

**UNIVERSIDADE DE GRANADA
ESPANHA**

**DANO MORAL: DO RECONHECIMENTO À
PROBLEMÁTICA DA QUANTIFICAÇÃO**

JULIANA FEHRENBACH COITINHO

2012

Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor: Juliana Fehrenbach
D.L.: GR 2226-2013
ISBN: 978-84-9028-638-8

Tesis Doctoral presentada por la Lcda. Juliana Fehrenbach Coitinho,
en el marco del Programa de Doctorado “Análisis interdisciplinar de la
Responsabilidad Civil”, para la obtención del grado de Doctora en Derecho,
y dirigida por la Prof.^a Dra. María Del Carmen García Garnica y el Prof. Dr.
Rafael Rojo Álvarez-Manzaneda.

-

SUMÁRIO

ABREVIATURAS.....	8
INTRODUÇÃO.....	9
 CAPÍTULO I – RESPONSABILIDADE CIVIL	
1 Aspectos Introdutórios.....	21
2 Pressupostos da Responsabilidade Civil.....	35
2.1 Ação ou Omissão do Agente.....	36
2.2 Dano.....	45
2.3 Nexu Causal.....	61
2.4 “Critério de Imputação”.....	65
2.4.1 Responsabilidade Civil por culpa ou subjetiva.....	68
2.4.2 Responsabilidade Civil por risco ou objetiva.....	73
3 Causas Excludentes da Responsabilidade.....	80
3.1 Legítima Defesa.....	86
3.2 Estado de Necessidade.....	100
3.3 Exercício Regular de um Direito e Estrito Cumprimento de um Dever Legal.....	112
3.4 Força Maior e Caso Fortuito.....	120
3.5 Culpa Exclusiva da Vítima.....	135
3.6 Outras Causas de Irresponsabilidade.....	143

CAPÍTULO II – DANOS MORAIS

1 Introdução ao tema.....	156
2 Evolução Histórica dos Danos Morais	158
3 Conceituação de Danos Morais.....	185
3.1 Danos Morais e meros aborrecimentos.....	190
3.2 A má-fé dos demandantes nas ações de danos morais almejando enriquecimento ilícito.....	199
4 O tratamento do dano moral na vigente legislação brasileira.....	205
5 Danos Puramente Morais e Danos Patrimoniais.....	208
5.1 Danos Extrapatrimoniais.....	208
5.2 Danos Morais Puros.....	210
6 Danos Morais provenientes de relações jurídicas contratuais e extracontratuais.....	221
6.1 Danos morais oriundos do descumprimento contratual no ordenamento jurídico brasileiro.....	224
6.2 Doutrina e previsão legal dos danos morais oriundos do contrato no ordenamento jurídico espanhol.....	228
6.3 Danos morais oriundos de relação jurídica contratual e a posição de outros ordenamentos jurídicos	240
6.3.1 Alemanha.....	240
6.3.2 Reino unido.....	243

6.3.3 Estados Unidos.....	246
6.3.4 França.....	248
6.3.5 Argentina.....	249
6.3.6 Itália.....	250
6.3.7 Chile.....	254
7 Provas do Dano Moral.....	256

CAPÍTULO III – DANOS MORAIS E PESSOAS JURÍDICAS

1 Pessoa Jurídica e Responsabilidade Civil.....	269
2 Pessoa Jurídica como titular dos Direitos da Personalidade	274
3 Fundamentos para os Danos Morais sofridos por Pessoas Jurídicas.....	279
3.1 Teorias que negam a possibilidade da figuração ativa da Pessoa Jurídica na ação de indenização por danos morais.....	285
3.2 Impertinências das Teorias que negam a possibilidade da figuração ativa da Pessoa Jurídica na ação de indenização por danos morais.....	287
3.3 A problemática questão do “abalo de crédito” como fundamento da concessão de dano às Pessoas Jurídicas.....	294
4 Tratamento jurisprudencial dos danos morais com respeito às Pessoas Jurídicas.....	297

4.1 Pessoa Jurídica e Dano Moral nos Tribunais Brasileiros.....	300
4.2 Pessoa Jurídica e Dano Moral nos Tribunais Espanhóis	302

CAPÍTULO IV – QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL

1 Problemática da Quantificação.....	310
2 Caráter Punitivo e Compensatório.....	312
3 Teoria do Valor do Desestímulo.....	315
4 Critérios para apuração do <i>Quantum Indenizatório</i>	324
4.1 Sistema da Tarifação.....	324
4.1.1 No Brasil.....	324
4.1.2 Na Espanha: os “ <i>baremos de daño</i> ”.....	335
4.1.2.1 Constitucionalidade dos “ <i>baremos de daño</i> ”.....	338
4.1.2.2 A questão da obrigatoriedade dos “ <i>baremos de daño</i> ” e a sua aplicação fora do âmbito de acidentes envolvendo circulação de veículos automotores.....	341
4.1.2.3 “ <i>Las Tablas del Anexo del RDL 8/2004</i> ”	347
4.2 Arbítrio Judicial.....	349
4.3 Proposta de Equação Matemática.....	354
4.4 “ <i>Standars Jurídicos</i> ”.....	359
4.5 Condições Pessoais das Partes.....	363
5 Equidade como critério de mensuração da Indenização.....	373

5.1 Modalidades de Equidade.....	380
5.2 Equidade no Novo Código Civil Brasileiro.....	391
5.3 Equidade e Dano Moral.....	393
6 Maneiras de Reparação do Dano.....	397
6.1 “ <i>In Natura</i> ”.....	397
6.2 Pecuniária.....	401
6.3 “ <i>Compensatio Lucri cum Dano</i> ”.....	406
6.4 O valor Justo.....	411
CONCLUSÃO.....	416
BIBLIOGRAFIA.....	431

ABREVIATURAS

ADPF: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CC: Código Civil

CC/1916: Código Civil Brasileiro de 1916

CC/2002: Código Civil Brasileiro de 2002

CE: Constituição Espanhola

CF: Constituição Federal do Brasil

CP: Código Penal

CPC: Código de Processo Civil

LICC: Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro

LO: lei orgânica

OAB: Ordem dos Advogados do Brasil

RDL: Real Decreto Legislativo

SAP: Sala de Audiência Provincial

SSTS: Sentenças do Tribunal Supremo Espanhol

STC: Sentença Tribunal Constitucional

STS: Sentença do Tribunal Supremo Espanhol

STF: Supremo Tribunal Federal Brasileiro

STJ: Superior Tribunal de Justiça Brasileiro

TC: Tribunal Constitucional Espanhol

TJ/RS: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TJ/SP: Tribunal de Justiça de São Paulo

TJ/RJ: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva estudar o dano moral, partindo do seu reconhecimento até a sua quantificação. As questões relacionadas aos danos morais estão envoltas em discussões acadêmicas, doutrinárias e jurisprudenciais e, por isso, o assunto torna-se tão importante. Ademais, por ser um instituto tão atrelado ao sentimento humano é ainda mais polêmico. Afinal, é possível atribuir um valor à dor? Qual o valor da dor? As pessoas jurídicas podem sofrer danos morais? Por esses motivos e tantos outros, requer um estudo aprimorado e detalhado. Ao longo deste trabalho, vamos enfrentar estas questões.

A indenização por danos morais tornou-se um dos assuntos mais frequentemente debatido entre os operadores do direito, e vem ocasionando problemas de grandes proporções. O espaço de tempo entre a absoluta negação do instituto e o seu amplo reconhecimento, abrangendo o maior número de situações, por assim dizer, foi muito curto. E hoje nos deparamos com uma realidade assustadora, pois os tribunais estão abarrotados de processos cujo pedido consiste em uma indenização por danos morais.

Não há dúvida de que este processo se deve, sobretudo, a um amadurecimento da sociedade, a medida em que a população está mais consciente de seus direitos e menos tolerante à agressões contra eles. Por esta razão, recorre ao judiciário com maior frequência. Contudo, o que deveria ser a solução para os problemas, não raramente tem se tornado um problema. Em outras palavras, estamos diante da “indústria do dano moral”. Nos deparamos com verdadeiros absurdos jurídicos. Uma verdadeira deturpação do instituto, em que qualquer discussão sem relevância ou meros dissabores

cotidianos, tornam-se ações judiciais objetivando indenização que, não raramente, são pleiteadas em valores “milionários”. Isso, sem mencionar determinados casos em que a suposta “vítima” cria uma situação de “dano moral”, para futuramente pleitear indenização, objetivando, assim, um enriquecimento ilícito.

Acreditamos e defendemos que deve haver uma postura firme por parte dos operadores do direito, jamais no sentido de reprimir o instituto, mas de aplicá-lo corretamente àqueles casos de comprovada situação de abalo moral. E isso só é possível por meio de um processo dialético.

Ademais, o instituto dos danos morais é ainda muito recente, tanto no ordenamento jurídico Brasileiro como no Espanhol, o que certamente contribui para que dúvidas, incertezas, injustiças e até mesmo equívocos ocorram.

No Brasil, o instituto passou por uma paulatina evolução, desde sua total negação, passando por sua aceitação apenas quando houvesse reflexos patrimoniais, até sua aceitação definitiva e, por conseguinte, sua indenizabilidade. Mas foi apenas em 1988, com o advento da nova Constituição Federal, que houve o reconhecimento expresso do dano moral. Em 2002, tal possibilidade também foi positivada no novo Código Civil. Até então, tudo o que tínhamos a respeito do assunto era de construção doutrinária e jurisprudencial, datando de 1975 o primeiro julgado em que foi reconhecida a indenização por danos morais. Assim, desde então, ocorre uma busca incessante para a definição detalhada das mais diversas situações ocasionadoras de danos morais e os reflexos na sua indenização.

Na Espanha e demais países europeus, a jurisprudência é a grande criadora dos conceitos de honra e de indenização por danos morais. E assim como ocorreu na maioria dos ordenamentos jurídicos, o instituto passou pela absoluta negação, evoluindo até a sua aceitação. Na atualidade, pode-se afirmar

que a Espanha figura dentre aqueles países europeus onde a interpretação dos danos morais é bem ampla e flexível, se contrapondo ao entendimento alemão, por exemplo, que possui um ordenamento jurídico restritivo quanto ao dano moral, admitindo-o em poucas situações e quase somente quando a origem é uma relação jurídica extracontratual.

No âmbito constitucional, a regulação dos direitos da personalidade teve início na Constituição Espanhola de 1978, mas não houve menção expressa aos danos morais. O Código Civil Espanhol também não elenca os danos morais expressamente, embora exista um projeto de Lei para incluí-lo. A previsão expressa de dano moral e a possibilidade de indenizá-lo, surgiu com a Lei Orgânica de 5 de maio de 1982, que trata da proteção à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem.

Contudo, o dano moral é largamente reconhecido na Espanha, tanto pela jurisprudência como pela doutrina, e há um consenso na opinião dos operadores do direito, no sentido de que o atual artigo 1902 do Código Civil, deve ser interpretado de modo a compreender também os danos morais.

Assim, objetivamos estudar esta busca constante pelo aprimoramento do instituto, bem como o esforço da doutrina e da jurisprudência na construção de conceitos a fim de contemplar princípios como o da dignidade humana, sem nunca se dissociar da tão almejada segurança jurídica.

Ao longo do trabalho serão abordadas questões indispensáveis à compreensão daquilo que vem a ser o dano moral. Parte-se da caracterização da responsabilidade civil, chegando até o “quantum” indenizatório. De acordo com os princípios basilares do direito, todo aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, comete ato ilícito, e a consequência, é o dever de indenizar. Assim, partindo desta premissa, torna-se indispensável o estudo dos artigos 186 e 927 do Código Civil Brasileiro, bem como do artigo 1.902 e seguintes do Código Civil

Espanhol, pois destes dispositivos legais são extraídos os pressupostos de toda a responsabilidade civil - ação ou omissão do agente, dano, nexos de causalidade e culpa do agente -, sem os quais não há falar em responsabilidade, muito menos responsabilidade por dano moral.

É possível definir responsabilidade civil, como a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam¹. De forma simples, podemos dizer que o objetivo primordial, é reparar o dano sofrido pela vítima de um fato ilícito. Todo ato produz um resultado e, não raras vezes, este resultado pode produzir efeitos negativos para uma determinada pessoa que, por conseguinte, pode sofrer um dano, razão pela qual, aquele que produziu o dano tem de ser obrigado a repará-lo.

Tanto na responsabilidade civil, como na penal, encontra-se basicamente, infração a um dever por parte do agente, só que no crime, o delinqüente infringe uma norma de direito público e seu comportamento perturba a ordem social, provocando uma reação do ordenamento jurídico. Já no ilícito civil, o interesse diretamente lesado, é o privado. Isso é o que preceitua a regra lapidar da responsabilidade. Todavia, também se constata que determinadas condutas ainda que tenham a aparência de ilícitas, na verdade possuem a ilicitude excluída. São as chamadas causas excludentes da responsabilidade, que uma vez se operando, não podem ensejar indenização, porque autorizadas pelo ordenamento jurídico. Nestes casos, estamos diante de uma situação em que princípio fundamental da responsabilidade civil, “*neminem laedere*”, sofre mitigação. Dentre essas causas, que serão tratadas em capítulo apropriado, podemos destacar como mais importantes a legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de um direito, estrito cumprimento de um dever legal, força maior, caso fortuito e culpa exclusiva da vítima.

¹ SAVATIER, Renè, *Traité de La responsabilité civile*, 12^a ed., Ed. Librairie Générale, Paris, 1951.

No capítulo dois, enfrentaremos aspectos pontuais de suma importância a respeito do dano moral. Começaremos com uma breve evolução histórica dos danos morais no direito Brasileiro e no direito europeu, sobretudo na Espanha, com o objetivo de demonstrar que o instituto, em ambos os ordenamentos jurídicos, enfrentou e ainda enfrenta, sérias dificuldades, partindo de uma negação absoluta da possibilidade de indenizar os danos morais, chegando até a atualidade onde se vislumbra uma posição bem mais flexível por parte da doutrina e jurisprudência. Também a importância de alguns julgados, como o Recurso Extraordinário nº 80.158 de 1975, de autoria do Ministro e Presidente do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, Aliomar Baleeiro, que inaugurou a pedra fundamental na história jurídica do Brasil, reconhecendo a aceitação dos danos morais. Na Espanha, a STS de 06 de Dezembro de 1912 e a STS de 14 de Dezembro de 1917, esta última, em especial, porque inaugura o reconhecimento do dano moral puro na Espanha, dissociada da idéia de possíveis repercussões patrimoniais.

Além disso, também de suma importância, impõe-se destacar a influência do ordenamento jurídico francês no caminho percorrido pelos países europeus no que tange à indenização por danos morais, posto que foi na França que se desenvolveu mais fortemente, não só do ponto de vista doutrinário como também jurisprudencial, a concepção de dano moral. Este país é o grande responsável pela ampliação do conteúdo do instituto em toda Europa, principalmente devido à sua capacidade de inovar nos conceitos, criando novas espécies de danos morais - objeto de gradual elaboração por parte dos tribunais de justiça. O primeiro precedente de dano moral na França foi a Sentença de 15 de junho de 1833. Atualmente, é, sem dúvida, um dos ordenamentos jurídicos mais flexíveis de toda a Europa, contemplando a maior gama de situações possíveis ensejadoras de indenização por dano moral.

Outrossim, veremos que por ser esta espécie de dano uma criação quase que puramente doutrinária e jurisprudencial na Europa, torna-se muito difícil uma sistematização das espécies de danos morais, a medida em que eles foram sendo criados pelos ordenamentos jurídicos de cada País, conforme sua necessidade de

resposta aos prejuízos extrapatrimoniais verificados. Pode-se dizer que na maioria das legislações dos países europeus a tendência é admitir a reparação de todo dano, nele compreendido toda a moléstia, maltrato, perturbação, ofensa, ou seja, inclusive os danos morais. Mas torna-se impossível encontrar uma solução única para todas as legislações europeias, justamente porque existem ordenamentos jurídicos mais abertos, como é o caso da França, e ordenamentos jurídicos mais fechados, como a Alemanha, por exemplo.

Superada esta etapa da evolução histórica, exporemos as dificuldades de conceituação de dano moral e as diferentes opiniões doutrinárias a respeito, bem como a distinção entre dano moral e meros aborrecimentos, o que tem se revelado muito importante na situação atual dos tribunais, considerando que há um “excesso” por parte dos jurisdicionados quando postulam suas pretensões. Não há que confundir aquele abalo emocional que origina o dano moral, com o mero aborrecimento do dia-a-dia. Este último, jamais poderá ocasionar indenização, uma vez que faz parte daqueles dissabores cotidianos que o simples fato de viver em comunidade impõe. É importante o critério do homem médio, o *bônus pater familias*: não se leva em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com quaisquer fatos 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 a ele decidir conforme o caso concreto, de acordo com as circunstâncias. Felizmente, este tem sido o entendimento dos Tribunais, e com isso, aos poucos caminhamos no sentido de desencorajar aqueles que recorrem ao Poder Judiciário para postular verdadeiros absurdos jurídicos.

Adiante, ingressaremos em um dos pontos mais controvertidos do dano moral, qual seja, o tipo de relação jurídica que possibilita o seu reconhecimento. Afinal, alguém pode ser vítima de dano moral numa relação jurídica extracontratual e também na contratual? Em primeiro lugar, vale adiantar que quanto às relações jurídicas extracontratuais não há dúvida, a resposta é afirmativa. É pacífico tanto na jurisprudência como na doutrina, seja no Brasil, seja na Espanha. Entretanto, o dano moral derivado das relações jurídicas contratuais é bastante controvertido, isso porque

na responsabilidade civil contratual, antes do dever de indenizar, foi estabelecida entre as partes uma relação jurídica revelada em um contrato, cuja violação importa em responsabilidade. Portanto, nessa modalidade de responsabilidade, as partes já possuem uma proximidade específica, que cria – por força dos regramentos por elas estabelecidos – uma série de expectativas de condutas recíprocas, traduzidas no dever de adimplir. Ou seja, o que liga as partes não é o dano, mas o contrato, ao contrário do que ocorre na responsabilidade extracontratual. Assim, há quem sustente que uma indenização por danos morais nesta hipótese seria excessiva, a medida em que ultrapassaria os limites previstos no próprio contrato para o caso de quebra contratual. Essas relações jurídicas são palpadas pela previsibilidade dos efeitos, definidos previamente pelas partes, e eventual condenação em danos morais, iria além desta expectativa, e, por isso, entendem seus defensores que tal prática é abusiva. Por outro lado, há quem defenda que mesmo quando a relação tiver origem contratual deve ser alcançada pela indenização por danos morais, se presentes os requisitos. No entanto, é preciso que ocorram consequências mais graves que o simples descumprimento do contrato, ou seja, que os efeitos gerados pelo inadimplemento estejam além daqueles previstos previamente. Nesse contexto se desenrolam as discussões sobre o tema, e o objetivo é buscar o posicionamento dos tribunais brasileiros e espanhóis, que como veremos no decorrer do trabalho, é no sentido de aceitar a possibilidade de indenização por danos morais oriundos de uma relação jurídica contratual.

Ainda sobre a natureza jurídica da relação que dá origem ao dano moral abordaremos brevemente a posição de outros ordenamentos jurídicos, além do Brasileiro e do Espanhol, como Estados Unidos, Alemanha, França, Reino Unido, Itália, Argentina e Chile.

Ademais, com o presente estudo pretendemos salientar que todas as questões atinentes aos danos morais estão envoltas em controvérsias, polêmicas e, em poucos assuntos relacionados ao tema, há unanimidade de posições. Aqueles que buscam a solução para o seu conflito perante o Poder Judiciário, não raramente, sofrem com as decisões dos tribunais, porque são as mais variadas possíveis. Às vezes, casos praticamente idênticos, possuem decisões absolutamente distintas, porque cada

magistrado é partidário de uma posição jurídica. E isso só ocorre porque os conceitos de dano moral são muito abertos, cabendo a cada operador do direito fazer a sua interpretação diante do caso concreto. Talvez, essa seja a maneira mais aproximada de fazer justiça, mas claro, imperfeita. Aliás, perfeição, é uma palavra que não encontra respaldo quando se trata de direitos relacionados ao ser humano. Esta é uma expressão comum nas ciências exatas, tão somente. Por isso, talvez a questão mais difícil de todo o estudo sobre o dano moral, está na fixação do *quantum indenizatório*. Quando estamos diante de um dano patrimonial, é simples a aferição. Basta verificar em quanto a vítima teve seu patrimônio diminuído, e fixar o valor. O mesmo não ocorre no dano moral, porque para este não há qualquer critério objetivo aplicável.

Discute-se a natureza desse dano moral. Pois este valor a ser desembolsado pela parte teria natureza punitiva, ressarcitória, ou, ambas? Certamente o mais apropriado é admitir o seu caráter dúplice, isto é, compensatório e punitivo. Esta é a linha seguida pelos tribunais, e certamente, a mais justa, sobretudo porque não há um critério único adotado.

No Brasil, no que tange ao *quantum indenizatório*, tanto a Constituição Federal como o Código Civil são omissos, razão pela qual veremos que a jurisprudência adota como regra o arbítrio judicial. Em razão disso, torna-se tão importante a figura do juiz, já que é ele, que diante do caso concreto fixará o valor que entender justo, de acordo com os critérios que subjetivamente acreditar corretos.

Ao longo deste estudo, pretendemos expor os diferentes critérios de apuração do valor do dano moral - dentre os quais estão o sistema da tarifação, o arbítrio judicial, as condições pessoais das partes, dentre outros -, bem como ressaltar que o sistema da tarifação para os danos morais já encontrou respaldo na legislação brasileira, mas que hoje, encontra-se superado.

Na Espanha, nos deparamos com uma realidade um pouco distinta. De

um modo geral, o quantum da indenização por danos não patrimoniais será apurado pelos tribunais de acordo com as circunstâncias do caso, tomando por base o critério da prudência e razoabilidade na determinação final da indenização. Contudo, também no ordenamento jurídico espanhol, encontramos a previsão legal do tabelamento dos danos causados às pessoas envolvendo acidentes com veículo automotor. São os chamados “*Baremos de Daño*”. Neste caso, até mesmo os danos morais ficam restritos ao disposto na lei.

A Espanha é o único país europeu que possui um sistema de tabelamento vinculante de responsabilidade civil, pois outros países como Itália, França e Alemanha, por exemplo, até possuem a previsão do tabelamento, mas este tem o cunho apenas de orientar, não se revelando obrigatório.

O sistema de “*baremos de daño*” foi introduzido na Espanha pela Lei 30/1995, de 8 de novembro, atualmente substituída pelo Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de outubro, instituindo assim a “*Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor*”. Importante salientar, que este diploma legal sofreu muitas críticas, levantando dúvidas inclusive sobre a sua constitucionalidade. Dentre os fundamentos da suposta inconstitucionalidade, destacava-se a afronta ao Princípio da Igualdade, consubstanciado no artigo 14 da Constituição Espanhola, bem como, a ofensa ao artigo 15 do mesmo diploma, sob o argumento de que não dispensava a devida proteção ao direito a vida e à integridade física. E ainda, enfrentava críticas no sentido de que restringia as faculdades jurisdicionais dos juízes e tribunais. Contudo, tais argumentos foram objeto de apreciação do Tribunal Constitucional, que por meio da Sentença 181/2000, de 29 de junho, declarou constitucional² o *sistema de baremos* previsto no RDL 8/2004,

² Apenas uma pequena parte foi declarada inconstitucional, no que diz respeito a aplicação dos baremos aos prejuízos econômicos derivados do dano pessoal da *Tabla V*, relativa a incapacidade temporária. O Tribunal Constitucional considerou que a falta de individualização do lucro cessante era arbitrária induzindo a uma suposta desproteção dos bens da personalidade previstos no artigo 15 da Constituição Espanhola.

afirmando a sua vinculação e, com isso, obrigando os tribunais a corrigir uma linha manifestamente contrária.

Evidente que este sistema de tabelamento tem suas implicações no ordenamento jurídico como um todo, e como não poderia deixar de ser, também no instituto do dano moral, porque não raras vezes é utilizado por analogia a casos de lesões corporais fora de acidentes de trânsito. E esta, tem se tornado uma prática cada vez mais comum na Espanha, sobretudo, pela objetividade do critério de apuração do *quantum* indenizatório utilizada nos *baremos*. Essas hipóteses e seus desdobramentos, bem como críticas doutrinárias a respeito, serão minuciosamente estudadas ao longo do trabalho.

Ainda sobre fixação do *quantum* indenizatório do dano moral na Espanha, abordaremos a Lei que trata sobre a proteção a honra, intimidade pessoal e familiar e a própria imagem (LO 1/1982), devido à importância do artigo 9.3, que embora não estabeleça um critério objetivo, fornece um norte para o julgador no momento de fixar o valor, e que também tem sido aplicado por analogia a outros casos semelhantes.

Outrossim, o objetivo é trazer todas as teorias a respeito da quantificação, bem como os seus aspectos positivos e negativos, contribuindo para um aprimoramento no assunto, desvendando todos os caminhos a serem seguidos.

Por fim, o presente trabalho adentrará na questão da indenização por danos morais no que diz respeito às pessoas jurídicas. Por serem estas uma ficção jurídica, não possuem vontade, no sentido estrito da expressão. E também por isso, não podem incorrer em culpa. Contudo, não significa que não possam contrair responsabilidade civil própria em virtude dos atos de seus órgãos. Todavia, especificamente sobre a possibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito ativo em uma ação de indenização por danos morais, há diversos

posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

Alguns julgadores defendem tal possibilidade, e conseqüentemente indenizam a pessoa jurídica, sob o fundamento de que esta possui uma honra objetiva, como o nome, a imagem, a reputação, e por isso, eventual dano ocasionado a esses bens, faz gerar o direito à indenização por danos morais. Já outros, negam fervorosamente a indenização por danos morais para pessoas jurídicas. Dentre os fundamentos da tese negativista, sustenta-se que a natureza dela é incompatível com o instituto, já que não é capaz de sentir dor, desânimo e outros sentimentos próprios do ser humano. Seriam, pois, para os efeitos dos danos morais, as pessoas jurídicas meras abstrações, não tendo mais vida que a que lhes é emprestada pela inteligência ou pelo direito.

Todas essas divergências serão objeto de um detalhado estudo. Contudo, neste momento, resta-nos salientar, que como regra geral, tanto no Brasil como na Espanha, admite-se que a pessoa jurídica receba indenização por danos morais, mas não é nada pacífico. Na verdade, estamos longe de uma solução capaz de trilhar um caminho único. E, enquanto isso não ocorre, resta aos operadores do direito adequar-se à realidade.

Com o intento de buscar caminhos e também de contribuir para que as dificuldades sejam combatidas, expondo todos os posicionamentos de maneira séria, com a devida atenção aos pontos mais críticos do instituto, é que desenvolveremos este trabalho. Somos conscientes de que soluções concretas e definitivas, nem sempre existem, principalmente, porque estamos tratando de ciências humanas, o que requer uma adaptação constatante, a fim de ajustar os conceitos a cada grupo social, em sua época.

CAPÍTULO I
RESPONSABILIDADE CIVIL

1 Aspectos Introdutórios

O objetivo do presente trabalho é o estudo do dano moral, sobretudo a questão da valoração do dano, já que se trata de matéria tão controvertida na doutrina e principalmente nos Tribunais. Antes, porém, imprescindível, ainda que brevemente, trazer alguns aspectos básicos da responsabilidade civil possibilitando um entendimento mais amplo a respeito do tema.

Alguns conceitos fundamentais devem ser ventilados. Assim, neste primeiro momento deve se entender a importância da definição de responsabilidade civil.

De forma singela, podemos definir responsabilidade civil como a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam³. O objetivo primordial, é reparar o dano sofrido pela vítima. .

De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro⁴, todo aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, e a consequência, é o dever de indenizar.

No ordenamento jurídico espanhol a previsão é muito semelhante, de forma que reza o artigo 1902 do Código Civil: *“El que por acción u omisión causa daño a outro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar El daño causado”*.

³ SAVATIER, Renè, *Traité de La responsabilté civile*, 12ª ed., Ed. Librairie Générale, Paris, 1951.

⁴ Artigos 186 e 927 da Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro).

Todo ato tem uma causa, ou melhor, algo ou alguém que o tenha praticado. Todo ato produz um resultado, uma consequência, ou várias consequências. Estas consequências podem ter como alvo outras pessoas que não tenham participado da prática do ato. Estas consequências podem ser positivas ou negativas. Obviamente que, quando estamos diante de consequências de atos que foram praticados por outrem e que nos trazem resultados positivos, problema algum se oferece, pois, raramente alguém irá reclamar de consequências boas que venham a fazer parte de sua vida. O grande problema é quando o resultado oriundo da conduta de outrem causa um resultado negativo, um prejuízo, ou simplesmente, um dano.

E o que vem a ser o dano? De forma muito simples podemos dizer que "dano" é um resultado que causa ao lesado uma diminuição em um bem jurídico de que é titular. Aliás, dano é uma palavra que provém do latim "*damnu*" ou "*damnum*" que significa prejuízo, perda.

Sem dúvida é um dos pressupostos mais importantes da responsabilidade civil, porque sem dano não há que se falar em reparação. Porém, a questão que se coloca mais importante neste âmbito é a conceituação jurídica de dano, tendo em vista que uma das questões mais controvertidas é a delimitação dos danos indenizáveis⁵.

Importante definição é fornecida por CARNELUTTI⁶, pois para ele, dano é a lesão de um interesse juridicamente tutelado. Esta definição é bastante relevante a medida que possibilita a reparação tanto de bens materiais como imateriais. Assevera o autor, que o dano não atinge o bem em si, mas sim, a conexão da pessoa com o bem, ou seja, a relação existente entre um sujeito que experimenta uma necessidade e o bem apto a satisfazê-la. O dano fica, assim, definido como a lesão de um interesse juridicamente protegido, ou tutelado, quando não de um interesse juridicamente relevante, ou de qualquer interesse socialmente apreciável, ou simplesmente de interesses *tout court*.

⁵ Vid. *Capítulo I, "2.2 Dano"*.

⁶ CARNELUTTI, Francesco *Il Danno e Il Reato*, Bs. As. Libreria El Foro, Roma, 2004, pp. 256.

Existem duas grandes categorias de danos: os danos materiais e os danos morais.

Quando estamos diante de dano material, a questão é bem menos complexa. Segundo MARCIUS GERALDO PORTO DE OLIVEIRA⁷, nas reparações por danos materiais a caracterização é simples. Apura-se o prejuízo, envolvendo o dano efetivo e o lucro frustrado, causado com base em seu valor econômico e fixa-se o valor da compensação, recompondo-se a situação anterior, com restituição integral do prejuízo. Implica, literalmente, voltar as coisas ao estado que teriam se não houvesse ocorrido o fato danoso⁸. Vislumbra-se uma certa facilidade em enxergar o dano, porque ele é palpável, e pode facilmente ser convertido em pecúnia.

