz Robson Barbosa de Azevedo afirmou que: “Para a fixação desse quantum reparatório/preventivo, que será revertido em prol do fundo que trata o art. 13 da Lei n.º 7347/85, tomarei por parâmetro o valor gasto na produção e veiculação da propaganda em questão, que foi apontado pelo Ministério Público, e não refutado pelas rés, qual seja, a quantia de sete milhões de dólares americanos. Levando-se em conta a dimensão dos direitos difusos atingidos, fixo a indenização por danos morais em R\$ 14.000.000,00 (quatorze milhões de reais)

⁶⁹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. São Paulo: Renovar, 2003, p. 263.

funcionará como meio idôneo a dissuadir comportamentos similares por qualquer integrante da comunidade.⁶⁹⁷

A indenização por dano moral coletivo tem exatamente essa finalidade: educar através da imposição de um valor considerado sancionador quem não respeita a coletividade a fim de prevenir novos eventos danosos. Cumpre ainda esclarecer, que o *punitive damage*, visa impedir que o lesante lucre com sua conduta socialmente reprovável. O montante fixado a título de indenização deve apto a sanar da coletividade qualquer vantagem indevidamente incorporada ao patrimônio do ofensor.⁶⁹⁸

É no momento de fixar o valor da indenização que poderá se dar efetividade ao caráter punitivo da indenização por dano moral coletivo, pois se o montante não for suficiente para dissuadir o ofensor restará frustrado o objetivo do instituto, e, conseqüentemente, continuará a coletividade a mercê daqueles que utilizam todos os meios para conseguir lucrar perante os demais.

Felizmente, não se pode negar que os Tribunais já aceitam a incidência do *punitive damage* em razão do dano moral, inclusive nas ações individuais, apesar de, na maioria das vezes, reduzir

⁶⁹⁷ Alguns fornecedores, para elevar sua margem de lucros, deixam de investir em mecanismos de prevenção e controle de qualidade mais rigoroso sobre os serviços prestados, enquanto outros colocam no mercado produtos de qualidade inferior ou que não atendem a determinados padrões de segurança, preferindo arcar com a reparação de danos causados aos consumidores, na certeza de que os valores indenizatórios serão muito inferiores ao investimento que teriam de realizar para o aperfeiçoamento de seus produtos e serviços. (...) As pessoas físicas e as empresas orientam-se, então, por uma “racionalidade estritamente econômica”, pautando-se pelo resultado de uma relação custo/benefício do seu comportamento em detrimento da lei ou do direito alheio (ANDRÉ GUSTAVO, P.272)

⁶⁹⁸ DANO MORAL COLETIVO - SUBMISSÃO DE EMPREGADOS A CONDIÇÕES DE TRABALHO DEGRADANTE, ANÁLOGAS ÀS DE ESCRAVO - COMPROVAÇÃO - ATO ATENTATÓRIO A TODA A COLETIVIDADE - SOLIDARISMO CONSTITUCIONAL QUE IMPÕE A OBSERVÂNCIA DE PRECEITOS COMO O DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - O QUANTUM ARBITRADO DEVE OBSERVAR OS PARÂMETROS DA TEORIA DO DESISTÍMULO - A submissão de trabalhadores a condições de trabalho degradante, análogas às de escravo, porquanto detectada a infringência de um sem número de dispositivos legais (a demonstração inequívoca de inexistência de qualquer observância ao teor do art. 168 da CLT e NR 7.4 da Portaria 3.214/78 do MTbE, que regulamenta o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional; ausência de controle eletrônico de jornada, infringindo o disposto no art. 74, § 2º, da CLT; ausência de local adequado para a realização das refeições, ferindo o disposto no art. 157, I, da CLT e NR 24, item 24.3.15.1, alínea 'a', do MTbE; não fornecimento de água potável, contrariando disposições do art. 157, I, da CLT e NR 24, item 24.7.1, do MTbE; ausência de armazenamento adequado para produtos químicos, em desrespeito ao art. 13 da Lei 5.889/73; realização de trabalhos contrários às disposições de proteção necessária, art. 444 da CLT; manter em serviço trabalhadores com idade inferior a 16 anos, inobservando o disposto no art. 403, 'caput', da CLT) devendo ser usados todos os mecanismos previstos no instrumental jurídico relativos para a prevenção e reparação dos danos eventualmente havidos, inclusive a punição exemplar, levando-se em conta a teoria do desistímulo e a repercussão geral do dano moral coletivo, de forma a servir de parâmetro para a garantia da observância das normas protetivas à dignidade da pessoa humana, dos direitos e garantias fundamentais do cidadão e da relação de trabalho. (TRT 23ª REGIÃO. RO Nº [00096-2005-061-23-00](#). REL. PAULO BRESCOVICI. PUB. 01.06.2006. Disponível em: <<http://www.trt23.gov.br>>; Acessado em: 10 fev. 2008)

o valor fixado sob o argumento do enriquecimento sem causa do ofendido caso seja mantido aquele montante primário⁶⁹⁹.