Por outro lado, expõe EDUARDO ZANNONI⁹ que existem danos cujo conteúdo não é dinheiro, nem uma coisa comercialmente reduzível a dinheiro, senão a dor, o espanto, a emoção, a afronta, a aflição física ou moral, e em geral, uma sensação dolorosa experimentada pelas pessoas atribuindo à palavra dor seu mais extenso significado. É neste contexto que se situa o dano moral, e certamente, é a categoria de danos que mais preocupa o operador do direito, sobretudo pela dificuldade em estabelecer uma delimitação de quais os danos morais são de fato indenizáveis. É deste tipo de dano que o presente trabalho se ocupa.

Ademais, esse dano que se verificou, que se fez presente na vida do lesado, seja material ou moral, não pode ficar irreparado, porque isso fere os preceitos basilares da justiça, uma vez que todo aquele que causa um prejuízo

⁷ PORTO DE OLIVEIRA, Marcius Geraldo, *Dano Moral – Proteção Jurídica da Consciência*, 3ª ed, Ed. LED – Ed. de Direito LTDA, São Paulo, 2003, p. 32.

⁸ Exemplificando podemos dizer que se uma pessoa possui um carro e este é abalroado por um motorista imprudente, seu dano será a desvalorização de seu automóvel, em razão de defeitos que irá apresentar, seja a lataria amassada, ou uma das rodas danificadas, ou qualquer outro problema na estrutura física do automóvel. Para que haja a reparação, basta calcular o montante que o proprietário irá desembolsar para pagar o conserto, além dos custos adicionais que teve enquanto ficou impossibilitado de utilizar seu automóvel. Houve um dano, um prejuízo, uma diminuição no patrimônio do lesado.

⁹ ZANNONI, Eduardo, *El danõ em la responsabilidad civil*, 2ª ed, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 22.

deve reparar o mesmo. A vítima não pode, ou pelo menos, não tem a obrigação de se manter inerte, de aceitar, pacificamente, os prejuízos que venha a sofrer em seu patrimônio, em decorrência de atitudes irresponsáveis e impensadas de outrem. Se todos se mantivessem resignados diante dos fatos da vida, a ciência jurídica perderia seu objeto e não mais teria razão de ser. Se o Direito é este complexo, este conjunto de normas que tem por objetivo dirimir conflitos de interesses, se estes se fizerem ausentes, esta ciência se torna despicienda..

Desde o exato momento em que o homem passou a viver em sociedade e, portanto, deixou seu estado selvagem, perdeu sua liberdade, pelo menos sob seu aspecto irrestrito. Expliquemos melhor. Em priscas eras, quando o homem ainda andava curvado e habitava cavernas, vivendo em seu estado mais selvagem, inegável é que detinha um tipo de liberdade muito diferente da atual. Seus limites eram muito mais amplos, incomensuráveis. Podemos dizer que a liberdade do homem primitivo era irrestrita. Primeiramente, porque sua liberdade não encontrava limites, pois não se tinha a idéia desses. Fazia o que queria e no momento que quisesse. Em segundo lugar, porque não havia nenhum vestígio dos postulados mais elementares de responsabilidade, ou melhor, de qualquer legislação tendente a restringir sua liberdade, em nome e em benefício do coletivo. Mesmo que suas atitudes viessem a causar um prejuízo a outrem, este restava irressarcido, pois tudo era uma questão de sobrevivência. A própria lógica da natureza impõe que os mais aptos sobrevivem, enquanto que, os menos aptos tendem a perecer. Afinal, quanto menos pessoas o homem primitivo tivesse ao seu lado, mais alimento e água ele teria à sua disposição. Quanto mais aumentasse o número de pessoas ao seu redor, maior era a competitividade.

Assim, destruir o oponente, o competidor, era uma regra que a própria natureza impunha aos seus protagonistas.

Todavia, a partir do momento em que o homem primitivo começou a perceber que a vida em grupo lhe trazia muito mais benefícios do que malefícios e, portanto, passou a viver em sociedade, a se agrupar com

pessoas de sua espécie, que comungavam das mesmas expectativas e que tinham o mesmo objetivo, a situação começou a ganhar um novo delineamento.

Em primeiro lugar, o homem perdeu sua irrestrita liberdade. Sua liberdade ganhou limites que até então lhe eram desconhecidos. Sua liberdade ia até o limite em que começava a esfera de liberdade de seu próximo. E esses limites tinham que ser respeitados.

Em segundo lugar, surgiu a consciência de que, se uma pessoa do grupo causava um prejuízo à outra, este dano não podia ficar irreparado. Algo precisava ser feito, inclusive para aplacar a fúria do lesado.

Entretanto, o que imperava era a Lei de Talião, era o "olho por olho, dente por dente". Um dano era reparado da mesma forma pela qual fora produzido. Assim, se uma pessoa cortasse a mão de outra, teria também sua mão cortada. A reparação ainda se encontrava muito mesclada à idéia de pena corporal e de vingança.

Para MARTÍNEZ SARRIÓN¹⁰, esse comportamento ia além da vingança, do ódio, pois havia a necessidade de fazer justiça com as próprias mãos, ante a ausência de um órgão supremo e imparcial para se socorrer.

Lembra-nos MARIA HELENA DINIZ¹¹, que para coibir abusos, o poder público intervinha apenas para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, produzindo na pessoa do lesante dano idêntico ao que experimentou.

Nesse sentido, também se manifesta o Prof. ORLANDO SOARES¹² que, em sua magnífica obra relata esta evolução, dizendo que historicamente, nas sociedades primitivas, de um modo geral, inclusive nas tribos ameríndias, já existiam

¹⁰ MARTÍNEZ SARRIÓN, Angel, "La evolución del derecho de daños", en *Derecho de daños*, Luis Ribó Durán Coordinador, Ed. Boch, Barcelona, 1992, p. 13.

¹¹ AGUIAR DIAS, José de, *Da Responsabilidade Civil*. 10ª ed., V. 2, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1997, p. 20.

¹² SOARES, Orlando, *Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro*, 2 ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1997, p. 22.

"relações de convivência" e "necessidade de respeito recíproco", reguladas através de normas, cuja violação implicava na retribuição do mal com o mal, na forma típica do talião (*retaliatio*), como forma de "vingança regulada e comensurada", daí afirmar-se que a justiça penal precede a justiça civil, como lembramos alhures.

A Lei de Talião encontra registro até mesmo na Bíblia. Assim está escrito em Êxodo 21; 23-24: *"Se houver dano, então pagarás vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferimento por ferimento, contusão por contusão"*.

Como se nota, mesmo em se tratando de um povo muito religioso, como eram os judeus, suas leis eram extremamente severas. Não havia a mínima noção de humanização e proporcionalidade em relação à pena a ser imposta ao condenado. Nessa época, e este fato merece destacado registro, as idéias de pena e reparação se confundiam. Apesar das semelhanças, os objetivos são bem diversos, como se verá mais adiante.

A pena capital era um recurso extremamente comum, corriqueiro na punição do infrator. Era a forma mais aceita de reparação-pena. Ainda nos socorrendo da Bíblia, o mesmo livro de Êxodo 21; 12-17, reza que *"Quem ferir mortalmente um homem, será punido de morte. Se não lhe fez tocaia mas Deus permitiu que caísse em suas mãos, eu marcarei um lugar onde possa refugiar-se. Mas se alguém tiver a ousadia de levantar-se contra o próximo para matá-lo à traição, deveras arrancá-lo até mesmo do altar para executá-lo. Quem ferir o pai ou a mãe, será punido de morte. Quem seqüestrar uma pessoa, quer a lenha vendido, ou ainda, se encontre em seu poder, será punido de morte. Quem amaldiçoar o pai ou a mãe, será punido de morte"*.

Assim, como se vê, recorrer à morte como forma de reparar o dano causado a outrem era uma constante. AGUIAR DIAS¹³ descreve como forma primitiva, talvez selvagem, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução

¹³ DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 12^a ed., V. 7, Ed. Saraiva, São Paulo, 1998, p. 9.

comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal.

Todavia, nos dias atuais, com o desenvolvimento das idéias de proporcionalidade da pena aplicada e de humanização das mesmas, a pena capital passou de regra à exceção. A Constituição Federal Brasileira de 1988, somente a admite em caso de guerra declarada¹⁴. Aquela época, essa situação se justificava porque, primeiro, religião e direito estavam tão fundidos, tão mesclados que eram uma única e mesma realidade. A pena a ser imposta ao infrator devia não apenas reparar o dano causado, mas também, e fundamentalmente, purificá-lo perante os olhos de Deus. E a morte era encarada como o ato supremo de purificação de uma alma pecadora. O conceito de crime ainda não era totalmente compreendido em todas as suas minúcias como o é nos dias atuais, e se confundia com o pecado. Assim, quem cometia um pecado cometia um crime, pois eram a mesma coisa. Todavia, com a sábia cisão entre direito e religião, essa realidade não mais pôde subsistir. A compreensão de lei e moral foi o ponto chave para a evolução do direito e definitiva separação de ambos, passando cada qual a ser estudado separadamente, cada um em seu campo de influência.

Somente muito posteriormente surge a idéia de compensação. Deveria se utilizar, ou melhor, se eleger um instrumento que proporcionasse ao lesado uma compensação pelo mal que sofreu.

Mas o mais importante é que surge a noção de responsabilidade, ou seja, a necessidade de se imputar, de se atribuir a alguém a titularidade do resultado danoso que se verificou em decorrência de uma atitude lesiva, seja comissiva, seja omissiva. Se houve dano, se houve prejuízo, aquele que concorreu para sua efetivação, deverá reparar o mal que causou.

Foi um processo lento até chegarmos a uma noção de responsabilidade, e devemos principalmente aos romanos noções básicas de vida em sociedade. Os antigos romanos, já traçavam regras basilares acerca da responsabilidade, as quais, são até hoje invocadas. Dentre as contribuições mais importantes, estão princípios cruciais como: *honeste vivere* – viver honestamente -, *suum*

¹⁴ Artigo 5º, XLVII: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”.

cuique tribuere – dar a cada um o que é seu - e *alterum non laedere* – não causar nenhum dano ao próximo.

Somente mediante a obediência a estes Princípios é que a vida em sociedade torna-se viável. RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ¹⁵ dá início aos seus comentários sobre o assunto, dizendo que *“el no causar daño a los demás es quizá, la más importante regla de las que gobiernan la convivencia humana”*.

A medida em que esses princípios são desrespeitados, causando dano ao outro, surge o instituto da responsabilidade civil, em que vigora a seguinte premissa: todo aquele que causar prejuízo a outrem, tem o dever de reparar. É o meio encontrado para reequilibrar uma relação afetada. Ou como ressalta ADRIANO DE CUPIS¹⁶, trata-se de *“una reacción del derecho para facilitar la represión del daño”*.

Outrossim, sendo o objetivo do presente trabalho se revestir de um mínimo de cientificidade, não podemos deixar de transcrever o conceito científico sobre o que seja responsabilidade civil.

Para MARIA HELENA DINIZ¹⁷, responsabilidade civil *“é a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou de animal sob sua guarda, ou ainda, de simples imposição legal”*.

DALLEGRAVE NETO¹⁸ sustenta que a responsabilidade civil, vista como instituto jurídico, não contém definição legal, contudo, doutrinariamente,

¹⁵ ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo de, *La responsabilidad civil*, 2ª ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1989, p. 21.

¹⁶ DE CUPIS, Adriano, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil, Traducción de Angel Martínez Sarrión*, Ed. Bosch, Barcelona, 1970, p. 82.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 12ª ed., V. 7, Ed. Saraiva, São Paulo, 1998, p. 34.

¹⁸ DALLEGRAVE NETO, José Affonso, *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*, 3ª ed., Ed. LTR, São Paulo, 2010, p. 100.

entende que pode ser concebida como a *sistematização de regras e princípios que objetivam a reparação do dano patrimonial ou a compensação do dano extrapatrimonial causados diretamente por agente – ou por fato de coisas ou pessoas que dele dependem – que agiu de forma ilícita ou assumiu o risco da atividade causadora da lesão*”.¹⁹

A responsabilidade surge, não apenas quando uma pessoa por si, causa dano a outrem, mas também, quando uma pessoa ou coisa que esteja sob sua dependência ou guarda, causa dano a outrem. Como exemplo de responsabilidade por ato de terceiro, que ocorre quando uma pessoa que esteja sob a guarda ou dependência de outra, causa dano a outrem, podemos citar o exemplo dos pais em relação aos filhos menores. Se estes vêm a causar um dano a uma pessoa, seus pais deverão ser responsabilizados a arcar com os danos. Como se vê, o pai do menor que cause dano a outrem não é o responsável direto pelo dano, pois não haveria de sua parte qualquer comportamento, seja comissivo ou omissivo, no entanto, seu dever é zelar, é vigiar o filho justamente, para que este não venha a causar danos a terceiros. Uma vez que negligenciou neste mister, deverá ser responsabilizado a arcar com os danos que seu filho menor causar a terceiro, isso de acordo com o que determina o artigo 932, I do Código Civil Brasileiro,²⁰ bem como o artigo 1903 do Código Civil Espanhol²¹. Trata-se de responsabilidade *"in vigilando"*.

¹⁹ José Álvaro Vilaça de Azevedo, traz a seguinte conceituação: *"A responsabilidade nada mais é do que o dever de indenizar o dano que surge sempre quando alguém deixa de cumprir um preceito estabelecido num contrato ou quando deixa de observar o sistema normativo que rege a vida do cidadão"*. VILAÇA DE AZEVEDO, Álvaro, *Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil*. 10ª ed. Ed. Atlas, São Paulo, 2004.

²⁰ Art. 932, inciso I, do Código Civil Brasileiro: *"São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia"*.

²¹ Art. 1903 do Código Civil Espanhol: *"La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía. Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento y empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias. La responsabilidad de que trata este artículo*

Quanto à responsabilidade por coisas que estão sob a guarda das pessoas, podemos citar o seguinte exemplo: imagine a pessoa que tenha um apartamento no quinto andar de um prédio. Em sua janela há vários vasos de flor. Um desses vasos, em razão de forte corrente de ar, vem a despencar do quinto andar e atinge um transeunte que por ali passava. Obviamente que o dono do vaso é que deverá ser responsabilizado pelo dano porventura suportado pelo transeunte, pois o objeto era de sua propriedade e competia a ele zelar por sua guarda de tal forma que não causasse prejuízo a ninguém.

Assim, este é o postulado basilar da responsabilidade civil. Todo aquele que, agindo de maneira comissiva, portanto de forma ativa, fazendo algo, ou omissivamente, de forma negativa, deixando de fazer algo, vier a causar um dano, deve ser obrigado a repará-lo.

Inquestionável, é o fato de que o núcleo da responsabilidade civil é o dano. Somente onde há dano, o instituto da responsabilidade civil se faz presente. Caso contrário, não há dever de reparar, se não há dever de reparar, há um nada jurídico, uma situação sem importância, sem conotação jurídica alguma.

Se há dano, há responsabilidade. A menos que se esteja diante das causas de irresponsabilidade, conforme se verá mais a frente²².

Outra questão de fundamental importância, que desde o início se impõe, é o tipo de obrigação que vai originar a Responsabilidade Civil, que pode ter como nascedouro um vínculo contratual, ou um vínculo extracontratual. Naquele tem-se um descumprimento contratual, neste último, um ilícito civil.

De acordo com SÍLVIO RODRIGUES²³, na responsabilidade civil

cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

²² Vid. *Capítulo I, “3 Causas Excludentes da Responsabilidade”.*

²³ RODRIGUES, Sílvio, *Direito Civil*, 19ª ed, v. 4, Ed. Saraiva, São Paulo, 2002, p. 8/9.

contratual antes de a obrigação emergir, existe entre o inadimplente e seu co-contratante, um vínculo jurídico derivado da convenção. Já na responsabilidade extracontratual, também chamada de aquiliana, nenhum liame jurídico existe entre o agente causador do dano e a vítima, até que o ato daquele ponha em ação os princípios geradores de sua obrigação de indenizar. Ressalta o autor, que muitos entendem que as duas responsabilidades são de igual natureza, não havendo por que discipliná-las separadamente.

E, de fato, tanto na configuração da responsabilidade contratual como na da aquiliana vários pressupostos são comuns. Numa e noutra se faz necessária a existência do dano, a culpa do agente e a relação de causalidade entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima ou pelo outro contratante.

Todavia, seja no ordenamento jurídico brasileiro, seja no ordenamento jurídico espanhol, esta linha de pensamento não encontra fundamento. Isso porque o Código Civil Brasileiro faz clara distinção, tratando separadamente a responsabilidade contratual – disciplinada nos artigos 389 e seguintes – e a responsabilidade extracontratual – regulamentada no artigo 927 e seguintes. Igualmente também o faz o Código Civil Espanhol, pois o artigo 1089 ao elencar a fonte das obrigações, demonstra clara distinção entre ambas, estabelecendo que *“Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”*. Além disso, prevê o Código Civil Espanhol no art. 1101 a responsabilidade civil que deriva do incumprimento contratual e no artigo 1902 a extracontratual.

Essa distinção entre obrigação contratual e extracontratual torna-se especialmente relevante no âmbito dos danos morais, tendo em vista que ainda hoje existem controvérsias a respeito da possibilidade de o descumprimento contratual ensejar a indenização por danos morais. Em que pese já ser admitida tal possibilidade no Brasil e na Espanha, posições contrárias, ainda

existem. Considerando a importância do tema, optamos por abordá-lo em capítulo específico²⁴, ocasião em que analisaremos todas as posições adotadas pela doutrina e seus reflexos na jurisprudência.

Ainda no âmbito dos aspectos gerais da responsabilidade civil, importante a verificação de todos os pressupostos, isto é, ação ou omissão do agente, dano, nexos de causalidade e “critério de imputação”, sem os quais não há falar em “dever de indenizar”.

Para saber quem praticou a conduta lesiva, sempre uma frase de cunho chamativo se faz presente: "O que fizestes?". Diante da narrativa da conduta, se poderá chegar, evidentemente, ao autor do fato lesivo. Estabelece-se o nexo causal entre a conduta e o resultado. Traça-se uma linha que liga a extremidade da conduta perpetrada, com a outra ponta, que é o resultado. E, num momento posterior, irá se indagar sobre a culpa do agente, ou naqueles casos em que a responsabilidade é objetiva, e por isso a culpa assume menos importância, afirmar-se-a a teoria do risco, segundo a qual, aquele que através de sua atividade cria um risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e o seu comportamento sejam isentos de culpa. Basta que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente.

Assim, a responsabilidade civil pode assumir uma natureza subjetiva, quando depende da constatação de culpa, ou, objetiva, quando a responsabilização independe desta²⁵.

Como já ressaltado alhures, o instituto da responsabilidade civil é aquele por meio do qual se liga uma conduta a alguém, e portanto, todas as suas consequências. Inegavelmente, o conceito de responsabilidade está atrelado ao de liberdade.

²⁴ Vid. *Capítulo II, “4 Danos Morais provenientes de relações jurídicas contratuais e extracontratuais”*.

²⁵ Vid. *Capítulo I, “2.4 Critério de Imputação”*.

Pode-se dizer que, no mundo hodierno, agimos mais no sentido de evitar certas condutas do que, precisamente, no sentido de agir de forma livre e despreocupada.

A sociedade nos impõe limites e é, justamente, sobre estes que norteamos todo o nosso comportamento. Agimos sobre aquilo que Sigmund Freud chamou de Superego.

Em rápidas pinceladas, descrevo a estrutura psíquica proposta por FREUD que estaria dividida em três estamentos, instâncias: o Id, o Ego e o Superego²⁶. O Id são nossos instintos primários, tais como a fome, o sexo, a instinto de autopreservação, que nos faz sermos violentos a ponto de matar o oponente, dentre outros. O Ego seria nossa razão, nossa parte consciente. Nossa possibilidade, nossa porta para a civilidade. E com o Ego que pensamos, raciocinamos, aprendemos as lições da vida. Já no Superego temos as regras de comportamento impostas pela sociedade; são os limites sociais, os margeamentos dentro dos quais temos que colocar nosso comportamento. E aqui o corpo da responsabilidade civil ganha forma. Agir, no mundo moderno, é fazê-lo de tal forma que possamos antever os resultados, evitando invadir a esfera de liberdade alheia.

Mas, o que é a liberdade? Creio que a liberdade seja a essência do próprio homem, é o que o mantém vivo, é o que lhe dá forças para continuar a viver cada dia de sua existência. E poder recomeçar a cada momento, é fazer tudo de novo e melhor. E ter a consciência de que tem o tempo que quiser para fazer aquilo que deva ser feito. É poder ver o mundo, mesmo depois de adulto, com olhos de criança, e se encantar com cada pequena surpresa que a vida e o mundo nos apresentam a cada instante. Ser livre é deixar os medos para trás. E dissipar as trevas, clarear com as chamas da razão o universo que se descortina à nossa frente. Ser livre é ter amor pela própria existência.

Claro que a vida em sociedade obrigou o homem a traçar certos

²⁶ FREUD, Sigmund, "O ego e o Id" in Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, Vol. XIX, Ed. Imago, Rio de Janeiro, 1974, pp. 30.

balizamentos que, de certa forma, reduziram o conceito de liberdade. Entretanto, sua essência sempre permanecerá.

Assim, cremos que, agir de forma responsável, no mundo moderno, é agir controlando a própria liberdade, de tal forma que o comportamento não seja fator de lesão do direito alheio. Agir de forma responsável é agir de forma controlada. Inegavelmente, quando agimos sem pensar, sem limites, sem parâmetros, fazendo o que queremos a todo momento, acabamos esbarrando no direito alheio. E, se houver dano, urge que o mesmo seja reparado.

2 Pressupostos da Responsabilidade Civil

Para que surja o dever de reparar o dano causado, alguns pressupostos devem se fazer presentes. Pressupostos estes, sem os quais, o próprio instituto da responsabilidade civil não pode subsistir.

Estes pressupostos são: ação ou omissão do agente, dano, nexos de causalidade e critério de imputação. Esmiuçando estes conceitos de forma muito mais proficiente e científica, assim se manifestam os juristas NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY²⁷ em obra atualizadíssima, intitulada *Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados*, no concernente aos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual, *in verbris*:

Pressupostos da responsabilidade civil extracontratual. *Funda-se no ato ilícito absoluto, composto por elementos objetivos e subjetivos. São elementos objetivos do ato ilícito absoluto: a) a existência de ato ou omissão (ato comissivo por omissão), antijurídico (violadores de direito subjetivo absoluto ou de interesse legítimo); b) a ocorrência de um dano material ou moral; c) nexos de causalidade entre o ato ou a omissão e o dano. São elementos subjetivos do ato ilícito absoluto: a) a imputabilidade (capacidade para praticar a antijuridicidade); b) a culpa em sentido lato (abrangente do dolo e da culpa em sentido estrito).*

Outro não é o posicionamento do ilustre escritor espanhol R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ²⁸, segundo o qual, *“Esos presupuestos son: em primer lugar, una conducta, bien sea positiva (acción), bien sea de imputación del Código civil (distinto es el de alguno de los regímenes especiales), debe ser subjetivamente atribuible o reprochable al agente, esto es, há de ser una actuación caracterizada por la culpabilidad. Em tercer lugar, el comportamiento en cuestión tiene que revestir caracteres de antijuricidad o ilicitud o, dicho de otro modo, injusticia. Además, há de existir um resultado lesivo, esto es, um daño em sentido jurídico; y por fin, entre la conducta culpable y antijurídica y el daño debe mediar una relación de causalidad bastante para que esse daño*

²⁷ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de, *Novo código Civil e Legislação Extravagante Anotados*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 92.

²⁸ ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de; y MARTÍNEZ-PEREDA, José Manuel; y SANTOS BRIZ, Jaime; y SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio; y GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Ed. Boch, S.A, Tomo I, Barcelona, 2008.

pueda ser atribuible al autor de la conducta sobre cuya responsabilidad se trata”.

Cada um destes pressupostos possui uma importância ímpar e inafastável para que a responsabilidade civil surja e o dever de reparar se faça presente.

Passo a análise de cada um dos pressupostos separadamente.

2.1 Ação ou omissão do agente

Quando um resultado se produz no mundo dos fatos é porque algo atuou para que tal resultado se verificasse. Nada acontece ao acaso. Toda consequência possui um móvel que a produziu. Deve haver uma relação de causa e efeito. Se há um efeito e, portanto, um resultado, é porque houve uma causa anterior que atuou, que foi posta em movimento para que o resultado se verificasse. Podemos aplicar, analogicamente a esse pressuposto da responsabilidade civil a terceira Lei de Newton: *"a toda ação, corresponde uma reação de mesma intensidade e em sentido contrário "*.

Destarte, no âmbito jurídico, a consequência do agir poderá ser o dever de reparar, mas este somente surgirá, quando o ato praticado pelo agente for ilícito, ou seja, aquela categoria de atos não permitidos pelo ordenamento jurídico. E mais, deste ato ilícito tem que resultar um dano.

Se uma determinada conduta não for ilícita, evidentemente que dever de reparar não exsurgerà ao agente, pois quem age licitamente, mal algum causa a alguém. Mesmo que um ato, prima face, tenha aparência de ilícito, se estiver albergado pelo ordenamento jurídico, por uma causa de excludente de ilicitude, e portanto, de responsabilidade, como a legítima defesa, ou o estado de

necessidade, nenhum dever de reparar restará para ao agente.

Regra geral, a responsabilidade civil surge de ato próprio do agente. Em que pese ser possível a responsabilidade por fato alheio, naqueles casos expressamente previstos no ordenamento jurídico, o cerne da responsabilidade civil está na responsabilidade por ato próprio. Equivale a dizer que cada indivíduo é responsável pelos atos danosos praticados na vida em sociedade, devendo responder pelos ilícitos praticados com a sua conduta. Esse ato próprio pode ser comissivo ou omissivo.

Ato comissivo (ação) significa uma conduta positiva do agente causador do dano. É a manifestação de uma força, de uma energia do agente. Se uma pessoa pega seu automóvel e lança-o sobre outro, colidindo com o mesmo, sua ação foi positiva. Colocou sua energia e a força de seu automóvel em movimento até colidir com outro automóvel produzindo um dano neste. A ação é de mais fácil visualização do que a omissão.

Por outro lado, pode o agente causador do dano agir negativamente, ou omissivamente, quando deixa de fazer algo que deveria executar. Mantêm-se inerte. Regra geral, a omissão não tem o condão de acarretar a responsabilidade, pois afinal, quem nada faz, não pode ser responsabilizado. Ocorre, que no ordenamento jurídico pátrio em determinadas situações o agente tem o dever legal de agir. Nestes casos, em não agindo, responderá pelo dano ocasionado. Assim, por exemplo, se o salva-vidas, que tem o dever de salvaguardar os banhistas, ao ver uma criança se afogando nada faz, responderá pela sua inércia.

A regra, como já havíamos ressaltado, é a responsabilidade por fato próprio. No entanto, eventualmente o direito atribui a responsabilidade por fatos praticados por terceiros. Naturalmente não seria adequado imputar a uma pessoa a responsabilidade pelos fatos praticados por uma terceira pessoa. Exatamente por esse motivo, que tal hipótese só é possível quando

expressamente autorizada pela lei²⁹. Os dispositivos legais que elencam as possibilidades são bastante semelhantes no Código Civil Espanhol e no Código Civil Brasileiro. Ambos diplomas determinam a responsabilidade dos pais em relação aos filhos menores; do tutor e o curador pelos seus pupilos e curatelados; do empregador pelos seus empregados, bem como das instituições de ensino pelos seus educandos. Todavia, o CC Brasileiro elenca ainda como responsáveis, os donos de hotéis, e estabelecimentos pelos atos praticados por seus hóspedes e moradores e torna responsáveis aqueles que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime até a concorrente quantia.

Importante abrir um parêntese para destacar, que nessas situações, com o advento do Código Civil Brasileiro de 2002 vieram modificações substanciais. Embora ainda se utilize as expressões “*culpa in vigilando, culpa in iligendo, etc*”, como faz, por exemplo, o Acórdão nº 70034854711 do TJ/RS³⁰, a expressão

²⁹ O Código Civil Brasileiro rege tal situação no Art. 932: “São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - os tutores e curadores, pelos pupilos e curatelados, que se achem 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, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia”.

O Código Civil Espanhol, prevê em seus artigos 1903 e 1904 esta possibilidade. Assim dispõe o art. 1903: “La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía. Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias. La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

³⁰ **RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR MORTE DE FILHA MENOR. DISPARO DE ARMA DE FOGO. HOMICÍDIO CULPOSO. LEGITIMIDADE PASSIVA DOS PAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA.** Na época dos fatos, o autor do disparo contava com 17 anos de idade. Os **pais** respondem objetivamente pelos atos praticados pelos filhos menores sob sua autoridade e em sua companhia. Os demandados (**pais**) são responsáveis

culpa, deixou de ser relevante na caracterização deste tipo de responsabilidade, porquanto o Código Civil de 2002, no artigo 933, expressamente disse que as pessoas indicadas no artigo 932 do mesmo diploma, responderão ainda que não haja culpa de sua parte³¹, ou seja, passou a ser hipótese de responsabilidade objetiva. Sob a vigência do Código Civil de 1916, a situação era bem distinta, pois o artigo 1523 expressamente dizia que somente seriam responsáveis mediante a prova de culpa ou negligência.

O Código Civil Espanhol, disciplina de forma semelhante ao que fazia o Código Civil Brasileiro de 1916, a medida em que o art. 1903 dispõe que “*La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño*”. Todavia, a jurisprudência espanhola tem se mostrado bastante restritiva quanto à aplicação desta norma, sobretudo com relação à responsabilidade dos pais pelos atos praticados pelos seus filhos. A STS, 1ª, de 29 de julho de 1997 - em que uma criança de 5 anos foi atropelada

*pelo ato ilícito praticado pelo filho menor, que se utilizou de arma de fogo e vitimou a filha dos autores, porquanto faltaram com o dever de vigilância ao deixar arma de fogo ao alcance do rapaz. **A culpa dos genitores é, ao mesmo tempo, in vigilando e in omittendo.** Inteligência dos artigos 932, I, e 933 do Código Civil. PENSIONAMENTO MENSAL. É devida indenização por dano material aos pais de família de baixa renda, em decorrência da morte de filho menor, independentemente do exercício de trabalho remunerado pela vítima. Correta a sentença que determinou o pagamento de pensão mensal, em favor dos autores, no valor de 2/3 do salário mínimo nacional, a contar do fato danoso até a data em que a vítima completaria 25 anos de idade, quando então a pensão passa a ser de 1/3 do salário mínimo nacional, devida até a data em que a vítima completaria 65 anos, se antes não ocorrer o falecimento dos beneficiários. Precedentes do STJ e desta Corte. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. NECESSIDADE. Consoante orientação jurisprudencial uniformizada na 2ª Seção do STJ, é necessária a constituição de capital para assegurar o pagamento das prestações futuras do pensionamento. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO IN RE IPSA. Evidentes os danos morais sofridos pelos autores em decorrência da trágica morte da filha, com apenas 17 anos à época. Desnecessária a produção de prova a respeito do dano moral, por representar modalidade de dano in re ipsa, que decorre do próprio fato. QUANTUM INDENIZATÓRIO. O valor fixado para fins de indenização deve observar o princípio da razoabilidade, de forma que a soma não seja tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva, além de levar em conta a intensidade da ofensa. Quantum fixado em R\$46.500,00 para cada um dos autores. APELAÇÃO DOS AUTORES DESPROVIDA. APELO DOS RÉUS PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70034854711, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 27/05/2010). O grifo é nosso.*

³¹ Art. 933 do CC Brasileiro: “As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros referidos”.

por outra de 12 anos que pilotava um ciclomotor -, e a STS, 1ª, de 24 de maio de 1996 - em que o filho do demandado disparou contra três jovens em uma rixa e os matou -, são exemplos claros desta situação. Ocorre na verdade uma presunção da culpa³². Segundo SALVADOR DURANY PICH, essa posição do Tribunal Espanhol, se dá sobretudo devido a dois fatores: pelo fato de que atualmente os pais conferem uma liberdade muito maior aos filhos do em outras épocas, e em segundo, porque ainda que os pais tenham agido corretamente, com a diligência devida, alguém sofreu um dano, que não tem porque suportar³³.