Parece, assim, evidente que a tendência, nos diversos ordenamentos, e agregar às funções compensatórias – ou simbolicamente compensatória – e punitiva, a função pedagógica, ou de exemplaridade, de crescente importância nos danos provados massivamente, seja no âmbito das relações de consumo, seja no dano ambiental, seja nos produzidos pelos instrumentos de *mass media*.⁷⁰⁰

O *punitive damage* é a resposta conferida pelo sistema jurídico a uma conduta lesiva. Ele não tem como escopo principal o restabelecimento da situação jurídica anterior ao dano, até porque esta condição se mostra impossibilitada em razão das características do direito ofendido. O seu objetivo central é aplicar a função pedagógica a partir da censura ao comportamento do agente, fazendo-o sentir economicamente o peso de sua conduta ilícita, ou do seu abuso de direito.

7.5.2 O *punitive damage* nos danos morais individuais

No âmbito dos danos morais individuais o *punitive damage* passou ganhar reflexos na jurisprudência pátria. Apesar de ainda não se considerar como um comportamento majoritário, é possível observar a existência de decisões, ainda que pontuais, no sentido chancelar uma postura mais rígida por parte do Poder Judiciário. O caráter dúplice da indenização passa a ser uma realidade.

Não é mister grande esforço intelectual por advertir em que o valor da indenização há de ser **eficaz**, vale dizer, deve, perante as circunstâncias históricas, entre as quais avulta a capacidade econômica de cada responsável, guardar uma força desencorajadora de nova violação ou violações, sendo com tal perceptível ao ofensor, e, ao mesmo tempo, de significar para a vítima, segundo sua sensibilidade e condição sociopolítica, uma forma heterogênea de satisfação psicológica da lesão sofrida. Os bens

⁶⁹⁹ DIREITO CIVIL. **DANO MORAL**. REGISTRO INDEVIDO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. A jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que, na concepção moderna do ressarcimento por **dano moral**, prevalece a responsabilização do agente por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto, ao contrário do que se dá quanto ao **dano** material. O valor arbitrado a título de **danos morais**, contudo, revela-se exagerado e desproporcional às peculiaridades da espécie. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (STJ. QUARTA TURMA. REsp nº 556742/SC. REL. MIN. CÉSAR ASFOR ROCHA. PUB. 15.12.2003. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>; Acessado em: 11 fev. 2008)

⁷⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: MARTINS-COSTA, Judith. (coord). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 446.

ideais da personalidade, como a honra, a imagem, a intimidade, a vida privada, não suportam critério objetivo, com pretensões de validade universal, de mensuração do dano à pessoa. Noutras palavras, a restituição do gravame a tais bens é reconduzível a uma escala econômica padronizada, análoga à das avaliações relativas aos danos patrimoniais. (*grifo no original*)⁷⁰¹

A função agregada ao valor pago em razão da lesão imaterial possui função diversa daquela relacionada ao prejuízo patrimonial. Em razão disso, não é possível a aplicação de critérios semelhantes em tais casos. Para os danos morais, fundamentado na idéia da função social da responsabilidade civil, além da satisfação do ofendido, deve o magistrado procurar meios para manter hígida paz social.

À sociedade interessa que o direito possua a capacidade de manter as relações interpessoais dentro de um padrão de equilíbrio e respeito. Isso implica em dizer que ao praticar um ato ilícito contra uma determinada pessoa, o coletivo também será passível de experimentar os danos decorrentes desta atitude, o que impõe ao agente suportar as conseqüências do seu agir.

Nesse norte tenho que na fixação de indenização por dano moral deve-se estar atento à situação financeira do ofensor pouco não sendo importante que o ofendido receba quantia considerável e que os honorários do advogado do vencedor também sejam polpidos. Não há que se ter em mente, portanto, o “enriquecimento” do ofendido, mas sim correta e adequada punição ao ofensor.⁷⁰²

O art. 944 do Código Civil determina que a indenização se mede pela extensão do dano. Ora, em se tratando de dano moral, esta amplitude não poderá ser observada de forma tão simples quanto se deseja. Por isso, é possível concluir que o Código Civil não restringiu a aplicação do *punitive damage*.

Os Tribunais já estão aplicando o *exemplary damage*. Sob o manto de “teoria do desestímulo” os julgadores justificam a quantificação de determinada quantia alegando que será ela uma fórmula de desestimular o ofendido. É evidente que em muitos casos o valor pago não chega a

⁷⁰¹ STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 447584/RJ. REL. MIN. CEZAR PELUSO. PUB. 28.11.2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>; Acessado em: 16 fev. 2008

⁷⁰² Trecho destacado do inteiro teor do acórdão nº 71001528520, Julgado pela Terceira Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 29.01.2008 e que teve como relator Yoama Assis Brasil de Moraes. EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. DESCONSTITUIÇÃO DE DÉBITO C/C DANO MORAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES. SERASA E SPC. LINHA DE TELEFONIA MÓVEL FRAUDULENTAMENTE HABILITADA EM NOME DA PARTE AUTORA. Adotando as operadoras de telefonia serviço falho no que diz respeito às habilitações de terminais, possibilitando que sejam instaladas linhas em nome de terceiros que não os titulares das solicitações, não há lugar para prevalecer o débito gerado em nome de terceiro. Fixação do quantum indenizatório deve atentar para as condições econômicas das partes, intensidade do dano, grau de culpa, a finalidade da sanção reparatória e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Quantum mantido. Indenização fixada nos parâmetros utilizados para casos análogos. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 15 fev. 2008).

exercer este real objetivo⁷⁰³, porém é importante que este pensamento esteja intrínseco nos magistrados para uma aplicação ainda maior num futuro próximo.

Também no que se refere à responsabilidade civil objetiva, em caso de danos morais, há posicionamentos que já suscitam a aplicação do *exemplary damage* como uma forma de desestimular o ofensor na reiteração daquele ato. Como dito, não há impedimentos que retirem dessa modalidade a possibilidade de inserção do instituto em questão.⁷⁰⁴

Além da conscientização do magistrado acerca da possibilidade de aplicação do *punitive damage* também para as demandas individuais de danos morais, é necessário conduzir o pensamento no sentido de que os valores pagos a título da doutrina americana devem se realmente passíveis de provocar o desestímulo à empresa. Já foi comprovado que montantes relativamente baixos em relação ao patrimônio do ofensor em nada contribui para a sustentação do caráter pedagógico.⁷⁰⁵

⁷⁰³ RESPONSABILIDADE CIVIL. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. INDENIZAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS . HUMILHAÇÃO. CALÚNIA E VIOLÊNCIA FÍSICA EM AGÊNCIA DA CEF. RECURSO ADESIVO. 1 - Ajuizou-se ação ordinária objetivando indenização por danos materiais e morais, decorrentes de inclusão de ter a autora sofrido humilhações, calúnia e violência física e moral por parte dos vigilantes da firma de segurança -1ª Ré- , ao tentar entrar na agência da CEF. 2 -Inicialmente, quanto ao recurso adesivo da 1ª Ré, não o conheço, quer por não ter ocorrido a sucumbência recíproca, e sim sucumbência solidária, em relação à empresa pública recorrente, quer por ser intempestivo, caso se acolhesse como recurso autônomo. 3- Quanto à questão da caracterização de violação do direito de personalidade, esta restou inofismavelmente provada, nos autos. 4- Noutro giro, não se questiona os atos administrativos normativos, que regulam o porte de armas de fogo, e sim o menoscabo com o qual foi tratada a parte autora, o que se traduz em dano moral indenizável. 5 - Quanto ao dano moral , considerando que para a fixação do seu valor indenizatório, o mesmo tem duplo conteúdo, de sanção e compensação, e não pode ser, noutro eito, fonte de enriquecimento sem causa, passo a apreciar a pretensão de sua redução. 6 - Assim, o valor indenizatório, atento ao princípio da proporcionalidade, e de que o quantum indenizatório, deve atender de cunho sancionatório , e pedagógico , tenho, por bem, reduzi-lo para 100 (cem) salários mínimos, dada as circunstâncias fáticas. 7 - Recurso adesivo não conhecido. 8 - Recurso da CEF conhecido e parcialmente provido para reduzir o valor indenizatório para 100 (cem) salários mínimos. (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. SEXTA TURMA. Nº DO PROCESSO 1999.02.01.055540-0, APELAÇÃO CÍVEL Nº 218336/RJ. REL. JUIZ POUL ERIK DYRLUND. PUB. 06.08.2002. Disponível em: <<http://www.trf02.gov.br>>; Acessado em: 01 fev. 2008).

⁷⁰⁴ INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. EMPRESA DE TRANSPORTE COLETIVO. DEFORMIDADE PERMANENTE. QUANTUM. I - A RESPONSABILIDADE DA EMPRESA PARTICULAR PRESTADORA DE TRANSPORTE COLETIVO É OBJETIVA, NOS TERMOS DO ART. 37, § 6º, DA CF. II - O LAUDO PERICIAL É CONCLUSIVO QUANTO À DEFORMIDADE PERMANENTE ACARRETADA À AUTORA NO ACIDENTE OCORRIDO COM O FECHAMENTO DA PORTA DO ÔNIBUS, EXSURGINDO A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR OS DANOS MORAIS DAÍ DECORRENTES. III - A VALORAÇÃO DA COMPENSAÇÃO MORAL DEVE SER APURADA MEDIANTE PRUDENTE ARBITRIO DO JUIZ, MOTIVADO PELO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E OBSERVADAS A GRAVIDADE E A REPERCUSSÃO DO DANO, BEM COMO A INTENSIDADE E OS EFEITOS DO SOFRIMENTO. A FINALIDADE COMPENSATÓRIA, POR SUA VEZ, DEVE TER CARÁTER DIDÁTICO-PEDAGÓGICO, EVITADO O VALOR EXCESSIVO OU ÍNFIMO, OBJETIVANDO, SEMPRE, O DESESTÍMULO À CONDUTA LESIVA. IV - APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA. UNÂNIME. DECISÃO: CONHECER E IMPROVER, UNÂNIME. (TJDF. QUARTA TURMA CÍVEL. ACÓRDÃO Nº 246018. APELAÇÃO Nº 20010110973559. REL. VERA ANDRIGHI. PUB. 01.06.2006. Disponível em: <<http://www.tjdf.gov.br>>; Acessado em: 02 fev. 2008)

⁷⁰⁵ Neste sentido, decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais cuja ementa afirma que: Dano moral - Protesto indevido - Valor - Dupla finalidade - Compensação ao ofendido - Sanção ao ofensor. O valor da indenização por

Ademais, o temor existente em torno da configuração de um enriquecimento sem causa ao ofendido em razão o valor pago deve ser mitigado, pois tal quantia não será destinada a ele integralmente. Acredita-se que, dentro da quantia estabelecida a título de indenização existem duas classes distintas: aquela referente à compensação e a outra destinada ao *punitive damage*. Assim, feita a análise para encontrar a primeira modalidade, o que restar o montante originário será considerado como *exemplary damage*.