Por fim, a responsabilidade do agente pode surgir em razão de animais ou coisas que estejam sob sua guarda. Um exemplo típico é a guarda de animais. Neste caso, responde o seu dono pelos prejuízos que estes causarem a terceiros. Além dos animais, coisas também são suscetíveis que causar prejuízo ao seu dono, como por exemplo, a ruína de prédios, queda de objetos, etc. Apesar dessa matéria conclui SÍLVIO RODRIGUES³⁴, que a responsabilidade do agente pode advir de ato próprio ou de ato de terceiro. Mas pode, igualmente, ser ele obrigado a reparar o dano por coisa ou animal que estava sob sua guarda, ou por dano derivado de coisas que tombem de sua morada. Nesse campo, em virtude do brutal desenvolvimento do maquinário, principalmente dos veículos a motor, a crescente responsabilidade, ou mesmo a responsabilidade objetiva de seu guarda, é um tema de desmedida repercussão na doutrina e de considerável importância na jurisprudência.

Até então, vimos que a responsabilidade imputada ao agente, seja esta conduta positiva, portanto comissiva, traduzida num agir, seja uma conduta negativa, e, portanto, omissiva, que consiste em um não fazer, que vem a

³² Na STS, 1ª, de 29 de julho de 1997, o Tribunal Supremo afastou a tentativa do demandado em demonstrar sua diligência na vigilância do filho, afirmando que esta responsabilidade é direta ou quase objetiva.

³³ DURANY PICH, Salvador, *Padres y maestros*, *Indret* número 1/00, Barcelona, outubro de 1999, p. 1/2, www.indret.com, consultado em 29/01/2012.

³⁴ RODRIGUES, Sílvio, *Direito Civil*, 19ª ed, Ed. Saraiva, São Paulo, 2002, p. 16;

ocasionar um dano a outrem, são condutas ilícitas, porque transgridem o ordenamento jurídico, posto que vão contra o que a lei determina.

Mas, pode acontecer uma lesão em decorrência do exercício de um direito, ou seja, a conduta praticada estar prevista na lei, mas o agente, ao agir, extrapola os limites, age de forma abusiva, e desse comportamento exsurge um dano, que deverá ser reparado. Analisemos brevemente essa situação.

Uma pessoa pode cometer um dano não apenas quando pratica um ato contrário ao direito, mas pode cometer um dano mesmo ao exercer um direito legítimo, reconhecido pelo ordenamento jurídico. Basta que exceda os limites do exercício de tal direito e esse excesso cause prejuízo a outrem. Exemplificando: uma pessoa pode abrir em seu quintal estremeiras e tanques destinados à curtição de couro, pois, mesmo diante do inconveniente que o mau cheiro pode causar, o vizinho dessa pessoa não poderá pleitear indenização, considerando que as instalações obedecem a todas as normas legais. Será um dano que terá que suportar. Todavia, de um lado diametralmente oposto, se uma pessoa exerce um direito reconhecido pelo ordenamento jurídico, que vem causar dano a seu vizinho ou outra pessoa qualquer, com simples espírito de emulação, sem obter vantagem ou benefício algum, com o simples propósito de causar um prejuízo a terceira pessoa, então estaremos diante de um exercício abusivo do direito e, se houver dano, o prejudicado poderá pleitear indenização por danos que, porventura, venha a experimentar³⁵.

³⁵ A respeito do tema, SÍLVIO RODRIGUES é bastante esclarecedor: “De acordo com a concepção clássica, prevalente durante quase todo século XIX, período em que floresce a idéia de que os direitos individuais são por assim dizer absolutos, é inescandível a tendência à admissão da parêmia *neminem laedit qui suo jure utitur*. Ou seja, aquele que age dentro de seu direito a ninguém prejudica. Todavia, em muitas hipóteses, pareceu injusto ao juiz e ao jurista que atos praticados com o visível espírito de prejudicar terceiros pudessem deixar seu autor isento de reparar danos causados, apenas porque ele agira dentro da órbita de seu direito subjetivo, embora seu propósito fosse apenas o de fazer mal a outrem. Alguns casos céleres, tirados da jurisprudência francesa, e repetidos em todos os livros de doutrina, ilustram bem esse comportamento abusivo do titular do direito. Já se entendeu, em julgado de 1902, que o proprietário de fontes, que movido por emulação, esgota-as em seu terreno, sem qualquer utilidade para si, mas com grave prejuízo para seus vizinhos, que assim ficam privados da água, comete ato ilícito, devendo reparar o dano causado aos prejudicados. Com efeito, o proprietário de uma nascente tem direito de utilizar a água por ela produzida, mas, se, no exercício desse direito exacerba e inutiliza os sobejos para prejudicar os vizinhos, age abusivamente. O célere caso de *Clement Bayard* configura a hipótese do vizinho de um construtor de dirigíveis que, para forçá-lo a adquirir seu terreno, nele ergueu grandes pilastras

No Código Civil Brasileiro de 1916 não havia disposição expressa, no sentido de se reconhecer o abuso de direito como causa ensejadora de dever de indenizar. Entretanto, tal omissão do legislador de 1916 foi cabalmente suprida pelo legislador de 2002, que fez constar no novo Diploma Civil disposição expressa nesse sentido.

Assim, uma outra inovação, ao lado de outras que serão oportunamente analisadas, trazidas pelo novo Código Civil, foi o reconhecimento do abuso do direito como fato ensejador do dever de reparar. Dessa forma, aquele que agiu abusivamente, causando dano a outrem, fica obrigado a reparar o dano advindo desse ato abusivo. Se ao exercer um direito, uma pessoa foge dos limites, aprioristicamente traçados e causa dano a outrem, fica obrigada a reparar o dano, ainda que este seja exclusivamente moral.

O art. 187 de novo Código Civil reza que *“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”*.

Comentando esse artigo, em sua excelente obra, de importância e contribuição para o Direito Civil, a Professora MARIA HELENA DINIZ³⁶ diz que o uso de um direito, poder ou coisa além do permitido ou extrapolando as limitações jurídicas, lesando alguém, traz como efeito o dever de indenizar. Realmente, sob a aparência de um ato legal ou lícito, esconde-se a ilicitude do resultado, por atentado ao princípio da boa-fé e aos bons costumes ou por desvio da finalidade

de madeira armadas com agudíssimas pontas de ferro a fim de tornar difícil a aterrissagem das aeronaves. Em rigor, poderia o proprietário, no uso do seu direito de propriedade, construir em seu imóvel o que lhe aprouvesse. Mas, como seu intuito foi o de ameaçar a segurança dos dirigíveis, entendeu-se abusiva sua atitude, e portanto ilícita; daí resultou sua condenação não só de a reparar o dano causado, quando uma daquelas aeronaves, colidindo com os citados postes, destruiu-se, como também a remover os esdrúxulos obstáculos”. RODRIGUES, Silvio, *Direito Civil*, 19ª ed, v. 4, Ed. Saraiva, São Paulo, 2002, pp. 44/45.

³⁶ DINIZ, Maria Helena, *Código Civil Anotado – edição reformulada à luz do novo Código Civil*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2002, p. 171.

socioeconômica para a qual o direito foi estabelecido.

Deveras, sob a aparência de um direito, de uma atitude plenamente lícita, escorreita, conforme a lei e o direito, pode se esconder a intenção de prejudicar, de causar um dano, ou de, pelo menos, lesar a esfera da liberdade alheia. Liberdade esta, entendida em seus mais amplos efeitos, de se fazer tudo o que a lei permite, ou silencia, e de se abster de todas as práticas que a lei reputa ilícitas, indevidas. Muitas vezes, como dito acima, o mero desejo de incomodar o próximo, com uma atitude que, benefício algum trará ao titular do direito, pode configurar uma atitude abusiva e, portanto, contrária ao direito, simplesmente, por residir em sua intenção, o mero desejo de prejudicar.

Assim, o abuso de direito exsurdirá quando o titular de um direito reconhecido o exercer para a satisfação de sentimentos inferiores, pouco nobres, em contrariedade com os princípios que deveriam nortear o comportamento humano, o da solidariedade, da fraternidade, ou para causar, infligir vexames ou humilhações a outrem. E, toda vez que isso acontecer, poderá a pessoa lesada se insurgir contra este abuso, recorrendo ao poder judiciário, deduzindo sua pretensão. Antes do novo estatuto civil, com respaldo na jurisprudência e doutrina, agora, com o advento da Lei 10.406/02, além daquele respaldo, também ancorado na lei. Isso, evidentemente, representou mais um passo fundamental no instituto da responsabilidade civil, pois agora, a Teoria do Abuso de Direito não é apenas uma construção doutrinária ou pretoriana, mas vem expressa em texto de lei, de forma cristalina, indubitável, ficando definitiva presença em nosso ordenamento jurídico. Qualquer negativa nesse concernente é negativa de texto expresso da lei.

A legislação espanhola também repudia o abuso de direito, pregando que os direitos não podem ser utilizados em atenção a um objeto qualquer, mas unicamente em função de seu espírito, do papel social que estão chamados a desempenhar, pois devem ser exercitados para um fim legítimo e por razão de um motivo também legítimo. Em nenhum momento podem colocados a serviço da má fé, da vontade de prejudicar o próximo.

O artigo 7º, 2, do Código Civil Espanhol é enfático ao dispor que *“La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”*.

No âmbito do direito espanhol a Teoria do Abuso do direito vem sendo invocada, sobretudo no que diz respeito aos danos ocasionados como consequencia do exercício de ações judiciais, o que é de fundamental importância na esfera os danos morais, considerando que tais demandas quase sempre se revestem desta titulação. Importante mencionar que a jurisprudência vem dizendo que para ressarcir os danos causados pelos procedimentos judiciais temerários ou maliciosos, é insuficiente o critério da condenação tão somente³⁷.

³⁷ Segundo R. de Ángel Yáguez , há uma benevolência nos Tribunais para os litigantes, baseada em um respeito exagerado ao direito de litigar. A S. 4-XII-97 (RJ 8724, EM RELACIÓN A UM SUPUESTO EM EL QUE una asociación de mayoristas de mercado había formulado querrela contra dos miembros de la misma, uno de ellos demandante de este pleito) proclamó una interesante doctrina sobre lo que me ocupa, diciendo: *“...lo cual es por completo improcedente, ya que, como se razona por los Tribunales de instancia, el derecho de toda persona o ente para ejercitar como crea conveniente la tutela de sus intereses en los supuestos como el de autos, em donde, em concreto, se articula una acción criminal por la Asociación a la que pertenecía como Vicepresidente el propio actor, por presuntos delitos, y com independencia de que se sobreseyesen las actuaciones sumariales (lo cual, hasta puede estar compensado porque también lo fue la subsiguiente acción, ejercitada em su propia defensa por el demandante, al interponer una querrela por injurias, que asimismo fue sobreseída), y porque, em definitiva, esse ejercicio, para el que está hasta legitimada cualquier persona, em caso alguno puede suponer la intromisión pretendida por el demandante, sobre todo por cuando em ningún aspecto puede considerarse, como el mismo motivo califica sin base alguna em su apartado B), que aquella querrela de los demandados fue temeraria, debiendo sin más reproducirse cuando em um caso análogo, se resolvió, em S. de esta Sala de fecha 23-1-97, em donde se afirmaba: “... no cabe hablar nunca de una conducta deletérea causa de esa intromisión, cuando ello obedece a la actuación em defensa de los intereses de que es titular una persona que se considera así ofendida, y, por ende, elige la vía legítima de la denuncia o querrela de tales hechos que considera delictivos, y sobre todo, como em el caso de autos, cuando efectivamente dicha querrela provoca la admisión y tramitación de una serie de actuaciones que se derivan de los hechos probados no cuestionados...; em definitiva, se reitera, no es posible deducir de esa conducta legítima – lícita conforme al ordenamiento -, defenderse frente a unos supuestos hechos delictivos, la citada intromisión, ni tampoco la posible publicidad de la querrela puede abocar em la existencia de la referida intromisión que se denuncia em el motivo...”* (ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de; y MARTÍNEZ-PEREDA, José Manuel; y SANTOS BRIZ, Jaime; y SIERRA GIL DE

2.2 Dano

Neste capítulo nos dedicamos aos pressupostos da responsabilidade civil, sem os quais não há falar em responsabilidade. No entanto, o “dano” é o mais importante de todos os pressupostos, porque jamais haverá direito a indenização se o dano não estiver presente. O objetivo principal da responsabilidade civil, é justamente reparar o dano.

A responsabilidade civil pode se originar de uma obrigação contratual ou de uma obrigação extracontratual. No primeiro caso, o dano resulta de um descumprimento daquilo que foi avençado entre as partes. No segundo, o dano resulta de um ato ilícito, ou seja, não há uma relação jurídica anterior entre as partes, o que gera o dano é a não observância de um dever legalmente imposto. Contudo, não é qualquer ato ilícito que ocasiona a responsabilidade civil, de modo que somente terá relevância na esfera cível quando deste ato ilícito resultar um dano, um prejuízo para as partes. Do contrário, isto é, sem dano, o ato ilícito pode resultar uma punição administrativa ou penal³⁸, mas nunca ensejará a responsabilidade civil³⁹. Daí a sua importância.

Antes de adentrarmos em um conceito científico de dano, importante

LA CUESTA, Ignacio; y GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Ed. Boch, S.A, Tomo I, Barcelona, 2008, pp. 332/333).

³⁸ A grande diferença entre os ilícitos está na forma de aplicação do sistema sancionatório, pois o direito penal pode afetar o direito de liberdade do infrator (direito de ir e vir), enquanto na esfera cível, afetará direitos pessoais, mais precisamente o seu patrimônio.

³⁹ Segundo Ricardo Pereira Lira a ilicitude penal difere da ilicitude civil em razão de seus efeitos. No primeiro, há ofensa ao interesse da sociedade, aos mandamentos do direito público descritos em figuras típicas, havendo sanção penal, não se exigindo do agente nada em favor do prejudicado, e no ilícito civil viola-se regras inerentes aos direitos subjetivos privados, interesse privado da vítima, cuja consequência é a composição do prejuízo sofrido. O ilícito civil é definido em um conceito geral e abstrato. Certo é que um ilícito penal pode não ser um ilícito civil e vice-versa. PEREIRA LIRA, Ricardo, *Ato ilícito*, In *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, nº 49, 1996, pp. 84 a 93.

fazer menção a duas teorias que ajudam a desvendar a origem do dano, para que possamos entender melhor este pressuposto, tão importante e tão complexo. São elas, a Teoria do comportamento contido e a Teoria da Prejudicialidade. O descumprimento de uma, gera inevitavelmente, a ocorrência da outra.

Primeiramente, vamos explorar a Teoria do Comportamento Contido.

Se formos folhear qualquer dicionário, poderemos encontrar o significado do que seja comportamento. Consoante o léxico, "*comportamento*" é o procedimento, a conduta, o conjunto de atitudes e reações do indivíduo em face do meio social. Desta forma, o comportamento é a forma como agimos na sociedade. Como ressaltado alhures, em eras remotas da humanidade, nas quais ainda não estavam nem mesmo consolidadas as mais basilares estruturas da organização social, da cooperação mútua, o homem podia agir de forma irrestrita, sem obedecer a qualquer parâmetro, regra ou limite. Até mesmo em razão do apoucado e insípido desenvolvimento do Direito. Entretanto, a partir do momento em que o homem passou a se organizar em sociedade, a vislumbrar as vantagens da ajuda mútua, da cooperação, surgiu a noção de que todos têm direitos que precisam ser respeitados e que, se todos agirem de forma irresponsável, impensada, fazendo o que quiserem, quando quiserem, inobservando os direitos de seu próximo, isso, invariavelmente, acabará por gerar conflitos, pois, provavelmente, a esfera de liberdade alheia terá sido desrespeitada. Diante do conflito, o desequilíbrio social se impõe, frustrando os objetivos áureos do Estado, que são, justamente, a manutenção da paz e da ordem sociais, minimizando sempre, e ao máximo os desentendimentos entre os membros da sociedade. Por essa razão, e sempre tendo-se em vista os interesses sociais, coletivos, é que se houve por bem criar mecanismos estabelecedores de limites para a conduta dos membros da sociedade. E esse expediente, pelo menos nos países que adotaram o sistema codificado - positivando as regras de conduta em diplomas legislativos -, é a Lei. A lei, inegavelmente é uma garantia de que uma determinada regra de conduta existe e que está registrada e catalogada num papel, ou num código.

Sua intervenção, em caso de algum comportamento inadequado ou que venha a transgredir a esfera de liberdade alheia, é imediata, solucionando prontamente, o caso concreto. Impondo, inclusive, a sanção cabível.

Assim, o comportamento social, por meio da lei, foi "*contido*", sofreu restrições, evidentemente, objetivando salvaguardar os interesses coletivos, elevados, inegavelmente, a um patamar superior aos interesses meramente particulares.

Portanto o comportamento contido é aquele que sofreu restrições legais, escopando adaptar a conduta individual às exigências coletivamente aceitas e tomadas como adequadas a serem praticadas em determinado meio social, em determinado momento histórico.

Logo, agir de forma contida é agir de tal forma que, aquele que está agindo gostaria que seu semelhante, da mesma forma agisse não causando danos à esfera de liberdade alheia. Essa é a Teoria do Comportamento Contido, uma exigência sociológica, filosófica e política, que está contida, visceralmente, dentro do próprio conceito de sociedade. Não se pode conceber a sociedade, a estrutura social, sem um comportamento contido de cada membro, caso contrário, se for preterida, escoimada esta regra lapidar e intrínseca da própria essência do convívio social, estará sendo posta em xeque a própria sociedade e todos os seus longos caminhos evolutivos pelos quais passou e vem passando.

Toda vez que o homem desrespeitar esta regra estará cometendo abuso e, se esse abuso vier a causar um dano⁴⁰ a outrem, esse poderá pleitear

⁴⁰ Claro que, e isso em decorrência da própria sistemática da responsabilidade civil, o comportamento abusivo, decorrente do desrespeito da teoria do comportamento contido, apenas gerará o dever de indenizar, caso venha a causar um dano. Se, mesmo diante de um comportamento abusivo, este não vier a causar um dano a outrem, conseqüência nenhuma haverá. Cite-se o seguinte exemplo: no caso de um indivíduo que imprima excessiva velocidade em seu veículo, trafegando a 120 ou 140 Km/h; numa avenida onde a velocidade máxima permitida seja de 30 Km/h, se, mesmo diante deste excesso e do grande risco que está representando aos demais motoristas, não vier a causar dano a ninguém, nenhuma pessoa poderá pleitear indenização por dano algum, pois este restou ausente. Claro que, se for flagrado pelas autoridades competentes será multado por excesso de velocidade, mas isso é

reparação, em caso de dano material, ou ressarcimento, em caso de dano moral.

Portanto o comportamento contido é uma imperiosa regra de convivência social que não pode ser inobservada, sob pena de todo o ideário construído ao longo de séculos ao redor e sobre o qual se estrutura e se sustenta a sociedade, vir a ruir, e todo o arcabouço social se esfacelar.

De outro lado, a inobservância da Teoria do Comportamento Contido, tem como consequência o surgimento de uma outra teoria: a Teoria da Prejudicialidade. Prejudicial é todo comportamento incontido que, inobservando os preceitos mais basilares da convivência humana, vem a causar um dano a outrem. O comportamento prejudicial é o que causa o dano. Esse, como elemento integrante e indissociável da responsabilidade, uma vez verificado, gera o dever de reparação.

Uma vez desrespeitada a regra do comportamento contido, estar-se-á a adentrar os lindes da prejudicialidade. Verificando-se o dano, este deverá ser indenizado.

A conduta prejudicial, ou seja, aquela que dá ensejo ao dano, é uma decorrência inevitável e indeclinável do desrespeito em relação ao comportamento contido, aquele comportamento que é regulamentado, disciplinado pela lei. E pela lei, justamente porque essa, é a expressão da vontade popular, se uma determinada regra está prevista numa norma legal, crê-se que é porque a mesma é uma emanção da vontade da maioria.

Destarte, a regra intrínseca ao próprio convívio social é que o comportamento de seus membros seja contido, isto é, que se comportem, que ajam de tal forma que sua conduta não venha a prejudicar, a infringir a esfera de liberdade e, portanto, os direitos, as garantias fundamentais de seus semelhantes. . Se essa regra lapidar for desrespeitada, adentra-se ao campo da prejudicialidade. Prejudicial é o comportamento que, uma vez posto em

uma outra questão.

movimento desrespeita a esfera de liberdade alheia, infringe os direitos e garantias de outrem, causando um dano.

Como já foi dito, para que se faça presente o dever de reparar, há a necessidade de que tenha havido um dano. Isto porque o dano é pressuposto do dever de reparar. Havendo dano, estaremos diante de algo concreto, real, um evento que, uma vez produzido, altera todo o mundo material, ou moral. Mas, faz surgir o dever de reparar ou ressarcir o mal causado. Isso porque tem o condão de alterar o estado anterior, o que em latim se denomina de *staius quo ante*. Portanto, deve haver um dano. Pelo menos dentro do campo da responsabilidade civil.

Assim, creio que essas duas teorias possam, de certa forma, tornar clara a origem do dano. Se o comportamento se mantiver dentro dos parâmetros legais, nenhum dano ocorrerá, pois se estará diante do comportamento contido, daquele legalmente previsto. Por outro lado, se o indivíduo se afasta dos parâmetros legalmente traçados, estará correndo o risco de praticar um comportamento prejudicial que poderá vir a acarretar um dano e, uma vez verificado este, o agente deverá ser compelido a reparar o mesmo.

Bem, que não há responsabilidade civil sem dano, já é questão consolidada. Mas precisamos definir, conceituar o dano, sobretudo, o dano indenizável.

Assim, para JORGE MOSSET ITURRASPE⁴¹ dano é prejuízo, é a diminuição do patrimônio ou detrimento a afeições legítimas. Todo ato que diminua ou cause menoscabo aos bens materiais ou imateriais, pode ser considerado dano. O dano é um mal, um desvalor ou contravalor, algo que se padece com dor, posto que nos diminui e reduz; tira de nós algo que era nosso, do qual gozávamos ou nos aproveitávamos, que era nossa integridade psíquica ou física, as possibilidades de acréscimos ou novas incorporações.

⁴¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad Civil*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1992, p. 21.

De grande contribuição é a definição do Professor DE PLÁCIDO E SILVA⁴², que se manifesta, dizendo que a expressão provém do latim *damnum*, e que significa todo mal ou ofensa que uma pessoa causa a outra provocando deterioração ou destruição a uma coisa ou patrimônio, e ressalta, que para ser ressarcível, deve fundar-se na efetiva diminuição de um patrimônio ou na ofensa de um bem juridicamente protegido, por culpa ou dolo do agente.

Ainda, devido a importância da definição de dano, cabe mencionar o conceito trazido por CAVALIERI FILHO⁴³, segundo o qual, conceitua-se dano,

⁴² “Derivado do latim *damnum*, genericamente, significa todo mal ou ofensa que tenha uma pessoa causado a outrem, da qual possa resultar uma deterioração ou destruição à coisa dele ou um prejuízo a seu patrimônio. Possui, assim, o sentido econômico de diminuição ocorrida ao patrimônio de alguém, por ato ou fato estranho à sua vontade. Equivale, em sentido, a perda ou prejuízo. Juridicamente, dano é usualmente tomado no sentido do efeito que produz: é o prejuízo causado, em virtude de ato de outrem, que vem causar diminuição patrimonial. Assim, está conforme à definição de PAULUS: “*Damnum et damnatio ab ademptione et quasi deminutione patrimonii dictia sunt*”. E, neste sentido, tanto se entende o dano aquiliano, que resulta do ato ilícito, como o dano contratual, fundado na ofensa à obrigação contratual. Seja, pois, contratual ou aquiliano, o dano, para ser ressarcível, merece fundar-se na efetiva diminuição de um patrimônio ou na ofensa de um bem juridicamente protegido, por culpa ou dolo do agente. E, dentro deste concato, diz-se dano patrimonial, quando o prejuízo é conseqüente de diminuição patrimonial ou deterioração de coisas materiais; dano moral, quando atinge bens de ordem moral, tais como a liberdade, a honra, a profissão, a família. Ao dano material, também se diz dano real, em vista de a violação representar inequívoca danificação à coisa, em face do que perde esta a sua utilidade ou vê diminuir o seu valor. Ao dano material, os romanos chamavam de *damnum factum*, vel *datum*. O sentido de dano vem sempre ligado a idéia de prejuízo, pois que este, dito também perda, é que faz, em regra, caracterizar a diminuição patrimonial, que justifica o pedido de indenização, quando o dano é causado por outrem, não advindo de força maior ou caso fortuito. Mas, aí, principalmente, tem-se o dano material, em sentido geral, pois que o dano contratual será prejuízo causado ao credor, conseqüentemente uma diminuição de seu patrimônio, por falta de cumprimento da obrigação, por parte do devedor. Vide: *Perdas e danos, Indenização, Reparação, Culpa, Delito. Dano*. No sentido penal, dano indica a destruição, inutilização ou deterioração de coisa alheia. E tido, assim, em seu sentido de danificação. Mas, resultando num dano-prejuízo (diminuição patrimonial), além da sanção penal, funda o pedido de indenização para repor o patrimônio do prejudicado ou lesado em sua posição primitiva. Mas, quando configurado crime, necessário que o fato ou ato, de que o dano resultou, traga os característicos do dolo ou da culpa, no sentido que lhe empresta a lei penal. Neste particular, fundado o dano penal no ato ilícito ou no delito, devidamente, qualificado, bem se difere do dano civil ou de natureza civil, conseqüente do ilícito civil, o qual dá simplesmente motivo à indenização ou ressarcimento dos prejuízos decorrentes, enquanto o ilícito penal corresponde às duas imputações: penal e civil. E tal se funda no princípio de que o delinqüente é obrigado a pagar as despesas e indenizar os prejuízos causados pelo dano a que deu causa”. Transcrito do CD-ROM da Ed. Forense, intitulado “Vocabulário jurídico”. (SILVA, De Plácido e, *Vocabulário Jurídico*, 12 ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, Vol. II, 1993).

⁴³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4ª ed., Ed. Malheiros, Rio de Janeiro, 2003, p. 71.

como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade, etc. Em suma, dano é a lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão de dano patrimonial e moral.

Uma vez conceituado o dano, cabe ressaltar que a doutrina elenca alguns requisitos para a configuração do dano ressarcível. Nem todo dano é ressarcível, de maneira que somente certos danos alcançam entidade bastante para que juridicamente constituam sustento de uma pretensão⁴⁴. Assim, o dano deve violar um interesse jurídico (patrimonial ou não), deve ser certo, atual e subsistente.

Em primeiro lugar, é imprescindível que o dano viole um interesse jurídico, seja ele patrimonial ou não, pois todo dano pressupõe a lesão a um certo bem pertencente a um sujeito de direito. Bem este, protegido pelo ordenamento jurídico. Por isso, quando violado surge o direito a pretensão de ressarcimento.

Além disso, o dano deve ser certo, pois não pode se falar de reparação de um dano hipotético, que só exista na esfera da imaginação do lesionado. Segundo CHIRONI⁴⁵, é a certeza que determina o fator de liquidação e de ressarcimento do dano. Afirma o autor que *“ou bem é certo o dano em sua dependência direta do fato ilícito e em sua extensão, ou é certo que o fato ilícito, não só possa, senão que deva derivar-se um dano, embora não seja ainda avaliada sua extensão, ou é somente certo que possa derivar-se. A certeza, no primeiro desses casos, é atual, e, portanto, atual também é o dano; não o será no segundo, porque se bem o dano não tenha acontecido ainda, sem embargo, o fato causal comprovado em juízo de responsabilidade não pode ter meios de produzi-lo”*.

⁴⁴ ALTERINI, Atílio Anibal, *Responsabilidad civil. Limites de la resparación civil*, 3ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 124 e ss.

⁴⁵ CHIRONI, G. P., *La culpa en el derecho civil moderno*. Trad. Bernaldo de Quirós, Ed. Reus, Madri, 2º V, 1928, p. 241.

Nesse mesmo sentido é a explicação de ALFREDO ORGAZ⁴⁶. Para o autor é inservível o dano puramente eventual ou hipotético. Tal está a significar que deve haver certeza quanto à própria existência do dano, presente ou futura, embora seu montante de indenização ainda não seja passível de determinação. A incerteza não é indenizável, quando não se tem nenhuma segurança de que vá existir, em alguma medida, não passando de uma mera possibilidade de dano. Por isso, a simples ameaça ou o simples perigo de um dano, não é suficiente para a sua configuração.

Quanto a subsistência do dano, significa que ele deve ser exigível no momento da ação, isto é, se o dano já foi reparado pelo responsável, não mais cabe indenização.

Ademais, analisados os requisitos do dano indenizável, torna-se de fundamental importância abordar uma outra questão, que diz com a classificação dos danos. Quando começamos a abordar o pressuposto “dano”, apresentamos uma primeira classificação, relacionada com a sua origem, já que o dano pode surgir de um descumprimento contratual, como também pode surgir de um ato ilícito, por isso, extracontratual⁴⁷. Não obstante, deixamos para abordar a questão do dano patrimonial e do dano não patrimonial neste momento, para que possamos dar ênfase maior ao assunto, devido a importância teórica e prática que assume tal distinção. Segundo Santos Briz⁴⁸ “*es esta una de las clasificaciones más importantes de los daños y, sin duda, la que más atención há merecido de la doctrina*”.

A doutrina costuma classificar os danos em patrimoniais e morais.

Segundo ANTÔNIO JEOVÁ DOS SANTOS⁴⁹, a diferença entre dano

⁴⁶ ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1952, p. 95.

⁴⁷ Essa questão é muito importante na seara dos danos morais, por isso é tratada de forma pormenorizada no capítulo II, “4 Danos Morais provenientes de relações jurídicas contratuais e extracontratuais”.

⁴⁸ SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil*, 4ª ed., Ed. Montecorvo S.A., Madrid, 1986, p. 149.

⁴⁹ Essa questão é muito importante na seara dos danos morais, por isso é tratada de forma

material e dano moral está na gênese do direito violado. Assim, se a lesão é dirigida aos bens que formam o patrimônio material, então se está diante de um dano patrimonial. Se a lesão afeta a integridade psicofísica, expulsando a saúde que a pessoa gozava antes do mal infligido, o dano é moral porque os bens hostilizados, agredidos, são imateriais.