Partindo-se do pensamento de que a funcionalização da responsabilidade civil é um caminho que não aceita retrocesso, e já que este valor é referente à reprovação social em razão da conduta adotada pelo sujeito ativo, não há porque não suscitar a aplicação do art. 13 da Lei 7347/85 – Lei de Ação Civil Pública. Segundo este dispositivo, “havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados”.

Visualizando a necessidade de conferir um tratamento mais rígido por parte do ordenamento jurídico aos atos ilícitos que deságüem na configuração de danos morais, o Projeto de Lei nº 2497/2007, de autoria do Deputado Vital do Rêgo Filho, do PMDB/PB, determina o acréscimo do parágrafo único ao art. 6º da Lei 8078/90 com o seguinte texto: “A fixação do valor devido a título de efetiva reparação de danos morais atenderá, cumulativamente, à função punitiva e à função compensatória da indenização.”⁷⁰⁶

Portanto, mesmo nos danos morais individuais, a transferência do *punitive damage* para um fundo de amparo à coletividade é de fundamental importância. Para aquelas situações, por exemplo, que afligem um consumidor, a quantia do *exemplary damage* deveria ser destinada ao fundo de amparo ao consumidor. O mesmo aplica-se, por exemplo, no caso de um trabalhador que vem a sofrer um agravo não-patrimonial: haveria a destinação de uma parte da indenização para um fundo de amparo ao trabalhador. Somente desta forma a indenização por lesão imaterial deixaria de lado o pensamento patrimonialista para adentrar na evidente proteção à pessoa conforme almeja o princípio da dignidade da pessoa humana.

dano moral deve ter uma amplitude compatível com a finalidade primeira do direito, que é não só a de assegurar a perfeita eficácia da função jurisdicional, como também assegurar um estado de direito consentâneo com a justiça, de forma que a indenização fixada deve servir não só de compensação à vítima como de sanção ao ofensor, de modo a depurar cada vez mais a convivência social. (TJMG. PROCESSO Nº 2.0000.00.340732-5/000(1). REL. VANESSA VERDOLIM ANDRADE. PUB. 01.09.2001. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br>>; Acessado em: 20 fev. 2008).

⁷⁰⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 2497/2007. disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/526414.pdf>>; acessado em: 20 fev. 2008.

8 CONCLUSÃO

- O ser humano é um animal gregário por natureza. As suas limitações físicas e intelectuais impõem-lhe a necessidade de interação com seu semelhante. É, exatamente, a partir dessa relação intersubjetiva que nasce o direito. Onde não há vínculo entre as pessoas não haverá porque incidir as normas jurídicas. O homem solitário tem liberdade plena para exercer qualquer ato considerado correto.
- Mesmo senhor dos seus atos, a pessoa não pode praticar qualquer conduta que achar condizente. A vida em comunidade exige respeito a uma gama de direitos alheios que devem ser mantidos incólumes para que haja o estabelecimento de uma ordem social. Somente a partir desta limitação é que será possível separar aqueles atos considerados como permitidos dos proibidos, mantendo, assim, a convivência harmoniosa perante os povos.
- Ante a necessidade de suprir suas carências as pessoas ultrapassam a sua zona de atuação, e atingem o direito do seu semelhante, ferindo-o. A ânsia pelo suprimento de suas carência faz com que, em diversos momentos, o desrespeito ocupe o lugar da convivência pacífica. São atos ilícitos que resultam, diretamente, num dano a terceiros. A conceituação do fato ilícito deve ser feita em seu sentido amplo, abrangendo os diversos ramos do direito. Seu surgimento se dá a partir de uma conduta voluntária omissiva ou comissiva ou da prática de um abuso de direito
- O direito, por sua vez, não poderia quedar-se diante destes fatos. Urge a necessidade de incidir sobre os atos considerados como ilícitos – ou os abusivos – a reprimenda do ordenamento jurídico a fim de sanar os danos por eles provocados. Cumpre, então, às responsabilidades civil e penal a missão de equilibrar as relações jurídicas constantemente feridas pela ambição humana.
- A complexidade adquirida pela sociedade com o passar dos anos provocou, diretamente, um maior volume de agressões a direitos dos seus semelhantes. A cada desenvolvimento social, mais fragilizado ficava o homem na proteção dos seus direito. Diversas eram as formas de abuso perpetradas contra ele. Surge então a responsabilidade objetiva, na qual a aferição da culpa é deixada de lado.
- Além disso, o ordenamento jurídico não poderia ficar engessado apenas no âmbito dos danos materiais. As agressões já ultrapassavam este âmbito. Seja, por exemplo, a partir da invasão da intimidade de uma pessoa, ou da imputação de uma situação inexistente, o fato é

que o sistema era compelido a evoluir. Com isso, surge a proteção contra fatos que venham a causar danos na esfera imaterial, o que ficou conhecido como danos morais.

- Muitos foram os embates acerca da sua natureza jurídica e dos direitos que se encontravam sob o seu manto protetor. Conforme demonstrado, a sua evolução não se deu de forma pacífica. Ao longo das gerações inúmeras teorias surgiram contrárias à sua inserção no ordenamento jurídico. Porém, apesar de toda resistência foi possível agregar esta proteção à pessoa, que, por sua vez, ganhou grande preponderância com a evidência do princípio da dignidade da pessoa humana.

- O ser humano passou então a ser o foco central de todo o ordenamento jurídico. Abandona-se o pensamento patrimonialista em razão da valorização da pessoa. Este movimento mundial ganha força no Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que se reflete de maneira incontestante perante os ordenamentos infraconstitucionais.

- No âmbito do direito brasileiro, a evolução do dano moral também não foi tranqüila. Doutrinadores pátrios apresentaram-se contrários à sua inserção sob diversos argumentos, dentre os quais destaca-se a imoralidade na vinculação de um valor pecuniário a um sentimento intrínseco à pessoa. Com o passar dos tempos foi aceito a taxatividade dos danos morais, sendo que, atualmente, é aceitável a sua aplicação diante das situações mais diversas.

- Diante dos argumentos apresentados no transcorrer do trabalho foi possível concluir que as indenizações por danos morais estão relacionadas a atitudes ilícitas cometidas pelo sujeito ativo contra direitos da personalidade do ofendido. Filia-se à corrente na qual o ordenamento jurídico estabeleceu um direito geral de personalidade e que aqueles direitos constantes no seu corpo normativo não passam de mero rol exemplificativo. Nada impede que com o passar dos tempos, venham surgir novas modalidades de direitos da personalidade passíveis de proteção. Se assim não for, pode-se considerar a engrenagem jurídica paralisada diante de uma zona que merece a mais ampla proteção, até mesmo em razão do princípio da dignidade da pessoa humana.

- Feita essa apresentação, passou-se para a análise dos elementos do dano moral. Inicialmente foi necessário destacar a divisão existente entre ele e o dano material a partir da identificação das suas características e com o estabelecimento de um conceito próprio para a lesão imaterial. Por sua vez, quando se fala em conceito, foram apresentados diversos posicionamentos que ocuparam a doutrina, chegando-se à conclusão, frise-se novamente, que o dano moral decorre de um ato ilícito que vem a atingir direitos da personalidade.

- Ante o grande subjetivismo inerente aos agravos não-patrimoniais – até mesmo em razão do direito ao qual ele ofende – muitos aproveitadores tentam forjar situações nas quais possa haver a configuração deste tipo de ofensa. Assim, posicionou-se no sentido de que, antes mesmo de se preocupar com a sua quantificação, cumpre ao magistrado a importante missão de identificar a real configuração do dano moral. É necessário separá-lo do mero aborrecimento a fim de evitar que o instituto caia no descrédito perante a sociedade.
- Após a identificação da lesão imaterial – afastando-a do mero aborrecimento – é possível visualizar diversas modalidades de dano. Eles podem se configurar de inúmeras maneiras, como: coletivo, reflexo, indireto e, até mesmo, podem ser transmitido a herdeiros. Ademais, apesar de sua gama de formas, posicionou-se no sentido de que a sua prova se faz desnecessária, até mesmo em razão da sua difícil constatação. O caráter *in re ipsa* é de suma importância para a viabilização da sua aplicação no cotidiano dos tribunais.
- A quantificação do dano moral é uma tarefa bastante complexa a ser realizada. O seu subjetivismo exacerbado faz com que os magistrados deparem-se com situações nas quais eles devem utilizar ferramentas outras além das normas legais, até mesmo em razão da ausência de requisitos previstos em lei. Diante disso, inúmeras teorias surgem para tentar guiar o julgador nesta árdua missão de quantificar o dano moral. O entrave encontra-se exatamente na busca pelo *quantum* considerado ideal.
- Percebendo a dificuldade encontrada pela doutrina e pela jurisprudência na resolução do problema da quantificação do dano moral, alguns operadores do direito passaram a invocar a utilização da doutrina alienígena. Nesta situação, a doutrina americana do *punitive damage* apresentou reflexos, sejam eles positivos ou negativos.
- Fundamentada no pensamento de que o sujeito ativo do ato ilícito deveria sofrer a aplicação de uma indenização num valor considerado alto para os padrões, este instituto suscita inúmeros posicionamentos contrários. Apesar da sua origem no direito inglês, foi na doutrina americana que ela ganhou grande projeção. A partir de decisões exageradas perpetradas pelos jurados, o *exemplary damage* passou a merecer uma preocupação maior por parte dos juristas americanos e da suprema corte, o que acabou resultando no movimento de reformulação da responsabilidade civil daquele país, conhecida como *torts reform*.
- No Brasil, não foi diferente. Apesar de não haver previsão legal, inúmeros autores aceitam a sua aplicação. Por sua vez, outra gama de juristas resiste à sua incidência no âmbito

do direito brasileiro amedrontados com o enriquecimento sem causa do ofendido a conseqüente criação do que eles chamam de indústria do dano moral.