FERNANDO GÓMEZ POMAR⁵⁰ se manifesta dizendo que *“los daños patrimoniales se diferencian de los daños morales en función de la muy distinta aptitud que el dinero tiene, en uno y en otro caso, para restaurar la utilidad perdida: a) El daño patrimonial provoca una disminución de utilidad que es compensable con dinero o con bienes intercambiables por dinero. b) El daño no patrimonial o moral, por el contrario, implica una reducción del nivel de utilidad que ni el dinero, ni bienes intercambiables por éste, pueden llegar a compensar: todo el oro del mundo no basta para reemplazar el sufrimiento experimentado por el velocista que queda tetrapléjico como consecuencia de un accidente”*.

CARLOS ALBERTO BITTAR⁵¹ assevera que danos materiais são aqueles que repercutem no patrimônio do lesado, enquanto os morais se manifestam na esfera interna e valorativa do ser como entidade individualizada. Esclarece que comportam essas noções “certas especificações e, mesmo, denominações diversas, como se pode observar na doutrina”. Conclui que há posições divergentes sobre as designações mencionadas, inclusive algumas pessoais, mas que a divisão em patrimoniais e não patrimoniais é a mais aceita, porque se utiliza do critério de exclusão, sendo considerados como morais os que não se revistam de cunho patrimonial.

pormenorizada no capítulo II, “4 Danos Morais provenientes de relações jurídicas contratuais e extracontratuais”.

⁵⁰ GÓMEZ POMAR, Fernando, *Daño Moral*, *Indret* número 334, Barcelona, outubro de 1999, p. 1, www.indret.com, consultado em 30.01.2012.

⁵¹ BITTAR, Carlos Alberto, *Reparação civil por danos morais*, 3ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, p. 40.

Outro importante conceito é fornecido por AGUIAR DIAS⁵², que segundo o nosso entendimento é quem melhor traduz o tema. Segundo ele, o dano que interessa ao estudo da responsabilidade civil é o que constitui requisito da obrigação de indenizar. Assim, não se pode deixar de atentar na divisão: danos patrimoniais e danos morais, imateriais ou não patrimoniais. Destaca que, quando ao dano não correspondem as características do dano patrimonial, dizemos que estamos na presença de dano moral. A distinção, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas 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 moral em resultado de ofensa a bem material.

Como verificamos, a doutrina quase sempre utiliza a expressão dano patrimonial para referir-se àquele patrimônio material, isto é, aqueles bens suscetíveis de apreciação econômica. Partindo deste ponto de vista, podemos dizer que o dano patrimonial é aquele passível de verificação visual, de fácil constatação. Segundo SANTOS BRIZ⁵³, “*Son daños patrimoniales los que producen un menoscabo valorable em dinero sobre intereses patrimoniales del perjudicado*”. A título de exemplo, se uma pessoa possui um automóvel e um motorista imprudente o abalroa, danificando-lhe, este dano é visível, de fácil constatação. Apenas olhando para o automóvel posso constatar claramente o dano, e em que local tal dano se verificou. Esta modalidade de dano é mensurável monetariamente. Inegavelmente, o dano patrimonial tange a dinheiro, ou coisas passíveis de serem convertidas e conseguidas por meio do dinheiro, por isso, no âmbito da responsabilidade civil, dizemos que é possível reparar o dano, isto é, mediante a indenização, fazer que volte ao estado que antes se encontrava. Esse é o patrimônio material, visualizável, mensurável.

⁵² AGUIAR DIAS, José de, *Da responsabilidade civil*, 8ª ed., V. II, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1987, pp. 836.

⁵³ SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil*, 4ª ed., Ed. Montecorvo S.A., Madrid, 1986, p. 149.

A reparação dessa lesão patrimonial, compreende o dano emergente, representado pela diminuição patrimonial, isto é, será indenizado pela perda ou diminuição de valores já existentes no seu patrimônio; e o lucro cessante, que se refere ao que o lesado deixou de obter em razão da lesão. Em síntese, nada ficará irreparado.

O dano moral, que será o ponto nevrálgico deste trabalho, e analisado na segunda parte do mesmo, com a maior riqueza de detalhes possível, diz respeito à modalidade de dano que a pessoa sofre em seu espírito, em seu âmago, em sua intimidade.

Não se pode negar, evidentemente, que a moral também se constitui em um patrimônio das pessoas. Aliás, o mais valioso de todos os bens, em nosso modo de pensar. O patrimônio de um indivíduo não é constituído unicamente dos bens materiais, mas também dos bens imateriais, como direito a dignidade humana, a honra, etc. Logo, por essa linha, todos os danos, sejam eles causados em bens materiais ou imateriais, seriam “danos patrimoniais”.

Talvez fosse mais adequado, se utilizássemos a expressão patrimônio material e patrimônio imaterial, pois assim, aqueles bens não suscetíveis de apreciação econômica estariam incluídos também em “danos patrimoniais”. Todavia, não é o que ocorre na prática. Conforme se verificou acima, a doutrina se refere a danos patrimoniais, tão somente como aqueles economicamente apreciáveis⁵⁴.

De outra banda, danos morais, são aqueles danos que violam bens não suscetíveis de apreciação econômica, ou como prefere JOÃO ROBERTO PARIZATTO⁵⁵, os danos morais pressupõem a violação de bens de natureza não patrimonial do indivíduo. Esse tipo de dano não se exterioriza no mundo material, tal qual o patrimonial, pois não pode ser visto, situa-se no âmago da vítima, em seu interior. Essa modalidade de dano somente pode ser sentida, pela própria vítima. Somente o lesado pode aferir, através da introspecção,

⁵⁴ Nesse sentido Santos Briz, Antonio Jeová dos Santos, Frenando Gomez Pomar.

⁵⁵ PARIZATTO, João Roberto, Dano Moral, Edipa Ed., Minas Gerais, 1998, p. 4.

qual a extensão do dano que lhe foi infligido.

Questão que poderia ensejar alguma dúvida, é no que diz respeito aos casos de lesão à pessoa, ou seja, aqueles casos, por exemplo, de lesão corporal ou de morte. Em que espécie de danos estes se encaixam? No sistema brasileiro não há outra classificação. Estes danos podem ser materiais, morais ou ambos simultaneamente. Assim, se uma jovem tiver a profissão de modelo, e deixar de posar para fotografias, em razão da deformidade, e assim, não ganhar o dinheiro que poderia ter obtido se a foto fosse publicada em revistas, claro está a presença do dano patrimonial de par ao dano moral, pois a deformidade, por óbvio é motivo de angústia, de sofrimento⁵⁶.

O dano moral segundo YUSSEF SAID CAHALI⁵⁷, é bastante abrangente, devendo ser caracterizado como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação etc) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade); dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc) e dano moral puro (dor, tristeza etc).

Outrossim, este tema será abordado mais detalhadamente em tópico específico⁵⁸.

Por fim, ainda com respeito ao dano, entendemos conveniente abordar, mesmo que brevemente, a questão dos danos extrapatrimoniais. Muitos autores utilizam a expressão danos extrapatrimoniais como categoria contraposta a danos patrimoniais, e não raras vezes utilizam como sinônimo de danos morais, por estes se situarem fora do patrimônio das pessoas, patrimônio

⁵⁶ JEOVÁ DOS SANTOS, Antonio, *Dano Moral Indenizável*, 4ª ed, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p. 88/89.

⁵⁷ CAHALI, Yussef Said, *Dano Moral*, 3ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, p. 22.

⁵⁸ Vid. *Capítulo II, "3 Danos Puramente Morais e Danos Patrimoniais"*.

este, entendido em seu aspecto apenas material.

Nesse sentido, MAZEAUD E TUNC⁵⁹ definem o dano extrapatrimonial como *“aquele que não atinge de modo algum ao patrimônio e causa tão somente uma dor moral à vítima”*.

ROBERTO BREBBIA⁶⁰ destaca que a violação aos direitos inerentes à personalidade geram o dano extrapatrimonial ou moral, enquanto a violação aos direitos patrimoniais geram dano patrimonial.

YUSSEF SAID CAHALI⁶¹, afirma que *“segundo o entendimento generalizado na doutrina, e de resto consagrado nas legislações, é possível distinguir, no âmbito dos danos, a categoria dos danos patrimoniais, de um lado, dos danos extrapatrimoniais, ou morais, de outro; respectivamente, o verdadeiro e próprio prejuízo econômico, o sofrimento psíquico ou moral, as dores, as angústias e as frustrações inflingidas ao ofendido”*.

Em primeiro lugar temos que advertir que embora a doutrina utilize a expressão “danos extrapatrimoniais”, estes não constituem propriamente uma classe de danos, mas sim, uma classe de bens jurídicos suscetíveis de danos. São bens jurídicos pertencentes ao patrimônio imaterial do sujeito. Podemos elencar como exemplo, os danos à liberdade, a honra, a atividade profissional, as manifestações culturais, ao meio ambiente, etc. Assim, é evidente que há um vínculo entre dano moral e dano extrapatrimonial, porque o dano moral atinge justamente os bens da esfera imaterial da pessoa, como a honra, por exemplo. Todavia, há que se ter cuidado, porque a expressão “dano extrapatrimonial” é muito mais ampla, de modo que podemos dizer que todo dano moral é extrapatrimonial, mas nem todo dano extrapatrimonial constitui um dano moral. Logo, o dano que se relacione ao direito autoral que o sujeito tem de sua obra,

⁵⁹ MAZEAUD, H. E L e Tunc, A., *Obligations em général et responsabilité civile.*, *Comentário jurisprudencial*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, Trad. Betina Pohl Meinhardt, 1957, V. 55, p. 424.

⁶⁰ BREBBIA, Roberto H., *El daño moral*, 2ª ed., Ed. Orbir, Córdoba, 1967, p. 58.

⁶¹ CAHALI, Yussef Said, *Dano Moral*, 3ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, p. 21.

por exemplo, será necessariamente um dano extrapatrimonial, mas pode não ser um dano moral. Isso, somente o caso concreto irá dizer.

Outrossim, a expressão “danos extrapatrimoniais” pode ser utilizada para caracterizar ofensa à bens imateriais pertencentes a uma determinada pessoa, mas também para designar os danos produzidos em bens e interesses difusos, cuja titularidade é indeterminada.

Esses danos se verificam, por exemplo, no meio ambiente, ou no patrimônio da humanidade, como centros históricos, paisagens naturais, obras artísticas e demais objetos do gênero. É aquele dano que atinge a todos simultaneamente, mas a ninguém isoladamente. Somente se faz sentir de forma coletiva. Quando a nascente de um rio é poluída; quando uma mata virgem é incendiada; quando animais silvestres estão sendo mortos e contrabandeados, correndo, por conseguinte, risco de extinção; quando as indústrias químicas despejam substâncias poluentes em rios que abastecem uma cidade, estaremos diante de um dano extrapatrimonial que atenta contra bens pertencentes à coletividade.

A indenizabilidade quanto à ofensa a esses bens coletivos do ponto de vista patrimonial é uma questão já superada, isto é, aquele que causa um prejuízo, poluindo uma nascente, por exemplo, será condenado ao pagamento das despesas para a recuperação do meio ambiente.

A questão que hoje ganha destaque é a possibilidade de indenização por danos morais em razão da ofensa a estes bens coletivos.

Nesse sentido, o grande mestre RUBENS LIMONGI FRANÇA⁶² diz que *“Parece que poderíamos, mesmo, afirmar a possibilidade de existir dano moral à coletividade, como sucederia na hipótese de se destruir algum elemento do seu patrimônio histórico ou cultural, sem que se deva excluir, de outra parte, o referente ao seu patrimônio ecológico”*.

⁶² FRANÇA, R. Limongi, *Reparação do Dano Moral*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, Vol. 631, maio – 1988 (periódico), p. 31.

Segundo LUIZ GUSTAVO GRANDINETTI⁶³, “O Direito se preocupou durante séculos com os conflitos intersubjetivos. A sociedade de massas, a complexidade das relações econômicas e sociais, a percepção da existência de outros bens jurídicos vitais para a existência humana, deslocaram a preocupação jurídica do setor privado para o setor público; do interesse individual para o interesse difuso ou coletivo; do dano individual para o dano difuso ou coletivo. Se o dano individual ocupou tanto e tão profundamente o Direito, o que dizer do dano que atinge um número considerável de pessoas? É natural que o Direito se volte, agora, para elucidar as intrincadas relações coletivas e difusas e especialmente à reparação de um dano que tenha esse caráter”.

Entretanto, o grande problema desse tipo de dano moral, não está no fato de reconhecê-lo, pois isso parece que já ocorre⁶⁴. O mais importante, reside na questão da legitimidade ativa para pleitear a referida indenização. Afinal, se os danos são sofridos pela coletividade, e não pelo indivíduo isolado,

⁶³ GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo, *Responsabilidade por dano não patrimonial e interesse difuso (dano moral coletivo)*. Revista da EMERJ – Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, v. 3, n. 9, pp. 21/42.

⁶⁴ De acordo com CARVALHO RAMOS “(...) é preciso sempre enfatizar o imenso dano moral coletivo causado pelas agressões aos interesses transindividuais. Afeta-se a boa-imagem da proteção legal a estes direitos e afeta-se a tranqüilidade do cidadão, que se vê em verdadeira selva, onde a lei do mais forte impera. (...) Tal intranqüilidade e sentimento de despreço gerado pelos danos coletivos, justamente por serem indivisíveis, acarretam lesão moral que também deve ser reparada coletivamente. Ou será que alguém duvida que o cidadão brasileiro, a cada notícia de lesão a seus direitos não se vê desprestigiado e ofendido no seu sentimento de pertencer a uma comunidade séria, onde as leis são cumpridas? A expressão popular ‘o Brasil é assim mesmo’ deveria sensibilizar todos os operadores do Direito sobre a urgência na reparação do dano moral coletivo”. CARVALHO RAMOS, André de, *Ação Civil Pública e o Dano Moral Coletivo*. Revista de Direito do Consumidor, nº 25, São Paulo: RT, jan-mar. 1998, p. 80-98. Também CARLOS ALBERTO BITTAR: “(...) O dano moral coletivo é a injusta lesão da 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 isso dizer, 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 da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (damnum in re ipsa)”. BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Do Dano Moral Coletivo no Atual Contexto Jurídico Brasileiro*. In: Revista de Direito do Consumidor nº 12, out/dez/94.

a quem caberá ajuizar a ação correspondente? Ainda que não seja o objetivo deste trabalho abordar as questões processuais, vamos demonstrar aquilo que Brasil e a Espanha, em caráter geral, dispõem a respeito da legitimação ativa no âmbito das ações coletivas:

No Brasil a legitimidade para ingressar com ação na defesa de direitos coletivos, está contemplada na Lei 7.347, de 24 de julho de 1985 (art. 5º), segundo a qual são legitimados: O Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia, a empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; e, a associação constituída a pelo menos um ano e que inclua em suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou o patrimônio artístico, turístico e paisagístico.

Na Espanha encontramos previsão no artigo 11 da Ley de Enjuiciamiento Civil (Lei 1/2000, de 7 de janeiro), segundo a qual:

“(…)

3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas.

4. Asimismo, el Ministerio Fiscal y las entidades habilitadas a las que se refiere el artículo 6.1.8.º estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios”.

2.3 Nexo Causal

Consoante o vernáculo, "nexo" significa ligação, vínculo, união. Causalidade diz respeito à causa. Em responsabilidade civil causa é o acontecimento que antecede o resultado lesivo, ou, mais singelamente, o dano. Desta forma, dano é o resultado de uma causa e, como vimos acima, essa causa será uma ação ou omissão do agente.

O nexo de causalidade será, assim, o vínculo que servirá de ponte entre a causa (ação ou omissão do agente), e o resultado (o efeito desta causa, o dano). Para que surja o dever de indenizar, deve haver uma relação entre o agir do indivíduo, a causa, e o resultado (dano). Se esse vínculo estiver ausente, nenhuma responsabilidade poderá subsistir e, conseqüentemente, não subsistirá, ou melhor, nem mesmo chegará a existir o dever de indenizar, de reparar o dano.

O nexo de causalidade é o laço que une as duas pontas dos acontecimentos. Entrelaça a causa ao efeito, a ação ou omissão ao resultado lesivo, o dano.

Se uma pessoa, mesmo guiando seu carro imprudentemente, não vem a ocasionar nenhum acidente automobilístico, evidentemente que não poderá ser responsabilizada pelo evento lesivo que não produziu. Todavia, se uma pessoa, embriagada, guiando seu automóvel imprudentemente, vem a colidir com outro automóvel, fazendo-o capotar, deverá ser responsabilizada a indenizar a vítima, não apenas pelos danos materiais do veículo que capotou, mas também, com eventuais despesas que tenha tido com tratamento médico, e até mesmo pode ser responsabilizada, a indenizar eventuais danos morais que a vítima tenha sofrido. Nesse caso, está claro o nexo de causalidade. A causa do acidente foi o motorista que, embriagado, guiava imprudentemente seu automóvel. O resultado, ou o efeito dessa ação imprudente é o capotamento do outro veículo. Há um vínculo entre a conduta do infrator e o dano sofrido pela vítima, pois sem a atitude imprudente do agente, a vítima não teria sofrido dano algum. Há uma inegável ligação entre os dois eventos.

Assim, nota-se claramente que o nexu de causalidade é um pressuposto impostergável e imprescindível na caracterização da responsabilidade, por conseguinte, do dever de indenizar.

A respeito do nexu de causalidade, diz o professor ORLANDO SOARES⁶⁵ com a proficiência que lhe é peculiar que “*O conceito de relação de causalidade decorre do princípio geral de causa e efeito, de antecedente e conseqüente, princípio esse comum à investigação científica, no mais amplo sentido, como lembramos alhures. (...) De modo geral, no Universo, os fenômenos se desenvolvem e se processam em sua dinâmica, em duas principais fases: a primeira delas denominada, causa, que constitui, por assim dizer, a fonte geradora ou de origem da segunda, denominada efeito. Isso equívale a dizer que causa é fundamentalmente um fenômeno antecedente de um conseqüente*”.

A relação de causalidade pode manifestar-se de maneira clara e direta, como por exemplo, a manipulação negligente de materiais inflamáveis que origina um incêndio e causa prejuízos na propriedade vizinha. No entanto, em outros casos a constatação do nexu causal pode não ser tão clara, a medida que a esta conduta inicial do agente (manipular de forma negligente), pode agregar-se outras condutas, que interferem na produção do resultado. Se no exemplo anterior, os bombeiros na tentativa de apagar o incêndio, produzirem danos que se somam àqueles originados pelo fogo, teremos um desdobramento do nexu causal. A relação de causalidade significa que entre a descuidada utilização dos materiais e os danos resultantes há uma conexão tal, que obriga a impor toda a reparação, inclusive dos prejuízos causados pelos bombeiros. A concatenação dos acontecimentos pode ser tão completa que corre o risco de, às vezes, perder o elo de sua interrelação, ou de considerar que esta é irrelevante para efeitos de responsabilidade⁶⁶.

⁶⁵ SOARES, Orlando, *Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro*, 2 ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1997, pp. 14/24.

⁶⁶ ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de; y MARTÍNEZ-PEREDA, José Manuel; y SANTOS BRIZ, Jaime; y SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio; y GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Ed. Boch, S.A, Tomo I, Barcelona, 2008, p. 413/414;

Quando o jurista se depara com um resultado danoso, o processo mental pode consistir em retrazar o curso histórico dos acontecimentos que conduziram ao resultado, para decidir se pode responsabilizar um sujeito que com a sua conduta interferiu de uma outra forma em dito curso. Esta indagação leva a uma destas indagações: ou se considera que a conduta examinada foi a causa que desencadeou o dano ou contribuiu para sua produção, ou por outro lado, se conclui que foi irrelevante dentro do conjunto de fatos que levaram à produção do dano.

A doutrina tem construído diversas teorias como forma de valorar a relação de causalidade. Surgiu primeiramente a teoria da equivalência das condições. De acordo com esta, basta que a culpa de uma pessoa tenha sido um dos antecedentes do dano para que tal pessoa seja responsabilizada. Não importa se entre a conduta culposa e o dano tenham ocorrido outros acontecimentos, ainda que numerosos e de grande quantidade. A crítica a esta teoria é justamente que ela é muito excessiva, podendo responsabilizar o sujeito de modo desproporcional e injusto.

Na tentativa de amenizar os inconvenientes da teoria da equivalência das condições, surgiu a teoria da causalidade adequada. De acordo com ela todos os acontecimentos que precedem um dano têm a mesma relevância. Ao dano tem que se associar aquele antecedente que, segundo o curso normal dos acontecimentos, tenha sido causa direta e imediata, de modo que todos os demais são irrelevantes na atribuição da responsabilidade. Por isso causa adequada⁶⁷.

No direito brasileiro e também no espanhol, adota-se predominantemente a teoria da causalidade adequada, contudo, sem dissociar-se das peculiaridades do caso concreto, e também das demais teorias, a fim de atribuir uma correta imputação objetiva⁶⁸.

⁶⁷ ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de; y MARTÍNEZ-PEREDA, José Manuel; y SANTOS BRIZ, Jaime; y SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio; y GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Ed. Boch, S.A, Tomo I, Barcelona, 2008, pp. 413/415;

⁶⁸ De acordo com José Ramón Ferrándiz Gabriel e Encarnación Roca Trías em sua atualizada

Estabelecido o nexo de causalidade, chega-se ao autor do evento lesivo. Ligando-se as duas pontas dos acontecimentos, a conduta do indivíduo e o resultado produzido, torna-se clara a autoria do prejuízo que se fez presente. Mas para que surja a obrigação, o dever de indenizar, que será imposto ao agente, deve-se analisar se o mesmo teve a intenção de produzir o evento danoso, agindo assim com dolo, vontade livre e consciente, dirigida para uma determinada finalidade, ou se, pelo menos agiu, culposamente, no sentido de ter sido negligente, imprudente ou imperito no desenvolvimento de sua conduta. Além disso, ainda será necessário verificar se presente alguma das causas de exclusão da responsabilidade, e aí então, teremos condições de afirmar se o agente é responsável civilmente.

Assim, el criterio de imputación é outro requisito para caracterização da responsabilidade de reparar o dano.

obra “mediante la afirmación de una responsabilidad civil se trata de que quien há sufrido um daño injusto obtenga reparación o compensación a cargo de quien lo hubiera causado. Por ello, constituye uno de los presupuestos de la responsabilidad civil la existencia de una relación de causalidad entre el daño y la conducta de la persona a la que éste se imputa. La relación de causalidad no puede estar regida más que por las reglas de la lógica, para comprobar si el daño se hubiera producido o no en el caso de que la conducta del supuesto sujeto agente no se hubiera ejecutado. Impera em este punto la máxima de la conditio sine qua non. Conforme esas reglas, el daño debe ser atribuido em toda su extensión a la persona cuya conducta hubiera sido el antecedente necesario del mismo. Y si, suele acontecer, el resultado lesivo hubiera sido consecuencia de la concurrencia de diversas causas, todas ellas deben ser consideradas equivalentes, en tanto que se llegue a la conclusión de que aquél no se hubiera producido sin ocurrir la que se examina em el caso. Es evidente que la relación causal debe existir y, por ello, que em el proceso há de quedar probada. Y, también, que la carga de la prueba se ajusta a las normas generales, sin inversiones o presunciones iuris tantum. Sin embargo, desde siempre se há sentido la necesidad de introducir correcciones de contenido jurídico o sociológico a la frialdad de la regla de la condición necesaria para valorar la interferencia de factores extraños; para atribuir al sujeto agente sólo la medida del daño de que em justicia deba responder; para poder vincular al régimen de responsabilidad extracontractual también una función ejemplar de efectos disuasorios, em beneficio de todos. Ello ha llevado a sostener la conveniencia de someter a una posterior valoración la relación de causalidad, conforme a diversos criterios, unos de eficacia positiva y otros excluyente, que permitan fundar una correcta imputación objetiva. La jurisprudencia se ha hecho eco de esa doctrina, al distinguir, cada vez más nitidamente, entre causalidad e imputación objetiva. Así, mediante la aceptación de la llamada teoría de la adecuación, fundada em juicio ex post de probabilidad, y de otros criterios correctores de la causalidad, como fundamento o base de la imputación objetiva”. (FERRÁNDIZ GABRIEL, José Ramón y ROCA TRIAS, Encarnación, Responsabilidad Civil. Cuestiones Generales y su efecto reparador, Ed. La Ley, Madrid, 2010, pp. 94/95).

2.4 “Critério de Imputação”

Os conceitos de responsabilidade e licitude se atrelam ao conceito de imputabilidade.

Responsabilidade é o instituto jurídico que busca o autor de um determinado ato ou fato que se faz presente no mundo material, alterando-o. De forma simples, assim como já foi definido anteriormente, a responsabilidade busca atribuir a cada pessoa a autoria do ato que praticou. Qual a finalidade deste desiderato? Simples: todo ato produz um resultado e, não raras vezes, este resultado pode produzir efeitos negativos para uma determinada pessoa que, por conseguinte, pode estar sofrendo um dano. E, se houver dano, urge que haja reparação, mais especificamente: que aquele que produziu o dano seja obrigado a repará-lo. Isso é o que preceitua a regra lapidar da responsabilidade civil.

Licitude. O que é licitude? É aquilo que o ordenamento jurídico permite. Para DE PLÁCIDO E SILVA⁶⁹ o termo *“Derivado do teira licitas (legítimo, permitido, legal), ifelicere (ser permitido, ser possível), em sentido rigorosamente jurídico, quer exprimir tudo aquilo que se pode fazer, porque não é vedado por lei”*. Nesse itinerário de pensamento, o lícito se traduz no comportamento aceito pela sociedade, em um determinado momento histórico. Traduz-se naquela categoria de comportamentos que, uma vez praticados, não geram insatisfação ou reação da sociedade, pois a mesma os prega como corretos. Assim, lícito é o permitido, o aceito, o justo.

E imputabilidade? Imputabilidade se traduz na capacidade que a pessoa tem de poder suportar as conseqüências do ato que pratica. Pressupõe entendimento. Compreensão da realidade, do mundo que a cerca.

⁶⁹ SILVA, De Plácido e, *Vocabulário Jurídico*, 8ª ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, Vol. I A-C, V. II D-I, 1984, p. 89.

Segundo DE PLÁCIDO E SILVA, imputabilidade é “*Derivado de imputar, do latim imputare (levar em conta, atribuir, aplicar), exprime a qualidade do que é imputável*”. Assim, a imputabilidade revela a indicação da pessoa a quem se deve atribuir ou impor a responsabilidade, em virtude de fato verdadeiro que lhe seja atribuído, ou de cujas conseqüências seja responsável. Desse modo, a imputabilidade mostra a pessoa para que se lhe imponha a responsabilidade.

Para que exista responsabilidade por parte do agente causador do dano, deve haver imputabilidade. Isto é, capacidade de entendimento, de compreensão da realidade que nos cerca.

Em sentido amplo, se tomarmos como parâmetro o termo responsabilidade, como o instituto que atribui a autoria de um ato a uma determinada pessoa, todos, indistintamente, somos responsáveis pelo que fazemos, mesmo que de forma não intencional. Agora, a obrigação de reparar o dano causado, somente surgirá diante da imputabilidade. Como já se dissemos alhures.

Se não há imputabilidade, não poderá haver responsabilidade, no sentido de se obrigar, de se compelir uma pessoa a reparar, ou ressarcir o dano causado.

Feitas essas considerações preliminares, passemos à análise dos critérios de imputação legalmente previstos.

Tanto no ordenamento jurídico brasileiro como o espanhol, encontramos previsão de dois critérios de imputação: a imputação subjetiva, traduzida na idéia de culpa; e a imputação objetiva, alicerçada na teoria do risco.

Ambos os países, também consagram o princípio da culpa como basilar da responsabilidade civil, admitindo a título de exceção a responsabilidade sem a culpa.

Em rigor, conforme afirma SÍLVIO RODRIGUES⁷⁰, não se pode afirmar

⁷⁰ RODRIGUES, Sílvio, *Direito Civil*, 19ª ed., v. 4, Ed. Saraiva, São Paulo, 2002, p. 11.

ser espécies diversas de responsabilidade, mas sim maneiras diferentes de encarar a obrigação de reparar o dano. E, uma real compreensão do instituto, passa por uma análise detalhada destas modalidades. Segundo GÓMEZ POMAR⁷¹, *“La distinción entre la regla de responsabilidad por culpa y la regla de responsabilidad objetiva es una de las distinciones básicas del Derecho de daños. Una y otra regla constituyen igualmente la dualidad esencial a la que se enfrentan el legislador y el juez a la hora de regular con normas de responsabilidad los comportamientos potencialmente dañosos”*.

2.4.1 Responsabilidade Civil por culpa ou subjetiva

O elemento culpa sempre se mostrou de grande importância na área do comportamento humano e por isso sua análise é imprescindível para a ciência jurídica, uma vez que é objetivo desta ciência regular e pautar o comportamento humano de tal forma que não venha a causar prejuízos a outrem.

Desde o momento em que o homem passou a viver em sociedade, suas relações ganharam alto grau de complexidade. Quando ainda estava reduzido a um simples animal que caçava e vivia sozinho podia, como dito anteriormente, agir de forma irrestrita, livre. Primeiro porque não havia a quem causar dano. Segundo, porque caso viesse a causar dano a outrem, isso era plenamente assimilado como uma regra da natureza, pois somente os mais aptos sobrevivem.

Todavia, a partir do exato momento em que passou a se agrupar com outros da sua espécie, formando clãs, tribos, enfim, núcleos sociais, a preocupação sobre o regramento da conduta passou a ter grande importância, principalmente, pelo fato de que ninguém admite sofrer uma lesão e ver o ofensor sair impune. Assim, quando uma pessoa causa um dano a outrem,

⁷¹ GÓMEZ POMAR, Fernando , *Carga de la prueba y responsabilidad objetiva*, Indret número 1/2001, Barcelona, janeiro de 2001, p. 2, www.indret.com, consultado em 30/01/2012.

necessário se faz perquirir qual era sua intenção no momento em que agia.

A ação ou omissão devem ser culpáveis, isto é, resultantes da vontade de produzir o dano ou do agir culposo. A diferença entre estas formas de culpabilidade está na voluntariedade e na intencionalidade. Os casos de responsabilidade por dolo não são os mais abundantes, sem dúvida porque este elemento intencional não é o mais frequente⁷².