- Diante de toda a análise desenvolvida nesta obra, concluiu-se no sentido da viabilidade da aplicação do *punitive damage* no ordenamento jurídico brasileiro. Refutados foram os argumentos que fazem concluir acerca da sua condição de pena, da sustentação da divisão entre direito público e privado e da incidência do princípio da *nulla poena, sine lege*. Identificou-se que o *exemplary damage* é um instituto eminentemente civilista que busca, antes de tudo o desestímulo por parte do ofensor, e para os demais potenciais agressores, em praticar novas condutas.
- A partir do pensamento do direito civil constitucional, foi possível identificar a existência de uma função social da responsabilidade civil que busca a manutenção do equilíbrio e da paz social. Sem esta preocupação disforme estaria a construção da moderna responsabilidade civil, e, por conseqüência, da proteção contra os danos morais.
- Atualmente, além do âmbito individual, urge a proteção ao coletivo. O *punitive damage* por sua vez figura como peça fundamental para esta intenção. Seja diante do dano moral coletivo ou do individual, não haverá porque restringir a sua aplicação. O que se torna necessário, por sua vez, é a mudança na forma como se encara a responsabilidade civil no país. Deve-se deixar ao largo a ideologia restrita da compensação para receber, em seu lugar, o ideal de prevenção ao dano.
- Quando se fala em dano moral coletivo é possível identificar na jurisprudência a sua aplicação mais rotineiramente do que no âmbito individual. O temor do enriquecimento sem causa ainda provoca algumas restrições. Porém, é necessário, antes de tudo, pensar que o *punitive damage* é uma censura social ao comportamento do ofensor. Ao lado do montante destinado à compensação da vítima, figura aquele destinado ao *exemplary damage*. Em razão disso, deve o magistrado preencher esta lacuna legal destinando tal quantia aos fundos previstos no art. 13 da Lei de Ação Civil Pública. Somente desta forma será possível ultrapassar a idéia do enriquecimento sem causa e possibilitar a aplicação rotineira da doutrina americana em terras brasileiras.
- Por sua vez, no patamar individual, também não se vislumbra qualquer impedimento condizente com a não utilização do *punitive damage*. Ademais é possível encontrar projetos e leis que estão em tramitação na Câmara dos Deputados – como por exemplo, o projeto de lei nº 2497/07 - e que possuem em seu cerne a inserção deste instituto americano no direito

brasileiro. O próprio ministro César Peluso já sentenciou no sentido de inexistência de limitação por parte do legislador constitucional no que se refere aos danos morais. Isso implica em dizer que está aberta a porta para o acesso do *exemplary damage* no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

- Em assim sendo, ante tudo o que foi exposto, conclui-se no sentido a viabilidade da aplicação do *punitive damage* nas ações de indenização por danos morais no ordenamento jurídico brasileiro como uma forma de dar efetividade à funcionalização da responsabilidade civil, com a conseqüente preocupação na manutenção da paz e da ordem social.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

CORDEIRO, Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. v. 2. Coimbra: Almedina, 1984.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 6. ed. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

AMARAL, Francisco. O direito Civil na Pós-Modernidade. *Revista da Escola Superior de Advocacia da OAB/RJ*, Rio de Janeiro, Ano 2, n. 2, 2. ed, 2004.

ANALYSE DES GRAND ARRÊTS DU CONSEIL D'ETAT ET DU TRIBUNAL DES CONFLITS. Disponível em: <http://www.conseil-etat.fr/ce/jurisp/index_ju_la47.shtml>. Acesso em: 25 nov. 2007.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitives damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. A evolução do conceito de dano moral. In: *Dano moral e sua quantificação*. 3. ed. Caxias do Sul: Plenum, 2005.

ARAÚJO, Renato A. Melquiades de. *A proporcionalidade necessária entre o dano moral e a sua respectiva indenização, por imposição do disposto no art. 5º, caput e incisos V, X e XXII, da Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=39069>. Acesso em: 04 jan. 2008.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Ano 2, v. 6. jan./mar. 2002.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Responsabilidade Civil. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, São Paulo, Ano 55, n. 353, mar./2007.

BARROS, João Álvaro Quintiliano. *Abuso de direito*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 727, 2 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6944>>. Acesso em: 08 jul. 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*. Ano I, v. I, n. 6. Setembro 2001. Salvador: Centro de Atualização jurídica. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em: 22 ago.2007.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 23 nov.2007.

BERNARDES, Fátima Carolina Pinto. *Dignidade da Pessoa Humana*. Revista dos Tribunais, São Paulo, Ano 95, v. 849, jul./ 2006, p. 727-735.

BERNARDES, Marcelo di Rezende. *Enriquecimento fácil: mero aborrecimento vira indenização na indústria do dano*. Disponível em:

<<http://conjur.estadao.com.br/static/text/37145,1>>. Acesso em: 21 set.2007.

BERNARDI, Raquel Grellet Pereira. *Moral damages in Brasil and punitive damages in United States of America: a comparative study*. Dissertação (mestrado em direito comparado). Estados Unidos: Universidade Samford, 2006

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*. Biblioteca de Teses. São Paulo: Renovar, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *O dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, 1994.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRAGA NETTO, Felipe P. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo Código Civil*. In: BRANCO, Gerson L. C; MARTINS-COSTA, Judith (orgs.). *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2002.

BRANDÃO, Caio Rogério da Costa. *Dano moral: valoração do quantum e razoabilidade objetiva*. In: *Dano Moral e sua Quantificação*, Caxias do Sul: Plenum, 2007. 1 CD-ROM. ISBN 978-85-88512-18-4.

BRAUDO, Serge. *Dictionnaire du droit prive*. Disponível em: <<http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/dommage.php>>. Acesso: 27 nov.2007.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 10. ed. rev. atual. vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

CÂMARA DOS DEPUTADOS FEDERAIS. Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 20 dez. 2007

CAPERNA, Heloísa. *O abuso do direito no Código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*. In: TEPEDINO, Gustavo. (coord). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 377-396.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 6. ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003, vol 1.