A culpa lato sensu, ou seja, compreendida em seu aspecto mais amplo, abrange a culpa stricto sensu e o dolo. O dolo ocorre quando uma pessoa age intencionalmente. Ou seja, age de tal forma que o resultado que se verifica era o esperado e o desejado. O motorista que intencionalmente, joga seu automóvel sobre outro que pertence a um amigo seu, em razão deste possuir um veículo de melhor marca e mais luxuoso, com o simples intuito de lhe causar um dano, age intencionalmente. O dano que porventura, vier a causar, por exemplo, um arranhão na pintura, ou a destruição parcial ou total do veículo, será resultado desejado, querido, pelo ofensor e, portanto, o mesmo deverá arcar com os danos, reparando-os cabalmente. Apenas a título de conhecimento, há que se registrar a existência do dolo específico, que é aquele pelo qual o agente quer um resultado

⁷² “La acción u omisión han de ser culpables, esto es, producto de la deliberada voluntad de dañar (dolo) o de negligencia o imprudencia (culpa) del agente. La diferencia entre estas dos formas de culpabilidad radica en la voluntad e intencionalidad. Los casos de responsabilidad por dolo no son, desde luego, los más abundantes, sin duda porque este elemento intencional no es el más frecuente. Pero no faltan ejemplos, como el de la sentencia de 12-XII-85 (RJ 6437), em que se estimó la reclamación entablada contra el poseedor de un vehículo que alegaba haberlo comprado. El supremo entendió que em modo alguno encontraba fundamento la invocada buena fe del demandado, diciendo que su proceder rozaba los límites penales de um delito de hurto. La S. 30-III-05 (RJ 2618), al resolver um caso de daños connscientemente realizados em la venta de cabezas de ganado, dijo que la actuación de los codemandados había sido claramente negligente, e incluso rayana em el dolo civil, si no incura em el mismo, como conducta intencional o al menos plenamente consciente del daño ajeno. Com cita, al efecto, de la doctrina jurisprudencial de que basta la consciencia de que con um hecho propio se realiza um acto antijurídico que no debe hacerse (sentencias de 9-III-62, RJ 1230, 19-V-73, RJ 2339, y 5-XII-95, RJ 9260). Mas así, como la estimación del dolo em cada caso concreto no ofrece mayores dificultades (como no sean las consistentes em dar por probada la intención de perjudicar, característica de dicha figura), la noción de culpa plantea considerables problemas”. ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de; y MARTÍNEZ-PEREDA, José Manuel; y SANTOS BRIZ, Jaime; y SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio; y GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Ed. Boch, S.A, Tomo I, Barcelona, 2008.

específico e emprega todo seu esforço para a consecução do mesmo, como por exemplo, quando uma pessoa se mune de uma arma e atira contra uma determinada pessoa, objetivando matá-la; o tiro atinge o coração da vítima, vindo ela a falecer. Neste caso, o agente quis o resultado, perseguiu o mesmo e o obteve, isto é, alcançou a morte de determinada pessoa. E há o dolo eventual, por meio do qual o agente não quer um resultado específico, mas, mesmo prevendo a possibilidade de que este resultado ocorra, não faz nada para impedir a verificação do mesmo. Fiquemos com o seguinte exemplo: uma pessoa, munida de um facão, arma cortante, desfecha um golpe na região do pescoço da vítima apenas para feri-la, mas sabe que nesta região o golpe pode ser letal e, de fato, ao golpear a vítima, produz um corte tão profundo, que a vítima vem a morrer; neste caso o agente previu o resultado e não fez nada para evitá-lo, assumindo todos os riscos. É evidente que essa discussão assume feição eminentemente acadêmica, pois, para a caracterização da obrigação e, portanto, do dever de reparar, não importa se o dolo foi específico ou eventual, ambos ensejam a responsabilidade, mas fica registrada a diferença.

Na culpa *stricto sensu*, o agente, ao agir não pretendia causar prejuízo a outrem, nem podia prever a ocorrência do mesmo, não assumindo, por conseguinte, os riscos de produzi-lo. Todavia, por imprudência, negligência ou imperícia veio a causar um dano. A imprudência ocorre quando uma pessoa deveria tomar certos cuidados, mas não os toma, sendo por isso, negligente. A imperícia ocorre quando uma pessoa, devendo observar certas regras técnicas para o desempenho de determinada profissão ou arte, não as observa e, ao agir, de forma novamente negligente, vem a causar um prejuízo, um dano a outrem. Assim, como se vê, na idéia de negligência estão insertas as de imprudência e imperícia. O professor SILVIO RODRIGUES⁷³ enfatiza em sua obra, que na idéia de negligência se inclui a de imprudência, bem como a de imperícia. Diz ele, que aquele que age com imprudência, negligencia em tomar as medidas de precaução aconselhadas para a situação em foco; como também, a pessoa que se propõe a realizar uma tarefa que requer conhecimentos

⁷³ RODRIGUES, Silvio, *Direito Civil*, 19ª ed, Ed. Saraiva, São Paulo, 2002, pp. 16/17.

especializados ou alguma habilitação e a executa sem ter aqueles ou esta, obviamente negligenciou em obedecer às regras de sua profissão e arte; todos agiram culposamente.

Assim, em matéria de responsabilidade civil, se o agente agir dolosa, ou culposamente, deverá reparar o dano que causar. Alguns poderiam tentar argumentar, dizendo que em caso de culpa, o agente não deveria ser compelido a reparar o dano, pois não desejou o resultado. No entanto, tal argumento, evidentemente, não convence. Primeiramente, porque a vítima não poderia ser obrigada a arcar com a atitude negligente do autor do dano, compreendida nesta, a negligência a imprudência e a imperícia, como dito acima. A negligência é uma resultante da inobservância, por parte do agente, de regras de procedimento ou de condutas. Portanto, se tivesse observado tais regras, o dano, evidentemente, não se teria produzido. E em segundo lugar, porque a própria lei determina que mesmo agindo culposamente, o agente deva ser obrigado a reparar o dano que causar. O artigo 159 do Código Civil de 1916, reza que *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”*. Regra esta que foi reproduzida no Novo Código Civil, em seu art. 186, nestes termos: *“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”*.

Quando a lei menciona a negligência ou imprudência, está se reportando à culpa. O agente, ao agir, não pretendia que sua atitude causasse um prejuízo a outrem, todavia, por ter obrado negligentemente veio a produzir um resultado danoso. A lei não menciona a palavra imperícia, o que não tem relevância alguma para justificar a não indenização em essa se verificando, pois, como dito acima, a imperícia é um conceito que está inserido dentro do conceito de negligência.

O Código Civil Espanhol trata do assunto no artigo 1902, assim dispendo: *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*.

Segundo a doutrina espanhola, o fato de que a responsabilidade ocorre tanto nos casos de dolo como culpa, é igualmente, pacífica. E em se tratando de dolo, a sua averiguação no caso concreto não encontra maiores dificuldades. No entanto, isso não ocorre no caso da culpa. Em primeiro lugar, porque esta questão não pode ser resolvida por aplicação de fórmulas gerais, mas sim através da concreta ponderação dos mais diversos tipos de comportamento humano. Os conceitos de culpa ou negligência referidos no artigo 1902 do Código Civil Espanhol abarcam uma escala tão dilatada e extensa, que não é possível sintetizar em regras precisas para sua aplicação, por isso a necessidade de em cada caso concreto, apreciando os diversos elementos apresentados em juízo, apreciar a existência de causa geradora de culpa ou negligência. Em segundo lugar, a apreciação da culpa exige a adoção de um modelo de referência, um modo de comparação que sirva ao julgador para decidir em cada caso se houve ou não comportamento culposo. O grande problema é encontrar este modelo de referência. Poderia se cogitar como parâmetro, a conduta abstratamente esperada do homem médio, mas isto, só é viável no plano teórico, porque na prática é muito difícil, a medida que imporia a indagação de questões normalmente inacessíveis ao juiz, e também devido ao risco de causar injustiça. Por este critério, resultaria prejudicado o sujeito que habitualmente é mais cuidadoso e diligente que os demais. Em razão disso, a orientação segue no sentido de que este critério pode ser adotado (e a jurisprudência espanhola, muitas vezes assim o faz, como por exemplo nas Sentenças nº 90/2004, e nº 177/2004 da Audiência Provincial de Lleida⁷⁴,

⁷⁴ Sentença 90/2004 da Audiência Provincial de Lleida: *“(…)Efectivament com diu la STS de 2-12-89 “El concepto de culpa o negligencia como elemento esencial de la responsabilidad civil extracontractual constituye, una cuestión de derecho em cuanto implica la calificación de la acción u omisión como culpable o negligente partiendo de los hechos que han quedado definitivamente acreditados; se caracteriza la culpa o negligencia por la omisión de la diligencia exigible, cuyo empleo podría haber evitado el resultado dañoso, diligencia que habrá de corresponder a las **circunstancias** de las personas, del tiempo y del lugar según previene el art. 1.104 del Código Civil, y en este sentido tiene declarado esta Sala en sentencias, entre otras, de 10 de julio de 1981, 11 de mayo de 1983 y 16 de febrero de 1988,*

também na Sentença nº 3075/2005 de 11 de abril, do Tribunal Superior de Justiça da Catalunya) porém, com muito cuidado, sempre atento para as circunstâncias próprias de cada caso concreto⁷⁵.

Assim, se o agente agir dolosa ou culposamente, deverá ser responsabilizado a reparar os eventuais danos que sua conduta ocasionar a outrem.

2.4.2 Responsabilidade Civil por risco ou objetiva;

A regra básica da responsabilidade civil, consagrada no Código Civil Brasileiro e no Código Civil Espanhol, requer a presença do elemento culpa para que o dever de reparar surja. Entretanto, excepcionalmente e em casos específicos, tais ordenamentos jurídicos admitem alguns casos em que a responsabilidade aparece mesmo sem o elemento culpa⁷⁶ estar presente. Em

que el requisito de la previsibilidad es esencial para generar culpa extracontractual, porque la exigencia de prever hay que considerarla en la actividad normal del hombre medio con relación a las circunstancias del momento en que no puede estimarse previsible lo que no se manifiesta con constancia de poderlo ser.". Així dons, hem de tenir per acreditada la responsabilitat de la demandada".

⁷⁵ ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de; y MARTÍNEZ-PEREDA, José Manuel; y SANTOS BRIZ, Jaime; y SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio; y GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Ed. Boch, S.A, Tomo I, Barcelona, 2008, pp. 220/221.

⁷⁶ Com o desenvolvimento da sociedade e a complexidade das relações jurídicas, tornou-se necessário uma evolução conceitual da noção de culpa à noção de risco. Com a Revolução Industrial na Europa, no século XVIII, a responsabilidade objetiva começou a despontar em decorrência do desenvolvimento industrial. A produção em grande escala e a mecanização dos sistemas produtivos aumentavam a circulação de riquezas, e ao mesmo tempo, outros problemas emergiam, que eram os acidentes de trabalho. Surgiu então, a necessidade de reparar tais danos sofridos pelos empregados. Todavia, a responsabilidade baseada no tradicional conceito de culpa revelava-se inadequada para atender àquele anseio de ressarcimento. Isso, porque impor à vítima, como pressuposto para ser ressarcida do prejuízo experimentado, o encargo de demonstrar não só o liame de causalidade, como por igual o comportamento culposo do agente causador do dano, equivalia a deixá-la irressarcida, pois em numerosos casos, o ônus de prova surgia como barreira intransponível. Se fazia necessário encontrar meios de livrar a vítima desse encargo, o que foi obtido através de

certas situações teremos responsabilidade civil sem culpa, ou casos em que a culpa é presumida.

A Teoria Objetiva não leva em consideração o elemento intencional do agente causador do dano. Não se perquire se o agente, ao agir, teve ou não o intuito de causar o dano a outrem, ou se agiu, pelo menos, culposamente. Se estiverem presentes, a ação ou omissão do agente, o nexo de causalidade e o dano, haverá os elementos configuradores do dever de reparar.

A Teoria Objetiva tem respaldo na teoria do risco. Assim, para que uma pessoa seja obrigada a reparar um dano que tenha causado a outrem, deve ter criado condições que favoreçam a ocorrência do mesmo. Isso se verifica principalmente nas várias atividades industriais desenvolvidas pelo homem. Assim, uma empresa que se dedica a exploração e extração de petróleo, cria condições para que ocorra um acidente ecológico de grandes proporções. Se isso ocorrer, contaminando extensas áreas marítimas, ocasionando a morte da fauna e da flora locais, a empresa deverá ser responsabilizada, independente da perquirição sobre sua atuação com culpa ou não, já que criou o risco com a sua atividade para que esse evento ocorresse. Da mesma forma, se com essa contaminação causou danos às pessoas, será obrigada a reparar.

É inegável que o mundo moderno com toda sua complexidade, por meio do capitalismo selvagem que se impõe, da mentalidade que busca apenas o lucro, apenas o material em detrimento do humano, vem impondo a necessidade de, em muitos casos, adotar a teoria objetiva. Exemplo disso são as relações consumeiristas. No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), adotou a Teoria Objetiva da responsabilidade Civil como regra. Assim também dispõe o direito espanhol na Lei 26/1984, de 19 de julho, "*General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*", e na Lei 22/1994, de 6 de julho, que

vários procedimentos técnicos. Procedimentos estes, que consistiam em propiciar maior facilidade à prova da culpa; no reconhecimento de presunções de culpa; em admitir no maior número de casos a responsabilidade contratual; e finalmente, em reconhecer em certos casos a teoria do risco. Dentro desse contexto a teoria da responsabilidade objetiva tomou forma. Tal assunto é exaustivamente tratado na obra de LIMA, Alvino, *Culpa e Risco*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1960.

trata da responsabilidade por produtos defeituosos, ambas na atualidade recogidas pelo Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de novembro. .

A importância da separação entre teoria objetiva e subjetiva concernem a uma das questões mais importantes e basilares do direito: a prova. Sabemos que tudo o que é alegado pelas partes num processo, deve ser cabalmente provado, caso contrário têm-se por inverídicas as informações e alegações.

Tratando-se de responsabilidade objetiva, é bastante comum encontrarmos na doutrina a afirmação de que nesta modalidade, basta à prova do dano experimentado pela vítima e do nexo causal para surgir o dever de indenizar.

Na doutrina brasileira, encontramos com frequência tal afirmativa. Nesse sentido, CARLOS ROBERTO GONÇALVES, assevera que *“A lei impõe a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou ‘objetiva’, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa”*⁷⁷..

⁷⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto, *Responsabilidade Civil*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2008, p. 18. Também nesse contexto, Maria Helena Diniz: *“Portanto, na responsabilidade subjetiva o ilícito é seu fato gerador, de modo que o imputado, deverá ressarcir o prejuízo, se for provado pelo lesado, que houve dolo ou culpa na ação. Já na responsabilidade objetiva, a atividade que gerou o dano é lícita, mas causou perigo a outrem, de modo que aquele que a exerceu terá o dever ressarcitório, pelo simples implemento do nexo causal”*. DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil*, Vol. VII, Ed. Saraiva, São Paulo, 1999, p. 50. (o grifo é nosso).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tem se manifestado da seguinte forma: *“O assalto à cliente no interior de agência bancária acarreta ao banco o dever de indenizar os prejuízos sofridos pelo consumidor, eis que se tratando de relação de consumo, a responsabilidade é objetiva nos termos do art. 14 do CDC, cabendo ao lesado apenas a prova do fato, do prejuízo e do nexo causal. Na espécie, restou incontroversa a ocorrência do assalto à mão armada ocorrido no posto bancária. Verifica-se, na espécie, falha na segurança do estabelecimento bancário, à medida que não dispunha de sistema de segurança da porta do estabelecimento, permitindo a entrada de qualquer pessoa. Valor da indenização por danos morais estabelecidos conforme as peculiaridades do caso concreto (R\$ 10.000,00), bem como observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, além da natureza jurídica da indenização e os parâmetros adotados pela jurisprudência para o julgamento de casos análogos (Agravo de Instrumento nº 1.119.948 - SP, STJ). APELAÇÃO DESPROVIDA”*. (Apelação Cível Nº 70046691234, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 26/12/2011)”.

Entretanto, tem se verificado que essa conclusão tão taxativa revela-se, no mínimo questionável, tendo em vista que isso levaria à obrigação de reparar danos que não podem ser objetivamente imputados ao agente. A professora MARÍA DEL CARMEN GARCÍA GARNICA⁷⁸ resalta a importância de precisar quando resultará objetivamente imputável o dano efetivamente causado, de modo que não se pode confundir responsabilidade objetiva, com uma responsabilidade por mera causalidade objetiva. Para uma maior elucidação da matéria, a autora invoca os ensinamentos de PANTALEÓN, segundo o *qual* “es equivocado buscar un concepto específico de causalidad jurídica. El Derecho no puede sino partir del concepto de causalidad propio de la Lógica y de las Ciencias de la Naturaleza: la llamada concepción nomológico-funcional de La causalidad. Los operadores jurídicos no son productores, sino consumidores de las leyes causales. Por ello puede afirmarse que la decisión sobre la existencia o no de la relación de causalidad es una cuestión de hecho, libre de valoraciones específicamente normativas. Por el contrario, el problema de la imputación objetiva – la función de cuyos criterios es evitar que sean puestas a cargo del responsable absolutamente todas las consecuencias de las que su conducta es causa- es una cuestión claramente jurídica, un problema de valoración a resolver con las pautas, más o menos precisas, ofrecidas por el sistema normativo de responsabilidad”⁷⁹.

A STS de 30 de dezembro de 2011 da Audiência Provincial de Madrid⁸⁰ faz importante esclarecimento acerca do nexo de causalidade na responsabilidade objetiva: “En la actualidad, por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a la hora de determinar La **responsabilidad** de un resultado dado se ha generalizado la aplicación de la doctrina de la causalidad jurídica o imputación

⁷⁸ GARCÍA GARNICA, María Del Carmen, *Aspectos básicos de La responsabilidad civil médica*, Ed. Aranzadi, 2010, pp. 71/83.

⁷⁹ PANTALEÓN PRIETO, “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, *AAVV, Centenario del Código Civil*, II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, ECE Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 1563, in GARCÍA GARNICA, María Del Carmen, *Aspectos básicos de La responsabilidad civil médica*, Ed. Aranzadi, 2010;

⁸⁰ Nº Rec. 537/2011.

objetiva. Según dicha teoría la determinación de la relación de causalidad implica una valoración judicial motivada de doble secuencia. La primera la determinación como cuestión fáctica de la relación causal entre un comportamiento humano y un resultado, y partir de la fijación del mismo, determinar la causalidad jurídica, mediante la aplicación de los arts. 1902 y 1903 CC (SSTS de 21 de octubre de 2005 y 14 de febrero de 2006 entre otras muchas), que es la esencia de la imputación **objetiva**, es decir, bajo criterios normativos, dilucidar qué daños causalmente ligados han de ponerse a cargo del demandado, presunto responsable de los mismos conforme a la pretensión actora, en cuanto le son atribuibles por su concreta actuación, lo que implica un juicio de valoración jurídica, bajo los postulados de las máximas de experiencia, con relación a los deberes y exigencias de previsibilidad que personalmente incumbían a quien se le atribuye la causación Del daño ajeno, y que permita, en definitiva, la transferencia legítima del daño del patrimonio de la víctima que lo sufre al del autor que lo produjo”.

Destarte, em que pese ser cada vez mais presente a idéia de responsabilidade objetiva, devido às inúmeras previsões legais que contemplam esta modalidade de imputação, vale salientar, que na responsabilidade civil brasileira impera a responsabilidade subjetiva como regra, isto é, aquela que requer a prova da culpa. A responsabilidade objetiva é a exceção, só sendo admitida quando expressamente prevista em lei. Dispõe o artigo 927, parágrafo único do Código Civil que “*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*”.

No direito espanhol, igualmente, predomina a teoria subjetiva como regra⁸¹, pois o princípio da culpa está consagrado no artigo 1902 do Código Civil

⁸¹ “La culpa o negligencia es el criterio de imputación utilizado de forma genérica y natural en todos los sistemas jurídicos de responsabilidad civil. Ya se ha reproducido el artículo 1902 CC, pero ocurre lo mismo en el artículo 1382 CC francés y en el artículo 2043 del CC italiano. Ello significa que la ley obliga a una persona a asumir el daño causado a otra porque la actuación del primero no se ajustaba a los estándares de conducta aceptados en el ámbito en el que se ha producido el daño y en consecuencia, no debe ser soportada por la víctima”. ROCA TRIAS, Encarna, *El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la*

Espanhol, no que diz respeito à responsabilidade extracontratual, e no artigo 1101 à responsabilidade contratual. Contudo, não de maneira absoluta, adotando excepcionalmente a teoria do risco face às necessidades sociais⁸².

Citemos alguns exemplos em que a responsabilidade civil objetiva é contemplada no âmbito da legislação espanhola.

Essa modalidade é adotada na Lei 48/1960, de 21 de julho, que regulamenta a navegação aérea, pois segundo o artigo 120, *“La razón de indemnizar tiene su base objetiva en el accidente o daño y procederá, hasta los límites de responsabilidad que en este capítulo se establecen, en cualquier supuesto, incluso en el de accidente fortuito y aun cuando el transportista, operador o sus empleados justifiquen que obraron con la debida diligencia”*.

No âmbito da circulação de veículos automotores, assegura o artigo 1º do RDL 8/2004, de 29 de outubro, que aprova o texto refundido da Lei sobre responsabilidade civil e seguro na circulação de veículos automotores, que *“el conductor de vehículos a motor es responsable en virtud del riesgo creado por la conducción de éstos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación”*, que sólo se exonera cuando se prueba que *“los daños fueron debidos únicamente a la conducta o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo”*.

Ainda na seara da responsabilidade objetiva, de acordo com o artigo 45.1

jurisprudencia del Tribunal Supremo español, Indret número 4/2009, Barcelona, outubro de 2009, p. 5, www.indret.com, consultado em 30/01/2012

⁸² Segundo Díez-Picazo Giménez *“Cuando el daño há sido producido como consecuencia del ejercicio normal o anormal de una actividad de la cual la persona obtiene um beneficio económico, la carga de la prueba se invierte de tal manera que no es el perjudicado quien tiene que probar la culpa del dañador, sino que és éste quien tiene que probar que adoptó todas las medidas de precaución posibles para evitar el daño. De la prueba de la culpa por el demandante se pasa así a la prueba de la diligencia por el demandado. El giro encuentra su fundamento em la llamada teoría del riesgo: se entiende que aquella persona que dentro de la vida social crea em su propio beneficio uma situación de riesgo o de peligro debe también pechar com lo incómodo que esta situación acarrea. Em el fondo, sin embargo, por debajo de esse fundamento doctrinal, tal vez esté latiendo una intuitiva preocupación, que es, a mi juicio, la raíz última del nuevo Derecho de daños: la necesidad social de defender y de amparar a la persona frente a um maquinismo industrial desencadenado em beneficio de determinadas partes de la sociedad, y sólo indirectamente da la totalidad de ella”*. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, *Los riesgos laborales, doctrina e jurisprudencia civil*, Ed. Civitas, Madrid, 2007, p. 323.

da Lei 25/1964, de 29 de abril, Reguladora da Energia Nuclear, quem explora uma instalação nuclear será responsável pelos danos que se produzem, e *“esta responsabilidade será objetiva”*.

3 Causas Excludentes da Responsabilidade

Via de regra quando o agente pratica uma conduta (por meio de ação ou omissão) que viola uma norma legal, este comportamento configura um ato ilícito. Contudo, pode ocorrer que em determinadas situações, ainda que a conduta tenha aparência de ilícita, ela não o será, porque está autorizada pelo ordenamento jurídico. São as causas de exclusão da responsabilidade.

No ordenamento jurídico brasileiro as causas excludentes da responsabilidade, estão previstas no artigo 188 do Código Civil. São elas, a legítima defesa, o estado de necessidade e o exercício regular de um direito reconhecido.

Tendo em vista que o novo Código Civil Brasileiro é ainda muito recente, vale lembrar que o art. 188, reproduz de forma textual o antigo art. 160 do Código Civil de 1916. Basicamente, houve tão somente substituição do art. 160 pelo art. 188. Apenas o "locus" foi mudado, permanecendo em toda sua essência o artigo citado. Todavia, um acréscimo foi feito no inciso II do art. 188⁸³, com a finalidade de suprir uma lacuna até então existente, já que o diploma anterior silenciava: que é a previsão do estado de necessidade no que diz respeito a lesão à pessoa – com a nova redação, se aquele que age em estado de necessidade, para salvaguardar um bem jurídico em perigo, vier a causar uma lesão a pessoa, não terá cometido ato ilícito.

Duas observações, por oportunas, devem ser feitas. Primeira: o citado artigo não menciona o ato praticado em estrito cumprimento do dever legal, entretanto isso não é óbice ao seu reconhecimento. Isso é facilmente constatável por meio de uma interpretação teleológica. Afinal, quem está cumprindo um

⁸³ Assim dispõe o inciso II do art. 188 do Novo Código Civil Brasileiro: *"II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente"*.

dever, previsto pela lei, não pode praticar ato ilícito. Este se verifica quando o ato praticado desrespeita a lei. Desrespeita seu texto expresso. O agente faz, justamente, aquilo que a lei proíbe, veda. Se um comportamento está previsto na lei, não há como se praticar um ato ilícito. Claro que, se os limites forem desrespeitados, transgredidos, o agente deverá responder por esse excesso, configurando abuso de direito. Segunda observação: como analisarei mais adiante, o estado de necessidade, em âmbito civil, possui um grande anacronismo em relação ao direito penal. Anacronismo este que é até um desestímulo à sua prática.

Além disso, o texto legal não menciona outras três causas de exclusão da responsabilidade, que são o caso fortuito e a força maior, bem como a culpa exclusiva da vítima. Essas causas, de fundamental importância no ordenamento jurídico, são pacificamente reconhecidas pela doutrina e jurisprudência como tais, e serão também abordadas em momento oportuno.

Destarte, concluindo, podemos dizer que para haver responsabilidade, e, conseqüentemente o dever de indenizar, devem estar presentes os pressupostos da responsabilidade civil, que são: ação ou omissão do agente; dano; nexos causal e culpa; Entretanto, segundo ensinamentos de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA⁸⁴, se é certo que, dentro da doutrina subjetiva, o princípio da responsabilidade civil tem como fundamento a existência de um dano e a relação de causalidade entre este e a culpa do agente, e dentro da doutrina objetiva, a comprovação do dano e da sua autoria, certo é também, que a lei excepciona algumas situações em que, não obstante o dano, o agente estará livre do dever de indenizar.

A jurisprudência brasileira é unânime nesse sentido, reconhecendo as causas excludentes da ilicitude sempre que se fazem presentes os requisitos

⁸⁴ SILVA PEREIRA, Caio Mário da, *Responsabilidade Civil*, 4 ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1993, p. 293.

para seu reconhecimento, tanto no âmbito do dano moral como do dano patrimonial. A título exemplificativo podemos citar Apelação Cível Nº 70010596187 da 10ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, em que o autor pleiteava indenização por danos morais e materiais contra o Estado do Rio Grande do Sul em virtude de um disparo de arma de fogo efetuado por um policial. O Tribunal entendeu que estava comprovada a presença do Estrito Cumprimento do Dever Legal, considerando que o policial efetuou um disparo de fogo diante da postura do autor que negou-se a parar em uma barreira policial, fugindo do local. Disse o relator Paulo Antônio Kretzmann, que a conduta do policial foi proporcional e adequada frente ao ordenamento jurídico⁸⁵.

⁸⁵ RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. INCIDENTE EM BARREIRA POLICIAL. TIRO DISPARADO POR POLICIAL EM ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER. DESCABIMENTO DA PRETENSÃO REPARATÓRIA. Descabe indenização por responsabilidade civil do Estado em hipótese fática na qual o autor negou-se a parar em uma barreira policial, fugindo do local. Um único disparo de fogo efetuado por policial. Reação proporcional, adequada ao contexto e conforme ao ordenamento jurídico. "O ente público responde independentemente da existência de culpa pelos danos causados por seus agentes, segundo preceituam o art. 37, § 6º da Constituição Federal e art. 43 do Código Civil. O significado da responsabilidade objetiva do Estado, entretanto, diz apenas com a aferição da culpa, que é dispensada, mantendo-se no mais a exigência quanto à presença dos outros elementos da responsabilidade ligados à relação de causalidade, quais sejam, a conduta ilícita, o **dano** e o nexo causal. Doutrina de Sérgio Cavalieri Filho: (...) também na responsabilidade objetiva teremos uma conduta ilícita, o **dano** e o nexo causal. Só não será necessário o elemento culpa, razão pela qual fala-se em responsabilidade independentemente de culpa. Esta poderá ou não existir, mas será sempre irrelevante para a configuração do dever de indenizar. Indispensável será a relação de causalidade porque, mesmo em sede de responsabilidade objetiva, não se pode responsabilizar a quem não tenha dado causa ao evento. Logo, as **causas** de exclusão do nexo causal, examinadas nos itens 16 a 16.3 (caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro), têm igualmente aqui integral aplicação. (...) A pretensão indenizatória encontra óbice na falta do elemento de **ilicitude**, eis que o policial agiu sob o abrigo de uma excludente. Precedente dessa Câmara: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO PREVENTIVA. AÇÃO PENAL. ABSOLVIÇÃO. **DANO MORAL** INEXISTENTE. Não responde o Estado pela indenização por danos morais e materiais decorrentes de prisão preventiva decretada nos termos da lei. Desimporta, no caso, tenha sido a final absolvido o acusado, por ausência de provas. Ausência de ato ilícito a configurar **dano moral**. Ação julgada parcialmente procedente. Sentença reformada. Apelo provido. (Apelação Cível Nº 70010596187, 10ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em 14/04/2005) Recurso adesivo do Estado a fim de elidir sua condenação ao pagamento de custas e honorários pela denunciação à lide. Provimento parcial, isentando o ente público das custas, na forma do Ofício-circular 595/07 CGJ. APELAÇÃO DESPROVIDA; RECURSO ADESIVO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70027706894, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 29/10/2009).

Na Espanha, as causas de exclusão da responsabilidade existem tal como no Brasil, mas evidentemente, com as particularidades atinentes ao seu ordenamento jurídico. Todavia, na esfera da responsabilidade civil espanhola, o tema das causas de justificação não encontra previsão no Código Civil, e por isso, recorre-se ao Código Penal⁸⁶. Não obstante esta circunstância – de ser regulado no Código penal -, isso não retira o caráter civil das normas de responsabilidade civil contidas no Código Penal, que hoje são admitidas de forma unânime⁸⁷.

Os pressupostos de exclusão da responsabilidade criminal estão nos artigos 19 e 20 do Código Penal Espanhol. Segundo o parágrafo 4º do artigo 20, age em defesa de uma pessoa ou de direitos próprios ou alheios, sempre que concorrerem os seguintes requisitos: *“Primero. Agresión ilegítima. Em el caso de defensa de los bienes se reputará como agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga em grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En el caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida em aquélla o éstas. Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor”*.

O parágrafo 5º do artigo 20 do Código Penal Espanhol elenca o Estado de Necessidade como causa de justificação. De acordo com este artigo *“el que, em estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los*

⁸⁶ ROVIRA SUERIO, Maria E., *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y la propia imagen*, Ed. Cedes Ed., Barcelona, 1999, pp. 194/195.

⁸⁷ Acerca desta discussão, importante mencionar a Sentença da Audiência Territorial de Albacete (Sala de Civil) de 20 de maio de 1987, que tratava da responsabilidade de um menor de idade por atuação ilegítima contra a honra do *Alcalde* de seu povo, que dentre outros pontos trata da natureza civil de tais normas. Esta Sentença também foi convenientemente abordada por Díaz Alabart, S., em *“Comentario a la Sentencia de la Audiencia Territorial de Albacete, (Sala de lo Civil) de 20 de mayo de 1987, sobre responsabilidad civil de un menor de edad por actuación ilegítima contra el honor de las personas”*, RJCM, dezembro de 1987, pp. 233/234.

siguientes requisitos: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificar-se”.