CASTELO, Jorge. Pinheiro. *Teoria geral da responsabilidade civil e obrigações contratuais do empregador perante o novo código civil*. Disponível em: <http://www.trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev22Art4.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. rev. aum., atual. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Súmula 7 do STJ*. Disponível em: <<http://www.neofito.com.br/artigos/art01/pcivil34.htm>>. Acesso em: 05 jan. 2008.

CHAVES, Antônio. Responsabilidade civil – atualização em matéria de responsabilidade por danos morais. *Revista Jurídica*, São Paulo, n. 231, jan./97.

CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS. Disponível em: <<http://www.confap.pt/docs/codcivil.PDF>>. Acesso em: 28 dez.2007.

COLIN, Ambrosio; CAPITANT, H. *Curso elemental de derecho civil*. 3.ed. española. Tomo terceiro. Madrid: Instituto Editorial Réus, 1951.

CORDEIRO, Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984, v. 2.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. São Paulo: Renovar, 2005.

DANNO BIOLÓGICO. Disponível em: <<http://www.avvocatiditolmezzo.it/biologico.htm>>. Acesso em: 24 dez. 2007.

DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. rev. atual. vol 1. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. vol. IV. Salvador: JusPODIVM, 2007.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade civil*. vol 7. 21. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ERPEN, Décio Antônio. O dano moral e a desagregação social. In: *Dano Moral e sua Quantificação*. Caxias do Sul: Plenum, 2007. 1 CD-ROM. ISBN 978-85-88512-18-4.

FACCHIN NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. *Revista Jurídica*, São Paulo, n. 356. jun./2007, p. 31-76.

_____. A função social do direito privado. *Revista Jurídica*, São Paulo, n. 349, nov./2006, p. 53-92.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil: teoria geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2 ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e a análise do eu*. Disponível em: <<http://www.traco-freudiano.org/tra-lacan/formacoes-inconsciente/sem-2504junho1958.pdf>>. Acesso em: 15. jan. 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. vol. III. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Novo Curso de Direito Civil: parte geral*. 8. ed. rev. atual. e ref. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAMA, Ricardo Rodrigues. Moral e Direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ano 96, v. 831, jan./2005, p. 728-756.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral - introdução*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16. ed. rev. atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. rev. atual. aum. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro:Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 9, ed. rev. de acordo com o novo código civil (Lei 10.406 de 10-1-2002). Saraiva: São Paulo, 2005.

GOUVEIA, José Roberto Ferreira; SILVA, Vanderlei Arcanjo da. Quantificação dos danos morais pelo Superior Tribunal de Justiça. In: *Dano Moral e sua Quantificação*. Caxias do Sul: Plenum, 2007. 1 CD-ROM. ISBN 978-85-88512-18-4.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Trad. João Vasconcelos. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

JANSEN, Euler Paulo de Moura Jansen. A Fixação do Quantum Indenizatório do Dano Moral. In: *Dano Moral e sua Quantificação*. Caxias do Sul: Plenum, 2007. 1 CD-ROM. ISBN 978-85-88512-18-4.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal: parte geral*. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1998, vol I.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEITE, Gisele. *Considerações sobre ato ilícito*. Jus Vigilantibus, Vitória, 22 jan. 2006. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/19847>. Acesso em: 13 maio 2007.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *Pautas para a interpretação do art. 187 do novo Código Civil*. Revista dos Tribunais, São Paulo, Ano 94, v. 838, ago./2005, p. 11-41.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 22 dez. 2007

_____. *Danos morais e direitos da personalidade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>>. Acesso em: 28 nov. 2007.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de conhecimento*. 4. ed. rev. atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. *Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no nCC (estruturas e rupturas em torno do art. 187)*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?op=true&cod=1726>. Acesso em: 01 jun. 2007.

_____. *A boa-fé no direito privado*. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: MARTINS-COSTA, Judith (coord). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitives damages e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília, n.28, jan./mar. 2005, p. 15-32.

MATOS, Enéas de Oliveira. *Considerações sobre os danos morais reflexos*. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/textos/x/95/55/95/DN_consideracoes_sobre_os_danos_morais_reflexos.doc>. Acesso em: 27 dez. 2007.

MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros. *Indenização por dano moral: evolução da jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/Discursos/0001089/Indeniza%C3%A7%C3%A3o%20por%20Dano%20Moral%20-%20Evolu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Jurisprud%C3%Aancia.doc>>. Acesso em: 03 set. 2007.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. *Elementos de Responsabilidade Civil por Dano Moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. São Paulo: Renovar, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual (Terceira Série)*. São Paulo: Saraiva, 1984.

- MORETTI, Ivan Cesar. A indenização por danos morais no STJ. In: *Dano Moral e sua Quantificação*. Caxias do Sul: Plenum, 2007. 1 CD-ROM. ISBN 978-85-88512-18-4.
- NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa: de acordo com o novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. vol I. São Paulo: Saraiva, 2003.
- OLIVEIRA, Marcius Geraldo Porto de. *Dano moral – Proteção jurídica da consciência*. 3. ed. São Paulo: LED Editora de Direito, 2003.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O dano moral na relação de emprego*. 3. ed. amp. rev. atual. São Paulo: LTr, 2002.
- PASSOS, J. J. Calmon de. O imoral nas indenizações por dano moral. In: *Dano Moral e sua Quantificação*. Caxias do Sul: Plenum, 2007. 1 CD-ROM. ISBN 978-85-88512-18-4.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. vol 1. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. *Instituições de direito civil: fonte das obrigações*. 3. ed. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- _____. *Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. A estrutura normativa das normas constitucionais. Notas sobre a distinção entre princípios e regras. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (orgs.). *Os princípios da Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PINHO, Débora; MILÍCIO, Gláucia. *Preço moral: juízes fixam indenizações maiores para danos menores*. Disponível em: < <http://conjur.estadao.com.br/static/text/53979,1>> . Acesso em: 04 jan. 2008.
- PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral: prevención/reparación/punición: el daño moral em las diversas ramas del Derecho*. Buenos Aires: Hammulabi, 1996.
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Visão geral do novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>>. Acesso em: 23 nov. 2007.