E o parágrafo 7º exime de responsabilidade criminal aquele “*que obre em cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho, ofocio o cargo*”.

O artigo 20 do Código Penal Espanhol, deve ser interpretado conjuntamente com o artigo 118.1 do mesmo diploma, que prevê os casos em que a exclusão da responsabilidade criminal não comporta a exclusão da responsabilidade civil⁸⁸. O artigo 118.1 do novo código dispõe que “*La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas siguientes: (...) 3.ª En el caso del número 5.º*

⁸⁸ É importante mencionar que antes da entrada em vigor do novo Código Penal Espanhol (LO 10/1995 de 23 de novembro) as causas que eximiam a responsabilidade estavam previstas no artigo 8º do Código Penal, sendo um total de nove. Este por sua vez deveria ser interpretado juntamente com o artigo 20 do mesmo diploma. Artigo 20 do Código Penal antigo: “*La exención de responsabilidad criminal declarada en los números 1º, 2º, 3º, 7º y 10º del artículo 8º no comprende la de la responsabilidad civil, la actual se hará efectiva con sujeción a las reglas siguientes: 1ª De los hechos que ejecutaren las personas señaladas en los números 1º, 2º y 3º del artículo 8, serán responsables civilmente quienes las tengan bajo su potestad o guarda legal, siempre que hubiere por su parte culpa o negligencia. No habiendo persona que las tenga bajo su potestad o guarda legal, siendo aquella insolvente, responderán con sus bienes las propias personas a que hace referencia el párrafo anterior, dentro de los límites que para el embargo de bienes señalan las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal. 2º em el caso del número 7º son responsables civilmente las personas em cuyo favor se haya precavido el mal, em proporción del beneficio que hubieren reportado. Los Tribunales señalarán, según su prudente arbitrio, la cuota proporcional de que cada interesado deba responder. Cuando no sean equitativamente asignables, ni aún por aproximación, las cuotas respectivas, o cuando la responsabilidad se extienda al Estado, o a la mayor parte de una población, y, en todo caso, siempre que el daño se hubiere causado com el asentimiento de la Autoridad o de sus Agentes se hará la indenización em la forma que establezcan las Leyes o reglamentos especiales. 3º En el caso del número 10, responderán principalmente los que hubiesen causado el miedo y, subsidiariamente, los que hubiesen ejecutado el hecho, dentro de los límites, respecto a estos últimos, que para el embargo de bienes señalan las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal. En todos los supuestos previstos em este artículo, el Juez o Tribunal que dictare sentencia absolutoria por estimar la concurrencia de alguna de las causas de exención citadas, procederá a declarar las responsabilidades civiles correspondientes, de acuerdo com las reglas que para cada caso se establecen, siempre que las acciones civiles hayan sido ejercitadas conjuntamente com las penales”.*

serán responsables civiles directos las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la que el Juez o Tribunal establezca según su prudente arbitrio” (...).

Além dessas causas de exclusão da responsabilidade já elencadas, previstas no ordenamento jurídico espanhol, também encontramos a previsão do caso fortuito e da força maior. Segundo o artigo 1105 do Código Civil Espanhol *“Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o, que, previstos, fueran inevitables”*.

Por último, também admite-se como causa de exclusão da responsabilidade, aquelas hipóteses em que há culpa exclusiva da vítima. Neste sentido se manifesta a doutrina espanhola, bem como jurisprudência, que em diversos julgados determina o afastamento da responsabilidade admitindo estar presente a culpa exclusiva da vítima. Porém, considerando a importância desta questão, será objeto de estudo mais detalhado em momento oportuno.

Assim, seja no ordenamento jurídico brasileiro, seja no espanhol, em determinadas situações, que serão tratadas individualmente, haverá a exclusão da ilicitude e por conseguinte, do dever de indenizar. São elas: legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de um direito, estrito cumprimento de um dever legal, força maior e caso fortuito e ainda, culpa exclusiva da vítima.

Passemos à análise das causas de irresponsabilidade, ou seja, daquelas hipóteses albergadas pelo ordenamento jurídico que, uma vez realizadas, isentam o agente de qualquer responsabilidade no sentido de qualquer dever de reparar.

3.1 Legítima Defesa

Em primeiro lugar, analisemos a Legítima Defesa.

Faço, primeiramente, uma rápida digressão histórica sobre a evolução deste instituto jurídico de importância transcendente.

Conforme noticia a Enciclopédia Saraiva do Direito, o professor WALDIR VITRAL⁸⁹, citando o prof. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, diz que, no Egito, era a Legítima Defesa uma obrigação. Se uma pessoa podia prestar auxílio à outra que estava sendo agredida e não o fazia, ou seja, não a defendia, aquela era punida de morte. Por isso no Egito, os cidadãos eram uns, guardiões dos outros. Havia uma reciprocidade no que tange à proteção. As pessoas se defendiam mutuamente. Estas são as palavras de Jiménez de Asúa: “*En Egipto la defensa dei atacado se halla impuesta por las próprias leyes, que penaban com la muerte a quienes, pudiendo, no prestaran auxilio a un hombre agredido. Por eso puede decir Rollin que de este modo los ciudadanos eran guardianes los unos de los otros, y que esta reciprocidad los unia contra los malvados*”⁹⁰.

Em Atenas, a legítima defesa era admitida em relação: a) da própria pessoa; b) de terceiros; c) dos bens; d) do pudor; e) contra o ladrão noturno; f) contra o que violentamente procura roubar durante o dia.

Foi no Direito Romano, no qual o ordenamento jurídico brasileiro se abeberou, que o instituto ganhou maior amplitude. E fundamentaram a legítima defesa em dois critérios: a *injusta aggressio* (injunta agressão) e o *periculum praesens* (necessidade atual). Pelo primeiro critério, a legítima defesa nasce da necessidade do homem de conservar a si mesmo. E, deveras, esse é um

⁸⁹ VITRAL, Waldir, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, Ed. Saraiva, São Paulo, V. 48, 1977, pp. 388/398.

⁹⁰ VITRAL, Waldir, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, Ed. Saraiva, São Paulo, V. 48, 1977, p. 382;

argumento muito plausível, pois o instinto da autopreservação é o mais forte de todos em qualquer ser vivo.

Em várias fontes há menção da legítima defesa ora de que deriva da *naturalis ratio*, ora de que se trata de um princípio de direito natural. "Cícero baseava o direito de defesa na própria lei natural, nata em nós⁹¹".

A necessidade que temos de nos manter vivos faz com que sejamos capazes das atitudes mais inusitadas e extremas que se possam imaginar. Portanto o instinto da autopreservação justifica plenamente a legítima defesa. Pelo segundo critério, *periculum praesens* (necessidade atual), a pessoa somente poderia se defender se houvesse perigo. A ausência deste ensejava a proibição da legítima defesa. Nada mais óbvio, pois, se não há do que se defender, não haverá possibilidade de legítima defesa. Afinal, a legítima defesa é uma defesa legítima. Aquela que a lei permite, legítima em face de determinadas circunstâncias nas quais a ausência de defesa pode ensejar sérios danos à pessoa, ou à coisa, à mesma pertencente, ou pertencente a terceiros.

Interessante situação se processou entre os romanos, ou seja, o *dever de fuga*, no que tange ao meio utilizado para evitar a lesão, ou o perigo de lesão. Isto é, se o agredido podia se valer da fuga para evitar o perigo, tinha o dever de fugir. Salvo o que detinha uma propriedade e era agredido. Neste caso, devia ficar e proteger sua propriedade. Devia ficar e defender-se: *vim vi repellere*.

O direito romano não conheceu a legítima defesa de terceiros. Este reconhecimento veio muito posteriormente, por influência do Cristianismo, com sua forte marca humanitária.

Entretanto, há que se ressaltar que o direito romano estendia a legítima defesa para o grupo familiar. Para os servos, constituía um dever defender o seu senhor de um ataque injusto e atual de um agressor. Assim como aos soldados

⁹¹ VITRAL, Waldir, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, Ed. Saraiva, São Paulo, V. 48, 1977, p. 382;

competia a defesa de seus superiores hierárquicos. Evidentemente que, nessas hipóteses, não podemos deixar de vislumbrar alguns traços da legítima defesa de terceiros, pois são pessoas que defendem a outros e não a si mesmas. Todavia, a diferença, apesar da similitude, está em que eram pessoas específicas defendendo pessoas também específicas. No caso do grupo familiar, somente as pessoas de uma dada família é que podiam defender seus pares. Não sendo lícito, pelo que se percebe, que pessoas estranhas viessem a defender terceiros que não pertencessem à sua família, assim, como não era permitido a um servo defender um senhor que não fosse o seu. Mas, não há como negar que já se vislumbravam traços da legítima defesa de terceiros, vindo o Cristianismo a ampliar esse horizonte, permitindo, e até impondo que qualquer pessoa defenda seu semelhante.

Desta forma, para os romanos, a legítima defesa era permitida nas seguintes circunstâncias: a) injustiça da agressão; b) atualidade da agressão; c) defesa da própria vida; d) defesa da honra própria; e) defesa da vida e da honra alheias, mas desde que praticada por parentes e, sendo um dever aos servos quando a agressão fosse dirigida ao seu senhor e aos soldados, quando dirigida ao seu superior hierárquico.

No direito germânico era permitida a legítima defesa para: a) proteger a vida e a integridade física; b) em alguns casos para proteção dos bens⁹²;

O Direito Germânico não conheceu a figura da legítima defesa de terceiros. Desta forma, o que se conclui é que, no direito germânico, cada pessoa defendia a si mesma e a mais ninguém.

No direito Canônico, a princípio, não foi reconhecida a legítima defesa. Somente com bastante esforço a Igreja passou a admiti-la. A princípio, a Igreja

⁹² A Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 48, edição de 1977, Ed. Saraiva, pág. 383, em que o autor fez uma pesquisa prolongada, esclarece de forma mais pormenorizada. Não discorreremos de forma mais ampla, tendo em vista que o intuito precípua deste trabalho é tratar de forma mais detida o dano moral.

diferenciava a legítima defesa em duas categorias: a legítima defesa em "*necessitas inevitabilis*", auto-rizadora da legítima defesa em qualquer circunstância, e a "*evitabilis*", que não permitia a legítima defesa se a ofensa pudesse ser evitada de modo diverso do revide. A legítima defesa em relação a bens patrimoniais não era admitida.

Por outro lado, a legítima defesa de terceiro foi exaltada e erigida a um dever dos fiéis. Deve-se ressaltar, inclusive, que se presumia a culpa daquele que, podendo, não prestasse auxílio a quem se encontrasse em perigo.

Portanto, conforme se depreende do exposto, desde longa data os povos civilizados vêm contemplando a legítima defesa em seus ordenamentos jurídicos. É claro que, no início, de forma acanhada, ganhando o instituto, com o passar dos tempos e com a evolução, principalmente, da corrente filosófica do humanismo, que prega a necessidade da solidariedade entre os povos e entre as pessoas, um contorno mais nítido e profundo, impingindo ao mesmo sua atual configuração. E o Brasil, enquanto país que respira os ares da civilidade, da democracia e do humanismo, não poderia ficar de fora deste contexto.

Assim é que, no Brasil, a inserção do instituto da legítima defesa se deu desta forma e nestes termos: primeiramente, a legítima defesa foi aplicada pelo Código Filipino, vindo tal previsão encartada em seu Livro 5º, título XXXV. Posteriormente, o Código Criminal de 1830 albergou o instituto em seu art. 14. Logo em seguida, o instituto foi inserido no projeto da Câmara dos Deputados, substitutivo do projeto João Vieira de Araújo - 1889 - prevendo a legítima defesa no art. 28. O Código Penal Republicano de 1890 dispunha sobre a legítima defesa em seus art. 32, 33, 34 e 35. Posteriormente, o projeto de Código Penal de autoria de Galdino Siqueira, apresentado em 1913, trouxe o instituto em seu art. 17, prevendo ainda uma atenuante em seu art. 22, item 6. Prosseguindo o instituto seu curso, o projeto de Código Penal, apresentado em 1928 pelo Des. Virgílio de Sá Pereira, dispunha a respeito da legítima defesa em seus arts. 45, 46 e 47. A Consolidação das Leis Penais, aprovada e adotada pelo Decreto n°

22.213, de 14/12/32, de autoria do Des. Vicente Peragibe, dispunha sobre o instituto em seus arts. 32,33, 34 e 35. O projeto de Código Penal apresentado em agosto de 1938 por Alcântara Machado, encartava o instituto em seu art. 14.

Finalmente, o Código Penal de 1940 deu o atual tratamento que, hodiernamente, a legítima defesa possui no ordenamento jurídico brasileiro. Primeiramente, antes da reforma de 1984, a legítima defesa era prevista no art. 19, inciso II, e art. 21 que dispunham: *“Art. 19. Não há crime quando o agente pratica o falho: II- em legítima defesa; Art. 21. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Parágrafo único. O agente que excede culposamente os limites da legítima defesa responde, pelo fato, se este é punível como crime culposo”*.

Após a reforma de 1984, pela Lei nº 7.209, assim ficou disposta a legítima defesa no art. 23, inciso II, com a ressalva do excesso punível em seu parágrafo único e a definição precisa, do que se deve entender por legítima defesa. *“Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: II - em legítima defesa; Parágrafo único. O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo. Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”*.

O Código Civil Brasileiro reconhece explicitamente a legítima defesa como um ato lícito, e conseqüentemente, incabível será qualquer tentativa de responsabilidade civil em virtude dele. O artigo 188, do referido diploma diz que *“Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido (...)”*. Todavia, o Código Civil não define o instituto, não traz suas especificidades, seus requisitos. Isto, fica a cargo do Direito Penal, cujos conceitos e requisitos são aplicados ao direito civil sem nenhum prejuízo.

A fim de esmiuçar essa excludente, começemos pelo próprio conceito, segundo o qual, não há crime quando o agente pratica o fato, estando o

mesmo em legítima defesa. Mas, que fato é este? Evidentemente, que, na seara penal, este fato somente pode ser o fato típico. Fato típico é aquele descrito no texto da lei penal, seja no Código, seja na legislação penal esparsa.

O fato, descrito no corpo do Estatuto Penal, além de típico é antijurídico. Antijurídico porque fere o bem jurídico tutelado pela norma. O prefixo "anti" dá idéia de contrariedade, portanto antijurídico é o fato que, praticado, contraria a lei, o ordenamento jurídico. Além disso, o fato definido na lei penal é culpável. Culpável porque, uma vez praticado faz exsurgir, de um lado, a responsabilidade do agente que, com sua conduta, comissiva ou omissiva, ocasionou um resultado lesivo a alguém, e de outro, porque faz surgir para o Estado o *ius persecuendi e ius puniendi*, estes traduzidos: o primeiro, no direito de perseguir o infrator, onde quer que se encontre; o segundo, o direito de, uma vez encontrado, processá-lo e, ao final impor-lhe uma pena. É evidente que, no decorrer desta análise, a questão da imputabilidade não pode ficar de fora. O agente, se for inimputável, nos termos do art. 26 do CP, não terá como ser punido. O inimputável é o que não tem consciência do ato que pratica, em razão, muitas vezes, de distúrbios mentais, ou situações outras que retirem do mesmo a consciência de si para si, da percepção do mundo exterior. Seu corpo age, mas sua mente não tem conhecimento das atitudes que pratica, pois esta está em uma dimensão alheia à realidade. A questão da inimputabilidade será analisada oportunamente.

Assim, o fato a que se reporta a disposição do art. 23 do Código Penal, é o fato descrito no Estatuto Penal, que é típico, antijurídico e culpável. Se o agente praticar esse fato, aprioristicamente inculcado na lei, deverá responder pelo mesmo. Ou melhor, ser responsabilizado. E, desta forma, arcar com as conseqüências previstas na mesma lei - a sanção.

Mas, se o agente estiver em legítima defesa, não será responsabilizado e, portanto, apenado. Isto porque, como dito acima, a legítima defesa é uma agressão, uma atitude, um agir que, mesmo causando dano, não trará conseqüências ao agente, pois é uma situação permitida pela lei, desde que os requisitos que encarta sejam atendidos.

E quais são esses requisitos da legítima defesa? São os seguintes: a) agressão atual ou iminente e injusta; b) direito próprio ou alheio a ser preservado; c) repulsa com os meios necessários; d) uso moderado dos meios necessários à defesa.

Façamos uma análise bem rápida sobre cada um dos requisitos acima descritos.

Em primeiro lugar, deve haver, para que exista o desencadeamento da legítima defesa, uma agressão. Agressão, consoante o léxico, significa provocação, insulto, ofensa. Agredir um bem, dentre os quais pode-se citar, à guisa de exemplo, a integridade física ou a honra, é maculá-lo, feri-lo, desrespeitá-lo, ou melhor ainda, lesioná-lo. É machucar o bem. É produzir um ato tal que o titular do bem lesionado sinta uma dor, um incômodo, sinta este bem sangrar. E para evitar tal dor, o titular tem que se defender.

A agressão pode ser atual, quando está acontecendo, quando está provocando uma alteração no mundo material, obrigando seu titular a reagir, praticando legítima defesa; ou iminente, no sentido de se ter o receio de que a agressão se produza e, dessa forma, o titular do bem, que poderá ser agredido, reaja para que a agressão não se concretize. A iminência da agressão é a ameaça de que a mesma se faça concreta. Esse receio exsurge para o titular, por meio do método da dedução. Indícios que o titular do bem vai coletando e que, ao serem reunidos, confluem para a ameaça de que o dano se verifique. Isso, evidentemente, no caso da agressão iminente, pois, no caso da atual, o titular reage concomitantemente, ou logo em seguida à lesão que sofreu em seu bem jurídico.

Mas não basta que haja uma agressão e que esta agressão seja atual ou iminente. Não. Um outro requisito, impostergável deve ser atendido, sob pena de se desconfigurar a legítima defesa em caso de agressão atual ou iminente. A mesma deve ser injusta.

E o que se deve entender por agressão injusta? Injusto é aquilo que não

encontra amparo, que não encontra suporte no ordenamento jurídico. Por exemplo: se uma pessoa, munida de uma faca, investindo contra outra, lhe produz um corte, evidentemente que estará praticando uma atitude injusta, uma vez que o ordenamento jurídico não permite a ninguém produzir em outrem lesão corporal, pois, a integridade física é um bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico, nomeadamente pelo direito penal. Entretanto, há que se ressaltar que há lesões à integridade física que são permitidas pelo ordenamento jurídico. Podemos citar, como exemplo, as várias modalidades de intervenção cirúrgica. Um médico, munido de um bisturi, ao produzir uma lesão cortante em um paciente seu, no momento da operação não estará praticando nenhuma atitude injusta, muito pelo contrário, será uma atitude albergada pelo ordenamento jurídico, portanto, justa. Essa aceitação da sociedade em relação às intervenções cirúrgicas se dá pelo princípio da adequação social⁹³ e acima de tudo, por se tratar de exigência, em muitos casos, para que se preserve um bem de maior quilate, a saúde, a vida, por exemplo.

Por essa razão, para ocorrer legítima defesa, além de haver uma agressão atual ou eminente, a mesma deve ser injusta, no sentido de que sua verificação não tenha respaldo do ordenamento jurídico, ou seja, de que o comportamento o qual se está a defender provenha de uma pessoa que não tenha legitimidade do ordenamento jurídico para agir da forma que vem agindo, em síntese, o comportamento do que se está defendendo é ilegítimo, portanto, vedado pelo ordenamento jurídico. Além disso, referido comportamento deve produzir na vítima, pelo menos o receio de que um dano venha a se fazer presente. Fiquemos com um exemplo, a título de ilustração. Imagine duas pessoas, proprietárias, cada qual, de um terreno rural. Ambas, com dúvidas

⁹³ Teoria da Adequação Social - por meio desta teoria, os fatos praticados não são punidos, em razão de se adequarem às exigências sociais. Os bens são tutelados para salvaguardar a sociedade em razão do fato desta não tolerar que os bens tutelados sejam violados ou desrespeitados, em razão de certos atos que são perpetrados contra estes bens. Todavia, se os atos que são perpetrados contra certos bens, são tolerados pela sociedade, a tal ponto que a verificação dos mesmos, não apenas não causa nenhuma estranheza na mesma, mas até são desejados, evidentemente que motivo não haverá para que se tipifique tal conduta. Tal como ocorre no caso da intervenção cirúrgica. Há, evidentemente, uma lesão realizada pelo médico no paciente, mas esta conduta não é típica, pois a sociedade aceita esta prática, vendo-a como normal e necessária. Os fatos se adaptam, se amoldam à sociedade, e esta, àqueles. Esta é a adaptação social aos fatos, que na sociedade se verificam e se concretizam.

acerca da adequada demarcação de suas terras, começam a discutir. Um, alegando que a cerca de seu vizinho está invadindo sua propriedade, a outra, alegando que é a cerca daquele que está invadindo sua propriedade. Em um dado momento da discussão, que se torna extremamente acalorada, um dos contendores investe no outro com uma pedra. Este, temendo por sua integridade física se mune de um pedaço de madeira que se encontrava próximo de si e, defendendo-se, acaba por acertar seu adversário na cabeça, produzindo-lhe um pequeno corte. Neste caso, vê-se claramente que, aquele que desferiu o golpe com o pedaço de madeira, produzindo uma lesão na cabeça de seu adversário, reagiu dentro dos parâmetros da legítima defesa, pois reagiu de forma imediata a uma iminente agressão, que poderia ter-lhe provocado um dano físico, produzido de forma injusta, pois o ordenamento jurídico não permite esse tipo de lesão, uma vez que não está albergada, nem mesmo pela Teoria da Adequação Social. Desta forma, nesse caso, presente se encontra a legítima defesa.

O outro pressuposto que deve estar presente, em se tratando de legítima defesa é que esta se dê em relação a direito próprio ou alheio a ser preservado.

Desta maneira, a legítima defesa pode ser utilizada, tanto para a defesa de direito próprio daquele que recebe a agressão atual ou iminente e injusta, quanto para a defesa de outrem que se encontre nessa mesma situação. Como se nota, nosso ordenamento jurídico contempla a legítima defesa também de terceiro. E a possibilidade que se abre ao ato de solidariedade, de se defender o próximo. E é justamente a consagração da solidariedade que fundamenta o instituto da legítima defesa de terceiro. NELSON HUNGRIA⁹⁴, discorrendo sobre a legítima defesa de terceiro, diz que o socorro ao próximo, antes de ser preconizado pela moral jurídica, é um mandamento evangélico, e citando Carrara, diz que se admitida somente a legítima defesa própria, e não a de outrem, santificar-se-ia o egoísmo e se proscreveria a caridade. Portanto, o que justifica a legítima

⁹⁴ HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*, 2ª edição, Volume I, Tomo 2º. Ed. Revista Forense, 1953, p. 210.

defesa de terceiro é o sentimento de solidariedade, de humanismo, que inspira o mundo civilizado. Somente em países civilizados e infiltrados pelos princípios mais comezinhos de fraternidade humana é que tal instituto pode se fazer presente.

O outro pressuposto que se exige para a configuração da legítima defesa é repulsa com os meios necessários. Os meios necessários de que se deve valer o agredido, para afastar de si a agressão que está sofrendo, ou na iminência de sofrer, são aqueles disponíveis no momento da agressão. Como o sentimento da autopreservação é muito forte, a primeira coisa que o agredido vir à sua frente, evidentemente, utilizará para afastar de si a agressão. Esse pressuposto se confronta com o próximo, que será logo examinado. Concluindo, o agredido deverá se utilizar dos meios necessários disponíveis, no momento da agressão, para se defender, ou defender a outrem.

Finalmente, o derradeiro pressuposto necessário à configuração da legítima defesa é o uso moderado dos meios necessários à defesa. Mas faça-se uma pergunta, que muitas agruras sempre provocou na doutrina: como deve ser entendido esse uso moderado dos meios necessários à defesa? Se uma pessoa agredir outra com uma faca, e a pessoa agredida se defender com uma bazuca, estaria havendo desproporcionalidade entre os meios empregados? Acreditamos que a resposta seja: depende. Mas depende de quê? Depende do caso concreto. Sempre. Veja: se uma pessoa é agredida por um cidadão com uma faca e, próximo a ela há um pedaço de madeira e uma bazuca, se utilizar a bazuca, evidentemente que haverá uma desproporcionalidade entre os meios empregados para sua defesa, pois o potencial ofensivo entre um pedaço de madeira e uma bazuca é incomensurável. Se houver a possibilidade de escolha, cremos que a mesma deve recair sobre o meio que, em confronto com o meio empregado para a agressão seja, pelo menos, de forma aproximada, equivalente, no concernente ao potencial ofensivo. Todavia, a hipótese pode ser totalmente diversa. Fique-se com a seguinte hipótese: no mesmo caso acima citado, imagine-se que o mesmo indivíduo, munido de uma faca, investe contra outrem. Este, para se defender da iminente agressão que irá sofrer, procura algum instrumento à sua volta, e, depara-se apenas com uma bazuca,

nenhum outro objeto mais é encontrado. Ao se defender, aperta o dispositivo de disparo, vindo a acertar seu oponente. O resultado é imaginável, pedaços do ofensor para todo lado. Nesse caso, pergunta-se: houve desproporção entre o instrumento utilizado para ofender e o instrumento utilizado para se defender? Acreditamos, sinceramente, que não, pois a pessoa que utilizou a bazuca, só tinha este instrumento à sua disposição para se defender. Ou utilizava a bazuca, ou sofria a agressão, consistente esta na lesão à sua integridade física.

Por conseguinte há que se concluir, forçosamente que, é o caso concreto que melhor pode dar uma resposta eficaz, justa aos mais variados acontecimentos, que se processam no palco do agir humano. Fácil é encarar a realidade pela teoria, onde tudo é possível e simplificado, difícil o é pela prática, muito mais amarga e complexa. Parafraseando o mestre NELSON HUNGRIA⁹⁵, esta medição do grau de ofensividade entre o instrumento utilizado para a agressão e o utilizado para a defesa, não pode ser medida em "balança de farmácia", mas aferido, de forma objetiva, ressalte-se, no caso concreto.

Assim, a legítima defesa é uma defesa legitimada, aceita e legalizada pelo ordenamento jurídico que se faz presente quando uma pessoa, ao sofrer uma agressão atual ou iminente, objetivando defender direito próprio ou alheio, utiliza-se dos meios necessários que estejam à sua disposição no momento da agressão e, utilizando-os, moderadamente (de acordo com as circunstâncias concretas), se defende, ou defende a outrem⁹⁶. Por conseguinte, a legítima defesa se encontra dentro do campo da juridicidade e, conseqüentemente, fora do campo da antijuridicidade, uma vez que cumpre a missão de salvaguardar os bens e interesses albergados pelo Direito.

⁹⁵ HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*, 2ª edição, Volume I, Tomo 2º. Ed. Revista Forense, 1953, p. 211.

⁹⁶ A grande e impostergável realidade é que, por mais que o Direito e suas instituições evoluam, jamais terá o condão de anular o instinto da autopreservação desta necessidade que o indivíduo tem de reagir de forma imediata e com todas as suas forças diante de um quadro circunstancial que coloque em risco de perigo ou de dano, um bem ou interesse seu, ou até mesmo de um terceiro próximo a si.

A legítima defesa produz os mesmos efeitos tanto na esfera civil, quanto na esfera penal. E deveras, outra não pode ser a consequência. Todo aquele que age em legítima defesa e, em consequência disso, vem a causar um dano, não pode sofrer qualquer tipo de pena, sanção ou admoestação. Pois, albergado pela legítima defesa, nenhuma responsabilidade advirá àquele que agiu sob a égide da mesma. Se houver dano, tanto na esfera civil, quanto na esfera penal, a responsabilidade deverá recair sobre aquele que, verdadeiramente, impulsionado por dolo ou culpa, causou o dano, e não àquele que, apenas se defendendo, utilizando dos meios necessários e de forma moderada, reagiu para afastar de si, ou de outrem, a injusta agressão atual ou iminente.

Em tratando especificamente de dano moral, outra não é a posição dos tribunais brasileiros, que frequentemente admitem a legítima defesa e, conseqüentemente excluem a responsabilidade do agente. Na Apelação Cível Nº 70031548639 da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que o autor pleiteava danos morais contra o Estado, o relator Liege Puricelli Pires se manifestou afirmando que os policiais agiram em legítima defesa diante da resistência do autor, que desferiu golpes de facão e tiros contra os policiais que cumpriam mandado de busca e apreensão de arma de fogo, e por isso, não cabível à situação, qualquer indenização a título moral ou patrimonial⁹⁷.

⁹⁷ Ementa: APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ALEGAÇÃO DE EXCESSO NO CUMPRIMENTO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO DE ARMA DE FOGO. REAÇÃO AGRESSIVA DO SUSPEITO AO CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL. AMEAÇA À VIDA DOS AGENTES POLICIAIS. FALECIMENTO DO SUSPEITO. LEGITIMA DEFESA PRÓPRIA E DE TERCEIROS. EXCLUDENTE DE **ILICITUDE**. INEXISTÊNCIA DE **DANO MORAL**. SENTENÇA MANTIDA. I. A responsabilidade civil do Estado, para fins de verificação do dever reparatório, ainda que na modalidade responsabilidade objetiva, conforme inteligência do art. 37, §6º, da Constituição Federal de 1988 pressupõe a existência dos elementos ato ilícito, **dano** e nexo de causalidade entre este e a conduta do agente, bem como a inexistência de quaisquer das **causas excludentes** da **ilicitude**. II. Não há falar em responsabilidade do ente estatal se demonstrado que os agentes policiais agiram em legítima defesa própria e/ou de terceiro, tendo em vista o suspeito ter reagido a tiros e com golpes de facão quando do cumprimento de mandado de busca e apreensão da arma de fogo. Inteligência do art. 188, I, do Código Civil de 2002. III. Juízo de improcedência que se mostra reforçado, ainda, em razão da prolação de sentença de absolvição sumária dos agentes na denúncia apresentada pelo Ministério Público, ainda que não transitada em julgado. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70031548639, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 30/06/2010).

Na Espanha, como já referido em momento anterior, o Código Civil não prevê as causas de exclusão, recorrendo ao Código Penal para tanto. Segundo o parágrafo 4º do artigo 20, age em defesa de uma pessoa ou de direitos próprios ou alheios, sempre que concorrerem os seguintes requisitos: *“Primero. Agresión ilegítima. Em el caso de defensa de los bienes se reputará como agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga em grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En el caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida em aquélla o éstas. Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor”*. Assim, conforme o ordenamento jurídico espanhol, resulta inevitável que a agressão seja ilegítima, isto é, contrária ao direito, embora não necessariamente punível. Como disse MAGALDI⁹⁸, ao fazer referência ao termo ilegítima, e não a qualquer outro, como podia ter ocorrido, como por exemplo, ilegal, parece que o legislador se pronuncia no sentido amplo, permitindo concluir que não é preciso que a agressão à pessoa ou aos direitos, seja constitutiva de delito, mas que é condição necessária e suficiente, que seja contrária ao direito, é dizer, antijurídica⁹⁹. Esta característica envolvia a concorrência de três elementos: ato de força material, propósito lesivo, e perigo para bens juridicamente tutelados.