_____. *Direitos da Perosnalidade*. Disponível em:
<<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Acesso em: 30 nov.2007.

REIS, Clayton. *Avaliação de dano moral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Dano moral*. 4. ed. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Traite élémentaire de droit civil de plainol: tome deuxième – obligations, contrats, sûretés réelles*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Juridprudence, 1952.

_____. *A regra moral nas obrigações civis*. Trad. O. de Oliveira. São Paulo: Saraiva, s/d, n. 181.

ROCHA, Ibraim José das Mercês. *Interesses metaindividuais à luz dos conceitos da teoria da sociedade de Niklas Luhmann*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 42, jun. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=817>>. Acesso em: 12 maio 2007.

RODRIGUES, Dirceu. *Brocardos Jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1948.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 10. ed. vol IV. São Paulo: Saraiva, 1986.

ROSEVALD, Nelson. *Dignidade da pessoa humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. rev. amp. autal. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Fortaleza: Celso Bastos Editora, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo código civil. In: *Dano Moral e sua Quantificação*. Caxias do Sul: Plenum, 2007. 1 CD-ROM. ISBN 978-85-88512-18-4.

SILVA, Américo Luis Martins da. *O dano moral e sua reparação civil*. 3. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

SILVEIRA, Anarita Araújo da; CARDOSO, Janaína da Silva. Consagração do dano moral ambiental – castigo duplicado ao poluidor. In: *Dano Moral e sua Quantificação*. Caxias do Sul: Plenum, 2007. 1 CD-ROM. ISBN 978-85-88512-18-4.

STJ. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> . Acesso em: 10 nov. 2007

STF. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 09 nov. 2007

STOCO, Rui. *Abuso do Direito e Má-fé Processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Responsabilidade civil no código civil francês e n código civil brasileiro (estudos em homenagem ao bicentenário do código civil francês). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ano 94, v. 831, jan./ 2005, p. 11-58.

_____. *Tratado de responsabilidade civil*. 5. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SUNSTEIN, Cass; KAHNEMAN, Daniel; SCHKADE, David. *Assessing punitive damages (with notes on cognition and valuation in law)*. Disponível em: <<http://www.questia.com/googleScholar.qst?docId=5001346588>>. Acesso em: 03 fev.2008.

TARTUCE, Flávio. *Professor Flávio Tartuce – direito civil*. Disponível em: <<http://professorflaviotartuce.blogspot.com/>>. Acesso em: 01 dez. 2007.

_____. *Questões controvertidas quanto à reparação por danos morais. Aspectos doutrinários e visão jurisprudencial*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 876, 26 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7586>>. Acesso em: 09 jan. 2008.

TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Temas de direito civil*. 2. ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 278, dez./2000, p. 5-21.

_____. Crise de fontes normativas e técnicas legislativas na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (coord). *A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. XV-XXXIII.

THEODORO JUNIOR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. vol. III, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Dano moral*. 4. ed atual e amp. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

TOLOMERI, Carlos Young. A noção de ato ilícito e a teoria do risco na perspectiva do novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord). *A parte geral do novo código civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar. 2003.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Disponível em <www.tjmg.gov.br>. Acesso em: 01 fev. 2008

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 23 nov. 2007

VALENÇA, Alexandre; CHALUB, Miguel; MENDLOWICZ Mauro; MECLER, Kátia; NADIR, Antônio Egidio. *Conceito de responsabilidade penal em psiquiatria forense*. Disponível em: <[http://www.ipub.ufrj.br/documentos/JBP\(3\)2005_\(248-252\).pdf](http://www.ipub.ufrj.br/documentos/JBP(3)2005_(248-252).pdf)>. Acesso em: 01 jul.2007.

VALLER, Wladimir. *A reparação do dano moral no direito brasileiro*. 3. ed. Campinas: E. V. Editora LTDA, 1995.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 6. ed. Coimbra: Almedina, Vol. I, 1989.

VELOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil – arts. 1ª a 6ª*. 2. ed. rev. aum. Belém: Unama, 2006.

VENOSA, Silvio de Sávio. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. atual de acordo com o novo código civil. estudo comparado com o código civil de 1916. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnold. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ano 95, v. 845, mar./ 2006, p. 82-94.

WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. *Robinson Crusué*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Robinson_Crusoe>. Acesso em: 19 jul.2007.

_____. *Ur-Nammu*. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Ur-Nammu>>. Acesso em: 02 jun.2007.

ZAFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ZANETTI, Robson. *A vida é o limite do dano moral*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 326, 29 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5207>>. Acesso em: 09 jan. 2008.

ZENUN, Augusto. *Dano moral e sua reparação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.