Até pouco tempo, a jurisprudência espanhola de modo quase unânime, concebia a agressão como acontecimento físico, violento e pessoal, com a imediata consequência de restringir o âmbito dos bens defencíveis¹⁰⁰.

⁹⁸ MAGALDI, M^a J., *La Legítima Defensa*, Ed. Bosch, Barcelona, 1976, p. 71.

⁹⁹ Também neste sentido DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A., consideram que se estende aos casos em que o dano causado não seja constitutivo de delito e se trate, simplesmente, de um dano aquiliano que pode englobar-se dentro do artigo 1902, posto que: *“aun cuando dentro de nuestros textos legales la legítima defensa sólo es regulada en el Código Penal, se trata de una figura que cubre todos los campos del ordenamiento jurídico. En definitiva, si la agresión há sido ilícita, la defensa es siempre legítima (los daños causados em legítima defensa no son indemnizables”*. DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, p. 611.

¹⁰⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignácio, *Honor y libertad de expresión*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, p. 35.

O segundo requisito do artigo 20, parágrafo 4º consiste na necessidade racional do meio empregado para impedir a agressão ou repelir-lá, de modo a empregar o meio menos gravoso possível, pois só assim, poderá se beneficiar do instituto¹⁰¹.

Por último, o terceiro requisito, é a falta de provocação suficiente por parte daquele que se defende, que tem sido interpretado de maneiras muito diferentes. Desde a mais ampla, que entende que há provocação suficiente sempre que, de algum modo, se tenha motivado a agressão, até a mais estrita, que considera provocação suficiente àquela que justifica a agressão. No entanto, segundo MUÑOZ CONDE¹⁰², deve se entender que só quando a agressão é a reação normal da provocação de que foi objeto o agressor se poderá negar legítima defesa. Do contrário, segundo CÓRDORA¹⁰³, o legislador, ao exigir a suficiência da provocação, está pensando em uma provocação de tal natureza, que não se limita a dar motivos para a agressão, mas a produz inevitavelmente.

A Sentença 129/2009 do Tribunal Superior de Justiça da Andaluzia, reconhece claramente a legítima defesa como causa de exclusão da responsabilidade civil, ainda que prevista tal causa no Código penal. Na referida sentença a Magistrada assim se manifestou: *“Y con los únicos hechos probados referidos, lo ciertos que la reclamación de los daños personales contenida en la demanda y en la que se insiste en el recurso, está correctamente rechazada, pues en cuanto a las lesiones efectivamente compatibles con la agresión, la conducta de los menores puede incardinarse en la legítima defensa, que excluye la responsabilidad penal y con ello la civil*

¹⁰¹ O requisito consiste na necessidade racional do meio empregado para impedir ou repelir a agressão que segundo VIVES ANTÓN E COBO DEL ROSAL se traduz *“en la amplitud defensiva del medio empleado, que há de ser el menos gravoso de los disponibles, y su peligrosidad potencial”*. COBO DEL ROSAL, Manuel, Y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho Penal, Parte General*, Ed. tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 387.

¹⁰² MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCIA ARAN, Mercedes., *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 341.

¹⁰³ CÓRDOBA RODA, J., *Las eximentes incompletas em el Código Penal*, Ed. Instituto de Estudios Jurídicos, Oviedo, 1966, pp. 116 /117.

derivada de aquella”.

3.2 Estado de Necessidade

Passemos agora, à análise dos fatos praticados em estado de necessidade.

Primeiramente, temos que ter noção do que seja o estado de necessidade.

O estado de necessidade possui, como fundamento, o perigo de um bem jurídico, que somente pode ser protegido com o sacrifício de outro. Havendo choque entre dois bens jurídicos, o Estado permite que um deles seja sacrificado, ante a impossibilidade de salvaguarda de ambos.

Cada pessoa tem o direito de salvaguardar, de proteger seu próprio bem jurídico. Desta forma, numa situação de risco ou de lesão iminente, em que tenha que escolher proteger seu bem jurídico ou de outrem, não está obrigada ao sacrifício de seu bem jurídico para proteger o bem daquele. Em síntese: numa situação de perigo, na qual estejam em jogo dois bens jurídicos, cada titular está autorizado, pelo ordenamento jurídico, a proteger o seu bem, em detrimento do bem de outrem. A guisa de exemplo, fiquemos com a seguinte hipótese: um navio vem a naufragar, restando dois sobreviventes em pleno alto mar, e, para ambos, há apenas um colete salva-vidas. Cada qual, para salvar sua própria vida, está autorizado a realizar todos os esforços, objetivando obter para si o colete salva-vidas. Nenhum dos sobreviventes está obrigado a renunciar à própria vida para salvar a de seu próximo. Se o fizer, será um ato de heroísmo louvável. Todavia, há que se frisar que o direito é feito para os homens e não para os heróis ou anjos. Jamais esse tipo de comportamento poderia ser tomado como parâmetro, pois trata-se de comportamento ex-

traordinário, que foge ao padrão da pessoa média, comum, e por que não dizer, humana¹⁰⁴.

Discute-se na doutrina, se o estado de necessidade é um direito ou uma faculdade. Para JOSÉ FREDERICO MARQUES¹⁰⁵, trata-se de uma faculdade. E escora seu entendimento no fato de que, a todo direito corresponde uma obrigação, e nenhum dos titulares dos bens em conflito tem a obrigação de sofrer a lesão de seu interesse. Em face disso, reconhecendo a faculdade, e permanecendo neutro, o Estado declara a inexistência de crime na conduta do sujeito.

DAMÁSIO DE JESUS discorda desse posicionamento. Encara o estado de necessidade como um direito. Quando há uma norma penal permissiva, como a que contém o estado de necessidade, ocorre uma inversão nos pólos da relação jurídico-punitiva. Tratando-se de um direito subjetivo de liberdade, o Estado tem a obrigação de reconhecer os efeitos da causa excludente da antijuridicidade. Não há relação jurídica entre o agente causador da lesão necessária e o titular do bem lesado, mas sim entre o agente e o Estado¹⁰⁶.

Todavia, não se pode negar, seguindo assim o escólio de eminentes FREDERICO MARQUES, no sentido de que o estado de necessidade é uma faculdade, pois, se é verdade que ninguém está obrigado a renunciar ao próprio bem jurídico de que é titular, para salvaguardar o de outrem, também não está obrigado a não renunciar, podendo fazê-lo se assim o quiser. Assim creio que, nesses casos, a relação jurídico-penal ocorre, eminentemente, entre a pessoa titular do bem jurídico salvaguardado e o titular do bem jurídico lesado. São os dois que,

¹⁰⁴ JESUS, Damásio E. De, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, Ed. Saraiva, São Paulo, v. 33, 1977, p. 493.

¹⁰⁵ MARQUES, José Frederico, *Tratado de direito penal*, V. 2, Ed. Saraiva, São Paulo, pp. 131 e ss.

¹⁰⁶ JESUS, Damásio E. De, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, Ed. Saraiva, São Paulo, v. 33, 1977, p. 493.

numa situação de risco, travarão a luta decisiva da qual apenas um sairá ileso e o outro, lesado. Em se verificando essa situação, ao Estado apenas competirá aceitá-la esta situação e reconhecê-la como jurídica, afastando, por conseguinte, a antijuridicidade. Isto em razão do fato de ter feito esta previsão de forma expressa em seu ordenamento jurídico. Neste caso, os efeitos da antijuridicidade se afastam automaticamente, independentemente da vontade do Estado, e isso, por questão de ordem lógica. Quando uma questão de ordem lógica se faz presente, seus efeitos operam independentemente dos envolvidos.

No Direito penal, a norma que prevê o estado de necessidade é permissiva, permite uma conduta e não obriga a que a mesma seja seguida. Entretanto, mesmo sendo uma faculdade, em igual sentido o Estado está obrigado a reconhecer seus efeitos caso a situação se faça presente, isso, por questão de lógica, como acima dito. E isto, reafirme-se, em razão do fato de o Estado ter inserido essa previsão em seu ordenamento jurídico-penal, reconhecendo-a como causa excludente de ilicitude.

É o estado de necessidade um direito facultativo, isso, num posicionamento de união das duas posições acima citadas. Um "*ius facultas agendi*". É um direito que faculta uma atitude. Diferentemente, se fosse "*ius cogens*", um direito cogente, que obriga a pessoa a ter um determinado tipo de comportamento. Destarte, preferível encarar o estado de necessidade como um direito facultativo, ou "*ius facultas agendi*", e jamais um "*ius cogens*". Ninguém está obrigado a renunciar a seu bem jurídico para salvaguardar o de outrem, mas, se quiser, poderá fazê-lo. E, se o estado de necessidade se verificar, o Estado não poderá negar ao que estiver albergado por essa situação seus jurídicos efeitos. E isso, pelo simples motivo de ter inserido tal previsão em seu ordenamento jurídico. Logo, se o agente agir em estado de necessidade, não terá praticado nenhuma figura típica, não respondendo por nenhum crime, não lhe sobrevindo nenhuma consequência na órbita penal. Deveras, o Estado irá se manter neutro, como disse e sustentou FREDERICO MARQUES¹⁰⁷, pois limitar-se-á apenas a reconhecer o estado de necessidade, sem

¹⁰⁷ MARQUES, José Frederico, *Tratado de direito penal*, V. 2, Ed. Saraiva, São Paulo, pp. 131 e

tecer nenhum juízo valorativo.

Deve-se reconhecer que essa discussão assume um caráter eminentemente acadêmico. Diante disso, o penalista DAMÁSIO DE JESUS¹⁰⁸ tem razão. Há um cunho de obrigação no Estado de necessidade, devendo ser obrigatoriamente reconhecido pelo Estado quando se fizer presente. Igualmente, razão assiste à Frederico Marques quando defende que o Estado de Necessidade é uma faculdade. Diante disso, numa conciliação entre os dois entendimentos, deve-se reconhecer ser o Estado de Necessidade uma faculdade/obrigação, como já ressaltado. Isso porque, na prática, o resultado do reconhecimento do Estado de necessidade deve ser apenas isentar o agente de qualquer pena, posto que o mesmo agiu protegido por uma excludente de ilicitude. Desta forma, talvez o posicionamento mais acertado seja um posicionamento conciliatório entre as duas magnificas teses.

Entrementes, na esfera civil, as coisas não se verificam desta mesma maneira. Conseqüência alguma se verifica na esfera penal, para aquele que age em estado de necessidade. Porém na esfera civil, notadamente da responsabilidade civil, aquele que danificou algum bem para salvar bem jurídico próprio ou alheio, deverá indenizar o titular do bem lesado, se este não teve culpa pela origem da situação de perigo que tornou necessária a lesão de seu bem jurídico¹⁰⁹. Assim rezam os arts. 1.519 e 1.520 do CC/1916, *in verbis*:

ss.

¹⁰⁸ JESUS, Damásio E. De, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, Ed. Saraiva, São Paulo, v. 33, 1977, p. 493.

¹⁰⁹ Neste sentido é a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “**Ementa:** APELAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. COLISÃO FRONTAL. ALEGAÇÃO DE **ESTADO DE NECESSIDADE** (SEQÜESTRO-RELÂMPAGO). 1.O prazo de apelação do defensor público é contado da intimação pessoal da sentença, consoante regra do art. 5º, § 5º, da Lei n.º 1.060/50. Recurso tempestivo. 2.Inafastável a responsabilidade da proprietária do automóvel que, sendo vítima de seqüestro-relâmpago, provoca o acidente com o intuito de livrar-se da situação de perigo imposta pelo suposto criminoso, o qual conduzia o veículo, ocasionando a invasão da pista contrária e a colisão frontal contra o carro dos autores. Reconhecimento do **estado de necessidade**, se admitido o seqüestro como causa da manobra perigosa. Excludente de **ilicitude** que, todavia, não afasta o dever de indenizar, a teor do art. 1.519 do Código Civil/16, então vigente. 3.Montante dos danos morais em favor dos autores mantido, porque adequado à situação e parâmetros da Câmara. Apelo conhecido

Art. 1.519. Se o dono da coisa, no caso do art. 160, II, não for culpado de perigo, assistir-lhe-á direito à indenização do prejuízo que sofreu.

Art. 1.520. Se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este ficará com ação regressiva, no caso do art. 160; II - o autor do dano, para haver a importância, que tiver ressarcido ao dono da coisa.

Esse posicionamento do ordenamento jurídico pátrio se apresenta muito contraproducente, pois desencoraja o sentimento de solidariedade entre as pessoas. Se uma pessoa sabe que, mesmo danificando um determinado bem material para salvar a vida de seu semelhante, terá que indenizar referido dano, quando a pessoa que está sendo salva não teve culpa alguma pela verificação do evento danoso, certamente, se sentirá desestimulada a salvar a vida de seu semelhante, notadamente, quando se tratar, o pretense herói, de pessoa desprovida de boas condições financeiras. Desta forma, na prática, esse posicionamento se mostra um tanto quanto arriscado. SILVIO RODRIGUES¹¹⁰ cita o seguinte exemplo para elucidar esta injusta solução dada pela lei: "*Desse modo, o herói que, para salvar vidas humanas, lançou automóvel contra veículo que, sem motorista, descia pela ladeira praticou um ato nobilíssimo, mas não obstante deixe indenizar o prejuízo causado ao dano do automóvel que assim ficou destruído*".

Esse posicionamento da lei não é justo. No art. 1.520 acima citado, a lei diz que, se a culpa for de terceiro, pelo perigo criado, contra este ficará com ação regressiva o autor do dano. Mesmo diante de culpa de terceiro, que se conhece, o pretense herói não conseguirá se eximir da obrigação de indenizar a pessoa que teve seu bem lesado, ficando apenas com a garantia da ação regressiva contra aquele. E se este não puder pagar e não tiver bens sobre os quais possa recair a pretensão do autor que ressarciu a vítima, evidentemente, que deverá amargar o

e não provido. (Apelação Cível Nº 70015765100, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Orlando Heemann Júnior, Julgado em 09/11/2006)".

¹¹⁰ RODRIGUES, Silvio, *Direito Civil*, 19ª ed, Ed. Saraiva, São Paulo, 2002, p. 27.

dissabor do prejuízo. Ora, se se conhece o responsável pelo evento danoso, a vítima da lesão deverá acionar a este, e não a pessoa que, corajosa e heroicamente, salvou bem de outrem. E se o perigo, justificador da lesão do bem jurídico alheio, se deu por força maior ou caso fortuito? Deverá o autor do dano acionar as forças da natureza ou o acaso? Não. Diante da dicção legal, a conclusão é apenas uma: deverá suportar o prejuízo que teve, ao indenizar a vítima da lesão, pois realmente, o herói da história será obrigado a indenizar os danos que causou para salvar a vida alheia. Claro que, se a pessoa que sofreu a lesão de seu bem jurídico foi a responsável pela origem do perigo, deverá suportar os prejuízos que sofreu.

Infelizmente, o legislador de 2002, reincidiu na mesma solução contraproducente, assim fazendo constar nos arts. 929 e 930:

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhe-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Lamentavelmente, a mesma orientação foi mantida. Criticando esta sistemática adotada pelo legislador de 1916 e, agora, repetida pelo de 2002, o eminente professor SILVIO RODRIGUES, ressalta que a solução dos arts. 1.519 e 1.520 do Código Civil, contradiz o art. 160, II, do mesmo diploma. O legislador tinha de decidir a quem impunha o prejuízo. A vítima, que teve bem de sua propriedade destruído, ou àquele que, para evitar mal maior, destruiu coisa alheia. Preferiu sacrificar este último. Tal solução me parece má porque desencoraja o herói a praticar o ato capaz de evitar mal maior. Na solução contrária, ora apregoada, a vítima experimentaria o prejuízo, como se ele tivesse advindo de força maior. O Código Civil de 2002, em seus arts. 929 e 930, manteve a solução

do Código Civil de 1916, merecendo, por conseguinte, igual censura¹¹¹.

O posicionamento exarado pelo eminente civilista é sem dúvida o mais justo, pois se afigura mais consentâneo com a lógica jurídica. Por que razão sacrificar o herói que, movido por sentimento de nobre solidariedade, salvou bem jurídico de terceiro? Se se conhece o responsável pela situação de perigo, a este deve ser endereçada a pretensão indenizatória e não ao herói, que com atitude nobre, salvou um bem jurídico de lesão, para somente depois, este poder acionar o terceiro responsável. E, se não se conhecer o responsável, infelizmente, deveria a vítima sofrer o dano, como se este tivesse advindo de força maior ou caso fortuito, isso em consagração ao princípio da solidariedade universal, que deve imperar entre as pessoas.

No âmbito do direito Espanhol o Estado de necessidade também aparece como causa excludente da ilicitude. O artigo 20, parágrafo 5º do Código Penal *“El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos: 1. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar; 2. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto; 3. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”*.

Embora o referido instituto seja reconhecido no Brasil e na Espanha, excluindo em ambos os países a responsabilidade na esfera penal e subsistindo a responsabilidade na esfera cível, a doutrina espanhola traz algumas observações não encontradas na doutrina brasileira, e que são de fundamental importância para entendermos os efeitos deste instituto no âmbito cível, já que o direito penal não pune a conduta, considerando ela lícita, e ao mesmo tempo, no cível há “punição”.

¹¹¹ RODRIGUES, Silvio, *Direito Civil*, 19ª ed, Ed. Saraiva, São Paulo, 2002, p. 27.

Para a doutrina espanhola, atendendo as regras que se especificam para fazer efetiva a responsabilidade que subsiste na esfera cível, se infere que não se trata de uma autêntica responsabilidade, pois não se trata de reparar o dano causado à vítima. E isso, porque o dano que se produz não é antijurídico, e ademais a pessoa que causou o dano a outra em estado de necessidade não é responsável civilmente, mas o é, aquela em cujo favor se agiu evitando a lesão, que segundo DE ÁNGEL¹¹², não tem porque coincidir.

Segundo DIÉZ-PICAZO y GULLÓN,¹¹³ como no caso da legítima defesa, o dano em estado de necessidade é um dano justo, posto que com ele se evita um mal maior. A atuação em estado de necessidade exclui a antijuricidade. Cria, contudo um direito do prejudicado contra o beneficiado. Porém, este direito não constitui um caso de responsabilidade civil, porque falta o requisito de que o comportamento danoso seja antijurídico. Tampouco é em pureza um genuíno dever de restabelecer um equilíbrio patrimonial quebrado. A nuance é importante. Em primeiro lugar, porque a ação não é do prejudicado contra o causante do dano, mas do prejudicado contra o beneficiado. Em segundo lugar, porque não se destina a obter a reparação do dano, senão só a restituição na proporção do benefício recebido¹¹⁴.

Importante ressaltar que à diferença entre o ordenamento jurídico brasileiro e o espanhol, principalmente no que diz respeito contra quem é dirigida a demanda que objetiva a responsabilidade pelos danos causados quando hipótese de estado de necessidade em prol de bem jurídico alheio. No Brasil, por opção do legislador, será responsável pelo prejuízo, aquele que agiu em estado de necessidade, e só em caso de culpa de terceiro é que estará

¹¹² DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 285.

¹¹³ DIÉZ-PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, pp. 611/612.

¹¹⁴ Neste mesmo sentido, LETE DEL RIO, J. M., *Derecho de Obligaciones*, Vol. II Ed. Tecnos, Madrid, 1995, p.17.

autorizado a ajuizar ação de regresso, ou seja, se demandado pagará o prejuízo e se houver culpa de terceiro, poderá se voltar contra esse terceiro para ser reembolsado. Isso permite concluir, por exemplo, que o beneficiário do ato heróico somente será demandado e arcará com os prejuízos se agiu com culpa, caso contrário nada deve. Já na Espanha isso não ocorre, porque a vítima ajuíza ação diretamente contra o beneficiário da conduta, caso em que, o terceiro que agiu em estado de necessidade para salvaguardar bem jurídico de outrem, não será responsável pelos danos ocasionados, e por isso não há que falar em ação de regresso. Parece uma solução bem mais justa do que aquela encontrada pelo legislador brasileiro.

No direito Espanhol a conclusão expressada, isto é, que o estado de necessidade constitui causa de justificação aos efeitos da responsabilidade extracontratual, era facilmente palpável antes da reforma do Código Penal, posto que no anterior artigo 20, à diferença do que ocorre no atual artigo 118 - que alude ao prejuízo que teria sido evitado à pessoa -, se utilizava como parâmetro para medir a indenização o benefício que tinha reportado à pessoa em cujo favor se havia precavido o dano. ROGEL¹¹⁵ afirmava que o artigo 20 falava impropriamente de responsáveis civis. Dizia que se se tratasse de ressarcimentos dos danos, haveriam de computar-se estes, atendendo a critérios objetivos e pagar o valor à vítima. Pelo contrário, o artigo 20, para determinar o montante da obrigação pecuniária não fazia referência ao dano sofrido pela vítima, mas ao benefício que havia reportado (as pessoas em cujo benefício se precavia o mal). Para este autor a a quantidade se devia não porque tinha responsáveis civis, mas para evitar que se produzisse um enriquecimento injusto à custa da vítima, e só dentro dos limites necessários para evitar-lo, mesmo quando o dano sofrido fosse maior.

A obrigação de indenização, que continha o artigo 20 do Código Penal, não seria nada mais que uma lógica consequência da eliminação de um

¹¹⁵ ROGEL VIDE, C., *La responsabilidad civil extracontratual. Introducción al estudio jurisprudencial*, Ed. Civitas, Madrid, 1977, pp. 86/87.

enriquecimento ou “benefício” injusto. Hoje, o teor literal mudou e o parâmetro a que se atende é o prejuízo que se evitou à pessoa ou pessoas em cujo favor se agiu para evitar o mal. Contudo, a doutrina entende, que tal variação não diminui a validade das afirmações feitas anteriormente e, em conseqüência, pode seguir sustentando-se que o estado de necessidade constitui a chave para explicar, com respeito a obrigação ressarcitória, estas duas conseqüências que se produzem na ordem civil: a legitimação passiva e a finalidade da ação ressarcitória. Em primeiro lugar, a ação não é do prejudicado contra o causante, mas contra o beneficiado por o dano evitado. Em segundo a ação não se dirige a obter reparação do dano, mas só a restituição na medida em que o demandado se favoreceu.

Quando proceder ao exame das circunstâncias concretas a fim de determinar se existiu ou não o estado de necessidade, deve ser tomado como ponto de referência os requisitos exigidos pelo Código Penal, mas não sem antes aludir, ainda que brevemente, o que se entende no contexto por situação de necessidade.

Na Espanha, assim como no Brasil, é necessária estar bem caracterizada a situação de conflito entre bens e interesses, em circunstâncias tais, que permitam afirmar que a salvação de uns depende do sacrifício de outros, e mais, que estejam expostos a um perigo real e objetivo. Assim, iminência e inevitabilidade são requisitos indispensáveis, aos quais a jurisprudência acrescenta o caráter absoluto do risco, como inexistência de outros meios para salvaguardar o bem. Contudo esta interpretação judicial tem sido questionada pela doutrina, pois segundo esta, no caso concreto deve ser avaliado se o sujeito fez aquilo que é humanamente exigível para evitar o conflito.

O Código Penal Espanhol elenca três requisitos para que seja reconhecido o verdadeiro estado de necessidade, isto é, não basta para

beneficiar-se desta causa de justificação, alegar o estado de necessidade, tem que provar a presença desses requisitos.

Primeiramente é necessário que o mal causado não seja maior do que aquele que se deseja evitar, e a doutrina também tem exigido algo mais: não só que o mal causado não seja maior, mas que seja menor que o salvaguardado. Deve haver uma proporcionalidade. A interpretação tradicional entende que se trata de comparar os bens jurídicos em conflito, contudo a redação legal não obriga, mas ao contrário, para tal abordagem já que a lei não compara “bens”, mas “males”, e na gravidade do mal não só influi o valor do bem mas a forma em que se lesiona.

Uma lesão produzida pela natureza não permite mais valoração que a do bem típico lesionado, assim a gravidade do mal é aqui igual a importância de dito bem. Mas o mal causado ao lesionar um bem jurídico penalmente protegido supõe não só o prejuízo do bem, mas também uma perturbação de ordem jurídica e, sendo individual o bem, uma interferência anormal na esfera do lesionado, do que cabe deduzir que o mal causado pela ação realizada em estado de necessidade deverá ser maior que a lesão do bem típico que supone. Por esta via se alcança uma conclusão que modifica a interpretação tradicional do atual artigo 20. 5º e em particular o suposto de igualdade de males¹¹⁶.

É preciso ainda que a situação de necessidade não tenha sido provocada intencionalmente pelo sujeito. A doutrina entende como sinônimo intencionalidade ou caráter doloso da criação do conflito.

Por último, é necessário que não tenha por seu ofício ou cargo obrigação de sacrificar-se. O texto se refere ao “necessitado”, não

¹¹⁶ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. PPU, 3ª Ed., Barcelona, 1990, p. 500.

precisamente ao agente porque no caso de “auxílio necessário” ou “estado de necessidade de terceiros”, estará excluída a possibilidade de atuação lícita se o terceiro está, por sua profissão ou cargo, obrigado a suportar o dano em seus bens jurídicos.

3.3 Exercício Regular de um Direito e Estrito Cumprimento de um Dever Legal

Causas de afastamento da ilicitude também chamadas, assim como as outras, por outros designativos, como *causa justificante*, *excludente de antijuridicidade*, *eximente*, *dirimente*. São causas que, uma vez praticadas, retiram da conduta seu coeficiente de desvalor, concernem ao exercício regular de um direito reconhecido e estrito cumprimento do dever legal. O fato continua sendo típico, uma vez que há previsão no estatuto penal da conduta praticada, todavia essa conduta não será antijurídica, ou seja, não haverá uma contradição entre a conduta e o ordenamento jurídico, porque este, expressamente fez previsão dos casos em que, mesmo a conduta sendo típica, não será antijurídica, em razão do agente ter agido dentro dos parâmetros legalmente estabelecidos.

A primeira das dirimentes concerne ao estrito cumprimento do dever legal. Cumpre um dever, aquele que legalmente está obrigado a ter, ou a tomar uma determinada conduta. Essa eximente pressupõe um comando legal que obrigue a pessoa a ter uma determinada conduta. O soldado que fuzila o condenado, ou elimina o inimigo no campo de batalha, não comete crime algum. Sua conduta será típica, pois o Código Penal Brasileiro, diz em seu art. 121 - "matar alguém"- este o comando primário, portanto, matar alguém é um fato típico, pois o Código Penal faz essa previsão. Todavia, no caso do soldado, sua conduta não será antijurídica, pois

o soldado está em estrito cumprimento do dever legal. O policial que invade domicílio para cumprir mandado de prisão, não comete o delito do art. 150 (violação de domicílio) do Código penal, pois, neste caso, está albergado pela discriminante do estrito cumprimento do dever legal; o policial que emprega força física para cumprir seu dever também não comete ato ilícito (eventual lesão corporal), como por exemplo, para impedir a fuga de um presidiário¹¹⁷.

No entanto, há que se ressaltar que, se o agente, mesmo estando obrigado por lei a ter determinada conduta, extrapolar os limites impostos pela lei, estará configurado a antijuricidade e portanto, não estará ao abrigo da excludente. O ordenamento jurídico fala em “estrito cumprimento do dever legal”, ou seja, nos exatos parâmetros fixados pela lei, sob pena de abuso de direito. O policial, por exemplo, somente poderá invadir domicílio alheio quando estiver autorizado por uma ordem judicial e mais, somente poderá invadir o domicílio discriminado na ordem judicial, não podendo, munido de uma ordem judicial, invadir qualquer domicílio. Fugindo do estrito, incorrerá em abuso e, além do crime que praticar, deverá receber a devida punição administrativa.

Conforme ensina o professor MIRABETE¹¹⁸, prevendo o estrito cumprimento do dever, exige a lei que se obedeça rigorosamente às condições objetivas a que a ação esteja subordinada. Todo dever é limitado ou regulado em sua execução, e fora dos limites traçados na lei o que se apresenta é o excesso de poder punível. Este estrito cumprimento do dever concerne ao dever legal, assim, somente não haverá crime quando o agente agir sob proteção da lei, ou de uma de suas espécies normativas, estando excluídas, por conseguinte, as obrigações morais, sociais ou religiosas. Haverá violação de domicílio, por exemplo, se um sacerdote forçar a entrada em domicílio para ministrar a extrema-unção; ocorrerá constrangimento ilegal

¹¹⁷ Neste sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal, em julgamento de 1983, publicado na RT 580/447: ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL - Policiais que revidam a tiros reação de marginais, matando um deles quando cumpriam mandado de autoridade competente -Inexistência de dolo e, conseqüentemente, de justa causa para a ação penal - Trancamento - "Habeas corpus" concedido de ofício - Inteligência dos arts. 19, III, do CP e 648,1, do CPP. Nítida se apresentando a ausência de dolo dos policiais, que agiram no estrito cumprimento de dever legal, inexistente justa causa para ação penal contra eles intentada.

¹¹⁸ FABRINI MIRABETE, Julio, *Manual de Direito Penal – Parte Geral*, 13ª ed, V. I, Ed. Atlas, São Paulo, 1998, p. 186.

se o policial forçar um passageiro de um coletivo a ceder seu lugar a uma pessoa idosa, por exemplo.

Assim, havendo um extravasamento dos lindes traçados pela lei e, por conseqüência, agindo a pessoa de forma abusiva, não estará sua conduta albergada pela discriminante do estrito cumprimento do dever legal. Também não se admite a discriminante em comento, quando estamos a tratar de crimes culposos, isso porque a lei não permite a imprudência, a negligência e a imperícia.

Destarte, na seara penal, pode-se concluir com as palavras de MIRABETE¹¹⁹: *“Não há crime quando o agente pratica o fato no “estrito cumprimento de dever legal” (arl. 23, inc. III, primeira parte). Quem cumpre regularmente um dever não pode, ao mesmo tempo, praticar ilícito penal, uma vez que a lei não contém contradições. Falta, no caso a antijuridicidade da conduta e, segundo os doutrinadores, o dispositivo seria até dispensável. A excludente, todavia, é prevista expressamente para que se evite qualquer dúvida quanto à sua aplicação, definindo-se na lei os termos exatos de sua caracterização”*.

No âmbito civil, o estrito cumprimento do dever legal não vem expresso em nenhum dos incisos do art. 160 do Código Civil de 1916, e nem foi introduzido pelo legislador de 2002 em nenhum dos incisos do art. 188 do novo Código Civil. Todavia, tal omissão, evidentemente, não desnatura essa causa de exclusão de responsabilidade no âmbito civil. Como bem ponderado pelo eminente mestre Mirabete, essa previsão nem mesmo precisaria ter sido prevista no diploma repressivo, pois, quem cumpre um dever estabelecido pela lei jamais poderá estar praticando um crime.

A previsão veio simplesmente para evitar qualquer discussão em sentido contrário. Assim, para o professor Mirabete, quem cumpre seu dever legal não

¹¹⁹ FABRINI MIRABETE, Julio, *Manual de Direito Penal – Parte Geral*, 13ª ed, V. I, Ed. Atlas, São Paulo, 1998, p. 185.

pode, da mesma forma, ser responsabilizado por eventuais danos que venha a causar, a não ser quando, exerça seu dever, mas, intencionalmente, ou por imprudência, negligência ou imperícia cause danos a outrem.

Contudo, uma hipótese não pode deixar de ser registrada: se um funcionário público seguir uma determinação do poder público e, ao agir, causar dano a outrem, exsurgirá sim, o dever de indenizar, por parte do Estado que emitiu a ordem, uma vez que no campo da responsabilidade civil, a responsabilidade do Estado é objetiva, não se perquirindo de culpa. E o Estado somente poderá se ressarcir do que tenha despendido de seus cofres para ressarcir a vítima, se seu funcionário agiu, pelo menos, de forma culposa, ou seja, com negligência, imprudência ou imperícia. Caso contrário, deverá suportar a perda patrimonial que experimentou. Todavia, se o funcionário seguiu estritamente a ordem recebida, não estará obrigado a ressarcir aos cofres públicos nenhum valor, pois somente agiu porque determinaram que agisse. Caso contrário, nada teria feito.

Assim, se alguém, no desempenho de suas funções legais, vier a causar danos a ou trem, não estará obrigado a indenizar, não obstante a omissão legislativa, pois seria um contra-senso a lei determinar uma conduta ilícita. Somente em casos excepcionais a indenização se imporá. No caso de funcionário público, a obrigação para o Estado que, por uma ordem sua, veio a causar um dano, a obrigação de indenizar se imporá, pois a responsabilidade do Estado é objetiva. Porem, por questão de lógica jurídica, tudo dependerá do caso concreto, pois situações como as de guerra declarada, ou decretação de calamidade pública, podem e geralmente obrigam o Estado a tomar decisões urgentes sem ter tempo de aquilatar as conseqüências da decisão que tomou. Em isto se verificando, infelizmente, as pessoas lesadas deverão suportar a lesão e não terão o direito de acionar o Estado. Situações urgentes pedem medidas urgentes. Essas hipóteses podem ser equiparadas ao caso fortuito ou à força maior. Quando o homem passou a viver em sociedade e celebrou aquilo que

Rousscau chamou de "*O contrato social*", outorgou poderes a este órgão central que chamamos de Estado, para que tomasse as decisões que julgasse mais adequadas para a salvaguarda e bem-estar da coletividade. E, se o Estado tiver que optar entre salvar o interesse individual ou o coletivo, indubitavelmente optará por este último. Esse o preço a ser pago por se viver em sociedade.

Como se pode notar do que até aqui se expôs, o campo da responsabilidade une, de forma inextricável, o direito penal ao direito civil, sendo que suas nuances vão surgindo pelos pormenores que distinguem esses dois grandes ramos do direito.

Passemos agora à análise da excludente do exercício regular de um direito reconhecido. No Estatuto Penal, é uma discriminante que vem prevista no art. 23, III, segunda parte. No Diploma Civil, essa causa de exclusão da responsabilidade, ou causa de irresponsabilidade, vem prevista no art. 160, inc. I do CC/1916 e art. 188, inc. I do CC/2002.

Evidentemente que, quem exerce um direito albergado pelo ordenamento jurídico não estará cometendo um ato ilícito. Corolário do princípio albergado pelo art. 5º, II da CF/88 de que "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*". Se a lei permite, é porque não proíbe, caso contrário, estaria em flagrante contradição. E, filosoficamente, conceitos que se repelem são falsos. Se isso acontece no ordenamento jurídico, o caos se instala, pois a função do ordenamento jurídico é instalar a segurança e a certeza jurídicas e não a incerteza, a dúvida, a insegurança. Toda vez que a conduta de uma pessoa se adaptar ao preceito insculpido na lei, estará agasalhada por um comportamento lícito. Claro que isso não pode ser dito de forma tão absoluta quanto ao direito penal, pois, se a conduta de uma pessoa se subsumir em um dos tipos ali encartados, estará a pessoa cometendo uma conduta típica e, portanto, um crime. Entretanto, mesmo que sua conduta se adapte a um dos tipos, se estiver albergada por alguma excludente de ilicitude, como a que agora estamos analisando, conseqüência nenhuma lhe advirá, pois estará sob o manto

protetor de uma discriminante. Assim, se uma pessoa exerce um direito, a ninguém prejudicará, porque o legislador, ao elaborar uma lei, traça, aprioristicamente, os limites dentro dos quais a pessoa poderá se mover sem prejudicar outrem. A lei traça um parâmetro que permite às pessoas agirem de tal forma que exerçam seu impostergável direito à liberdade, desde, que este exercício não prejudique a liberdade alheia. Se construo um edifício em terreno de minha propriedade estou exercendo um direito meu, devendo, evidentemente, apenas observar os procedimentos ditados pela construção civil e pelo código de posturas do município. Isso, evidentemente, retirará a privacidade de meu vizinho, pois terei acesso visual à sua propriedade, se esta for térrea, todavia, não estarei cometendo um ato reprovado pela lei, uma vez que esta me outorga esse direito.

Se uma pessoa tentar invadir minha propriedade, posso impedi-la, não configurando minha atitude nenhum ato ilícito, mesmo que use a força, pois isso me permitia o art. 502 do CC/1916 e, agora o art. 1.210, § 1 do CC/2002. São situações em que a própria lei faculta, permite, que se adote o comportamento que prescreve. Assim, em direito penal, se o agente agir no exercício regular de um direito reconhecido, crime algum irá praticar. A conduta será típica, todavia não será antijurídica, portanto na esfera penal, nenhuma consequência lhe advirá.

Na esfera civil, se uma pessoa estiver agindo dentro dos parâmetros estabelecidos pela lei, e vier a causar um dano a outrem não estará obrigada a arcar com nenhuma indenização. Isso por uma questão óbvia e evidente, pois, se a lei faculta um determinado comportamento, taxando-lhe de lícito, não poderá, uma vez realizado o comportamento permitido, obrigar a pessoa a indenizar eventual dano. Fiquemos com um exemplo: o direito de vizinhança faculta à uma pessoa que corte os galhos da árvore de seu vizinho se esses vierem a invadir sua propriedade, ou mesmo que corte as raízes dessa árvore, se essa vier a se proliferar de tal modo que danifique as estruturas do muro que construiu. Esse corte, evidentemente, se limita à linha vertical do muro,

porque a pessoa não poderá invadir o terreno de seu vizinho para cortar além do necessário. Mesmo que a pessoa se sinta lesada, ou mesmo que a árvore venha a morrer, nenhuma consequência advirá àquele que podou os galhos ou as raízes da árvore, ou seja, não terá que indenizar o lesado, isso porque a lei lhe faculta este comportamento, mais especificamente, o art. 558 do CC/1916 e agora, o art. 1.283 do CC/2002, que assim rezam, respectivamente:

Art. 502. O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se, ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo.

Art. 1.210. ...

§1º O possuidor turbado ou esbulhado poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

Art. 558. As raízes e ramos de árvores, que ultrapassarem, a extrema do prédio, poderão ser cortados, até o plano vertical divisório, pelo proprietário do terreno invadido.

Art. 1.283. As raízes e os ramos de árvore, que ultrapassarem a extrema do prédio, poderão ser cortados, até o plano vertical divisório, pelo proprietário do terreno invadido.

Portanto, diante do exercício regular de um direito reconhecido, não advirá àquele que age sob seu império, nenhum dever de indenizar.

Todavia, como a natureza humana é inconstante, pode acontecer de a pessoa querer ir além dos limites estabelecidos pela lei. Nesse caso, estar-se-á diante de um abuso do direito, e havendo excesso, tanto na esfera penal, quanto na esfera civil, o agente deverá ser responsabilizado. Na esfera penal, pelo excesso que cometeu, sendo-lhe aplicada a pena correspondente; na esfera civil, sua responsabilidade se traduzirá no dever de indenizar a vítima.

Nesse sentido, de forma muito clara e lúcida, frisa MIRABETE que é necessário que se obedeça às condições objetivas do direito, que é limitado e, fora dos limites traçados na lei, haverá, abuso de direito, excesso. Responde o agente se não exercitar regularmente o Direito. Ocorre o crime de maus-tratos quando houver abuso dos meios de correção ou disciplina (art. 136); o exercício arbitrário das próprias razões quando se procura fazer justiça, pelas próprias mãos (art. 345) etc. Exige-se também o elemento subjetivo, a congruência entre a consciência e a vontade do agente com a norma permissiva. Ela diferencia, por exemplo, o ato de correção executado pelo pai, das vias de fato, injúria real e até lesões quando o genitor não pensa em corrigir, mas em ofender ou causar lesão¹²⁰.

Destarte, de forma muito clara, nota-se que o abuso, e portanto, o extravasamento do exercício regular do direito, sendo assim exercício irregular, se dá quando o agente, primeiro, extrapola os limites legalmente estabelecidos, indo além do permitido e, segundo, quando o agente age, intencionalmente, apenas com o escopo de prejudicar a outrem. Logo, dois requisitos devem ser observados para que a causa de irresponsabilidade se verifique. O objetivo, consistente na observância dos limites impostos pela lei, e o subjetivo, consistente na análise da intenção do agente, seu elemento interno. Se quis apenas prejudicar, agiu de forma irregular. Agindo de forma irregular, na seara civil, advir-lhe-á o dever de indenizar.

No direito Espanhol, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de um direito vêm contemplados no mesmo artigo. De acordo com o artigo 20. 7º do Código Penal *“Están exentos de responsabilidad criminal: 7. El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”*.

Segundo a doutrina espanhola o estrito cumprimento do dever legal é uma permissão, na qual se declara ajustada ao direito a realização de certas condutas

¹²⁰ FABRINI MIRABETE, Julio, *Manual de Direito Penal – Parte Geral*, 13ª ed, V. I, Ed. Atlas, São Paulo, 1998, p. 186.

típicas levadas a cabo por um agente em cumprimento do disposto pelo mesmo ordenamento jurídico. Para que a conduta em cumprimento de um dever legal se justifique, se requer: a existência de um dever jurídico que não pode ser de caráter moral, mas imposto pela lei; o dever tem que ser estrito, ou seja, o agente com sua atuação não pode exceder os limites ou a extensão do dever. Assim, os abusos e excessos que vão além do limite estabelecido na lei, não estão ao abrigo da isenção. Deve mediar a necessidade de executar o comportamento típico. Deve agir tão somente para cumprir o dever.

O exercício regular de um direito, ou exercício legítimo de um direito, como preferem alguns autores espanhóis, é um ato legítimo e justo, embora prejudique interesses alheios, enquanto seu obrar não constitua um exercício abusivo do mesmo. Quando o titular de um direito põe em prática ele lança mão de faculdades que este lhe concede, e embora ao fazer-lo cause um dano, não responderá pelo prejuízo causado se o mesmo é consequência natural do direito que em atribuído. No entanto, como é sabido, o exercício de um direito não pode significar um uso irracional e indiscriminado do poder, isto é, das possibilidades de atuação jurídica concedidas a seu titular. O seu exercício deverá ser dentro dos limites, tanto de ordem externa como interna, e só assim, se estará diante de uma verdadeira causa de justificação.

Desde uma perspectiva genérica, o exercício legítimo do direito estará condicionado pelo Princípio da Boa Fé, pois segundo o artigo 7.1 do Código Civil Espanhol “*Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*”. Exige-se a boa fé na conduta do homem. Até hoje este é um conceito obscuro e que não freqüentemente gera inseguranças. No entanto, o ordenamento jurídico exige que este comportamento de boa fé não só para impedir ou afastar a conduta desonesta, como por exemplo, enganar, fraudar, etc, mas também exige uma conduta positiva do agente para com o seu próximo, pregando uma fraterna convivência, como o dever de diligência de cooperação, etc. Assim, mais do que nunca o exercício de um direito deve estar adequado ao princípio da boa fé, sendo

exercitado dentro dos limites por ele impostos para que seja legitimada a conduta.

3.4 Força Maior e Caso Fortuito

Ao lado das causas excludentes de ilicitude, acima citadas, podemos somar outras causas também denominadas de "causas de irresponsabilidade", em razão de eximirem qualquer pessoa, de responsabilidade. São elas: a Força Maior, o Caso Fortuito e a Culpa Exclusiva da Vítima. Normalmente os doutrinadores tratam essas causas em tópicos separados. Contudo, em termos didáticos, parece mais apropriado trata-las ao lado das demais excludentes. Desta forma, a Força Maior e o Caso Fortuito devem ser classificados como excludentes, ou causas de irresponsabilidade em sentido amplo - *lato sensu* - isso por um motivo, deveras, simples. Essas causas eximem qualquer pessoa do dever de reparar, pois não há a participação de quem quer que seja, na produção do evento danoso. Ou o fato foi produzido por força da natureza e, portanto, por força maior, haja vista o fato de que a força humana não consegue conter a mesma; ou se deve ao acaso, e estar-se-á diante do Caso Fortuito, que é o evento imprevisível. A outra causa excludente da ilicitude concerne à Culpa Exclusiva da Vítima, que deve ser tratada como uma causa de irresponsabilidade em sentido estrito - *strictu sensu* - pois sua verificação produz efeitos mais restritos, eximindo da responsabilidade apenas o autor do evento, quando se verifica, pelo arcabouço fático narrado, que a própria vítima, por meio de seu comportamento, foi a responsável pelo evento danoso. Portanto a culpa exclusiva da vítima, como causa de irresponsabilidade, produz efeitos mais restritos.

Somente se a vítima for a exclusiva culpada, haverá a causa de irresponsabilidade.

No concernente à Força Maior ou Caso Fortuito, qualquer pessoa estará agasalhada por essa eximente.

Explico melhor: quando se está diante de culpa exclusiva da vítima, o

autor deve provar a culpa da vítima. Somente diante da configuração da mesma, o autor, pretendo ofensor, poderá se eximir do dever de indenizar.

Já, em caso de força maior, ou caso fortuito, uma vez constatada a ocorrência de uma delas, incontinentemente a responsabilidade se afasta.

A Força Maior e o Caso Fortuito podem se aplicar em relação a um número indeterminado de pessoas. Já a culpa exclusiva da vítima, em relação a um grupo reduzido.

E as razões que supedaneiam essas causas de irresponsabilidade são óbvias e muito claras.

Passemos a uma rápida análise dessas causas.

Primeiramente, a Força Maior e Caso Fortuito. A doutrina pátria, nunca foi muito precisa ao diferenciar a Força Maior do Caso Fortuito, havendo autores que, simplesmente, consideram-nas a mesma coisa. Neste sentido, o eminente civilista CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA¹²¹ sobre o assunto, diz que várias distinções são oferecidas pela doutrina, mas sem oferecer gabarito determinante e hábil a efetuar a diferenciação. Preferível mesmo, diz ele, ainda com a ressalva de que pode haver um critério distintivo abstrato, é admitir que na prática os dois termos correspondem a um só conceito, unitariamente considerado no seu significado negativo da imputabilidade.

Desde longa data, a doutrina, não apenas a nacional, mas nomeadamente, a internacional vêm se debatendo sobre a definição e os critérios para aferição da Força Maior e do Caso Fortuito.

Duas grandes correntes surgiram no decorrer deste embate em busca da definição mais consentânea com a realidade, ou ainda, com os anseios de

¹²¹ SILVA PEREIRA, Caio Mário da, *Responsabilidade Civil*, 4 ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1993, p. 237.

justiça¹²².

A primeira foi a corrente subjetivista, encabeçada por GOLDSCHMIDT que, de certa forma, confundiu um pouco as noções de ausência de culpa com a força maior. Consoante aponta CAIO MARIO, essa corrente peca pelo sério extremismo de considerar presentes, os efeitos da vis maior, onde acaba a culpa. E é, extremamente perigosa, em razão do fato de fazer oscilar o critério judicante em junção das aptidões individuais do devedor. O douto professor, em sua obra, abarca apenas o conceito de devedor, isso em razão do excelso professor estar tratando das obrigações. Todavia, em razão de estarmos versando sobre responsabilidade civil, evidentemente que, aqui, deve-se fazer referencia ao ofensor¹²³.

A constatação do caso fortuito ou da força maior deve ser feita de forma objetiva. O critério subjetivista se torna perigoso, ou melhor, inócuo, pois se houver uma parcela de culpa, por mínima que seja, escamoteados estão o caso fortuito e a força maior, pois estas não dependem do elemento subjetivo para se fazerem presentes. Fique-se com um exemplo: mesmo que o agente quisesse, que a casa de um desafeto seu desmoronasse, se o desmoronamento se deveu a um terremoto, não há como atribuir a culpa àquele que tinha em seu íntimo, esse desejo. Poderá haver uma reprovação moral, ética, pois isso contraria os mais mezinhos princípios da solidariedade e da fraternidade humanas, mas, legalmente, sua vontade é irrelevante. Assim, acreditamos que, mesclar o caso fortuito ou força maior com o elemento subjetivo de uma pessoa, não que represente um risco, mas, mais do que isso, é uma pretensão, uma discussão inócua. É como o caso do crime impossível: se o agente atira contra um corpo já sem vida, ou pretende envenenar uma pessoa com açúcar (salvo o caso de uma pessoa diabética), em ambos os casos, o elemento subjetivo do agente é irrelevante, pois o crime é impossível por absoluta impropriedade do objeto ou

¹²² Mencionamos a palavra justiça em seu significado mais amplo e, trivialmente utilizado, no sentido de se buscar um conceito que mais se aproxime dos anseios jurídicos de dar a cada um o que é seu. É evidente que, se fossemos proceder a uma digressão filosófica da palavra, divagaríamos por extensas páginas e, paralelamente aos muitos filósofos, sobejamente mais gabaritados, a discussão que faríamos apenas ajuntar-se-ia às tantas outras que já existem, que não esgotam o assunto, mas podem dar uma noção do que se pretende entender por justiça.

¹²³ SILVA PEREIRA, Caio Mário da, *Responsabilidade Civil*, 4 ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1993, pp. 237.

meio empregado, isso em atendimento ao princípio da ofensividade jurídica, logo, uma discussão que apenas consome tempo.

Paralelamente a essa teoria, surgiu a teoria objetivista, liderada por EXNER. Pregava esta teoria que o devedor (e no caso presente o ofensor), somente se liberaria da responsabilidade, se surgisse um evento, cuja fatalidade se evidenciasse ao primeiro surto ocular. Seu pecado, consoante preleciona o professor CAIO MARIO, é desprezar totalmente a participação individual, as circunstâncias pessoais¹²⁴.

Entrementes, a par de toda construção doutrinária e do quilate de seus propugnadores, parece que a teoria objetiva é a que mais dá conta do recado, de forma cabal e mais lógica possível. Veja-se: ao analisar o caso concreto, deve-se verificar se o ofensor podia vencer a adversidade que se lhe apresentou, ou não. Se podia vencer a adversidade, evidentemente que, de força maior ou caso fortuito não irá se tratar. Deve-se verificar, objetivamente, se no caso concreto, tinha a pessoa condições de vencer, ou não, o evento maior ou fortuito. Isso deve ser feito, tomando-se um parâmetro. E qual seria este parâmetro? Certamente, mais uma vez, o parâmetro deve ser o do *homo medius* - o homem médio.

O homem médio é o homem normal, aquele que atende, dentro da normalidade, às mais variadas exigências no concernente à capacidade física, intelectual, comportamental e etc. Se o homem normal não podia vencer a eventualidade, ou o acaso que se fez presente, então a pessoa tomada como ofensora não poderá ser responsabilizada, porque presume-se que não venceu o evento em razão de sua normalidade, pois toda pessoa é normal, até que se prove o contrário. É a parte *ex adversa* quem deve provar que a pessoa a quem está sendo imputado o evento danoso foge da normalidade, situando-se em patamares mais elevados da condição humana e que, portanto, tinha condições de vencer a força maior ou caso fortuito. Fique-se com um exemplo a título de

¹²⁴ SILVA PEREIRA, Caio Mário da, *Responsabilidade Civil*, 4 ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1993, pp. 237 e ss.

ilustração: imagine-se uma rede elétrica, na qual os cabos que conduzem a eletricidade se encontram em péssimas condições de conservação. A qualquer momento os mesmos podem vir a se romper e a se precipitar sobre alguém, causando um sério acidente. Se uma pessoa que trabalha na manutenção desses cabos, é conhecedora dessa situação e nada faz no sentido de acionar a empresa responsável pela citada rede elétrica, para que troque os cabos mal conservados e, num dado momento, esses cabos se rompem e vêm a atingir um transeunte, que por baixo dos mesmos estava passando, ou ainda, um automóvel, no qual, se encontra toda uma família. Neste caso, a pessoa que era conhecedora da má conservação dos cabos deve ser responsabilizada pelo evento, pois encontrava-se em uma situação superior ao *homo medius*. Tinha um conhecimento maior do que a maioria que não trabalha na manutenção da rede elétrica. Fiquemos com outro exemplo: todos os dias, uma determinada pessoa passeia por um campo, no qual se encontram redes elétricas; sempre observa atentamente aqueles fios de alta tensão que somem no horizonte. Esta, por não ser pessoa especializada no ramo, não tem condições de dizer se aquela fiação está em bom ou mau estado de conservação, apenas se limita a observar. Num belo dia, nota que um dos fios se encontra mais distendido do que os outros, mas, não sabe se isso é normal e deixa de avisar a empresa responsável pela manutenção daquela rede. Mais tarde, recebe a notícia de que aquele fio veio a se romper, atingindo um grupo de pessoas que por ali passava. Evidentemente que não poderá ser responsabilizada pelo evento, pois, por não se tratar de pessoa responsável pela manutenção da rede, encontrava-se na posição de homem médio, e portanto não tinha condições de aferir se os fios estavam ou não em mau estado de conservação. Por conseguinte e, pelo óbvio, jamais poderá ser responsabilizada¹²⁵ pelo evento fatídico, pois se trata de pessoa totalmente desconhecadora da possibilidade de rompimento da citada fiação.

¹²⁵ É claro que as vítimas não ficarão irressarcidas, pois, em se tratando de sistema de rede elétrica, a responsabilidade será do Estado, ou de alguma empresa que tenha obtido a concessão do serviço. Portanto, se desta má conservação da rede resultar um dano a alguém, a vítima poderá acionar ou o Estado, ou a empresa responsável pela exploração deste serviço. É bom ressaltar ainda que, em determinadas hipóteses, pode ocorrer de, nem o Estado nem a concessionária serem responsabilizadas, pois, mesmo diante de todo seu zelo Força maior, como por exemplo, um furacão, ou um terremoto, podem ocasionar o rompimento da rede elétrica e esta vir a e causar dano a alguém. Em isto se verificando, responsabilidade alguma poderá ser aventada, pois não há na face da terra força capaz de deter tal acontecimento.

Claro que, se a pessoa fosse um técnico em rede elétrica, e responsável pela manutenção da mesma, a situação seria outra¹²⁶.

O caso fortuito e a força maior são versados pelo próprio legislador de modo conjugado, como se fossem expressões sinônimas. Uma parte da doutrina também os trata como sinônimos. Porém, alguns operadores do direito fazem questão de diferenciar tais institutos.

Essa opção feita pelo legislador do Código Civil Brasileiro de 2002, quando regula a matéria¹²⁷, deve-se a dificuldade da doutrina em estabelecer um critério para diferenciar o caso fortuito da força maior. Essa dificuldade, vem desde o Direito Romano, pois se diferenciava o *casus* (caso fortuito) da *vis* (força maior), conforme Ulpiano, de acordo com a imprevisibilidade (*casus*) ou irresistibilidade

¹²⁶ Agostinho Alvim, também ressalta que para a caracterização do caso fortuito e da força maior, é imprescindível que os efeitos não possam ser evitados ou impedidos pelo ofensor, dizendo que *"A análise da definição do Código consistirá, principalmente, no estudo da necessidade do fato, cujos efeitos não seja possível evitar ou impedir. Há na prática, muito equívoco, acerca do que se deva entender por fato necessário. A geadas, o roubo à mão armada, o atraso de trens, são fatos necessários? Nem sempre. A necessidade do fato há de ser estudada em função da impossibilidade do cumprimento da obrigação e não abstratamente. Suponhamos que uma pessoa, durante certo lapso de tempo, guarde em casa uma grande soma, que deve entregar a alguém, e ladrões, sabedores do fato, roubem o dinheiro, em condições tais que fosse impossível impedir. Nesta hipótese, a não ser que as circunstâncias especiais do caso aconselhem outra solução, não se poderá admitir a escusa, com base em caso fortuito. Com efeito, se não era possível a defesa atual contra os ladrões, era possível, em todo o caso, prevenir o acontecimento, recolhendo a um Banco, pelo tempo que fosse necessário, a importante soma que se tinha em casa. Outro exemplo: alguém, obrigado a estar numa cidade às "tantas" horas, deixa de comparecer e escusa-se com o atraso do trem. É claro que não lhe era possível impedir o atraso; mas uma simples cautela da sua parte teria evitado que a obrigação não fosse cumprida. Prevendo a possibilidade de atraso, o devedor teria cumprido a obrigação se fosse de véspera, ou em outro trem, mais cedo. Em nenhum desses casos terá havido no sentido legal, impossibilidade de afastar o evento que impediu de cumprir a obrigação, e isso porque o não-cumprimento se deu, em ambos os casos, por imprevidência, ou falta de cautela".* ALVIM, Agostinho, *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*, 5ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1980, p.326.

¹²⁷ "Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir".

(*vis*)¹²⁸.

Para alguns autores, o critério mais adequado seria com base na previsibilidade, já para outros, seria a presença da vontade humana. Para outros ainda, seria a externidade do fato.

Apesar de não ser o que conta com maior prestígio na doutrina brasileira, mostra-se muito didático, o critério de distinção adotado por PONTES DE MIRANDA, a partir da Teoria do Fato Jurídico, diferenciando as várias categorias de fato jurídico *lato sensu* de acordo com a presença da vontade humana (*fato jurídico strictu sensu*, ato jurídico e negócio jurídico)¹²⁹.

Aplicando esse critério na diferenciação dos institutos em questão, o caso fortuito ocorre quando não há presença da vontade humana, como os eventos da natureza (terremotos, vendavais, etc). A força maior por sua vez, seria reconhecida quando presente a vontade humana (greve, atentados terroristas, etc).

Entretanto, em que pese ser didático, este critério não é o que conta com maior prestígio na doutrina brasileira. Os doutrinadores se manifestam favoráveis ao critério preconizado por AGOSTINHO ALVIM¹³⁰, que é o critério da externidade. Deve-se estabelecer se o fato é interno ou externo. Se o fato é externo, temos a força maior, ao contrário, se interno, é o caso fortuito. Assim, se o consumidor compra um botijão de gás e este, devidamente instalado, explode, ensejando um grave acidente, trata-se de um fortuito interno, e não se pode atribuir a culpa ao consumidor, já que trata-se de um defeito de fabricação. Já a

¹²⁸ TARSO VIEIRA SANSEVERINO, Paulo de, *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*, 2 ed, Ed. Saraiva, São Paulo, 2007, p. 308.

¹²⁹ MIRANDA, Pontes, *Tratado de Direito Privado*, Tomo 2: Parte Geral. Bens. Fatos jurídicos. 3ª ed., Ed. Borsoi, Rio de Janeiro, 1970.

¹³⁰ ALVIM, Agostinho, *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, 3ª Ed., Ed. Jurídica Universitária, Rio de Janeiro, 1965.

força maior, é o fortuito externo e abrange todos os atos externos à conduta do agente, como os eventos da natureza. Vale ressaltar que na conceituação de PONTES DE MIRANDA, os eventos da natureza são considerados como força maior. E é exatamente por tais discrepâncias doutrinárias que deve se ter um cuidado ao distinguir o caso fortuito da força maior, e certamente considerando tal dificuldade o legislador brasileiro, resolveu trata-los de forma equiparada¹³¹.

Assim, mesmo os que defendem e aceitam a Força Maior e Caso Fortuito como equivalentes, conduzindo, na prática, a um mesmo conceito, como o fez o legislador brasileiro no Código civil de 2002, nuanças há entre estas duas manifestações fenomenológicas que merecem registro. Uma vez que o Direito deva ser considerado um grande laboratório, no qual todos os seus protagonistas são, incontestavelmente, cientistas, todos, indistintamente, estão convidados a formularem suas experiências no sentido de aperfeiçoar a cada dia esta maravilhosa e empolgante ciência humana que jamais, passem os anos ou os séculos, poderá perder este seu impostergável coeficiente de mutabilidade, objetivando se adequar, cada vez mais, às novas exigências que a realidade lhe apresentar, a cada nova aurora da humanidade.

Assim, diante de caso fortuito ou força maior, pouco, ou nada, há a ser feito contra o “ofensor” direto. Considerando o critério de ALVIM, se for caso fortuito o agente se desobriga da indenização por total ausência de nexo de causalidade entre sua conduta e o dano ocasionado. Eventual ação deverá ser ajuizada contra o real causador do dano, como no exemplo mencionado, o fabricante do botijão de gás. Já quando for caso de força maior, em que estão inclusos os eventos da natureza, igualmente não haverá responsabilidade, eis que não há a quem imputar o prejuízo causado.

Na Espanha encontramos previsão do caso fortuito e força maior no artigo 1105 do Código Civil Espanhol. De acordo com tal dispositivo “*Fuera de los*

¹³¹ TARSO VIEIRA SANSEVERINO, Paulo de, *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*, 2 ed, Ed. Saraiva, São Paulo, 2007, p. 308.

casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o, que, previstos, fueran inevitables”.

Importante salientar, que o artigo 1105, estabelece as chamadas causas de exoneração da responsabilidade. E, em que pese o referido dispositivo não mencionar expressamente “caso fortuito e força maior”, a doutrina e jurisprudência pátrias entendem que deles se trata. Julgamentos como a Sentença do Tribunal Supremo 23-XI-04¹³² - que disse “*El art. 1105 CC excluye de La responsabilidad los sucesos que obedezcan a caso fortuito o fuerza mayor – nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran preverse, o que, previstos, fueran inevitables (...)*” -, não deixam dúvida a este respeito. Além disso, em outros dispositivos do Código Civil, o legislador utilizou expressamente as expressões “caso fortuito e força maior”, como por exemplo, nos artigos 1602 , 1905, 1777, dentre outros.

Assim, regra geral, o agente fica liberado da responsabilidade, se presente o caso fortuito ou a força maior, salvo se da própria obrigação (o que via de regra não se aplica às obrigações extracontratuais) ou da lei, resulte uma solução distinta. Essa é a previsão legal.

Destarte, no Código Civil Espanhol, assim como também ocorreu no Código Civil Brasileiro, o legislador optou por não estabelecer uma distinção entre caso fortuito e força maior, limitando-se a dizer que “*nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o, que, previstos, fueran inevitables*”. Isso fez com que muitos doutrinadores entendessem como sinônimas as expressões caso fortuito e força maior.

LASARTE¹³³, ao comentar o artigo 1105 do CC, asseverou que tais

¹³² (RJ 7383)

¹³³ LASARTE ALVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil* Tomo II, Obligaciones, Ed. Trivium, Madrid, 2004. P. 178.

expressões foram herdadas do Direito Romano e que desempenham no sistema jurídico espanhol um mesmo papel, podendo ser consideradas sinônimas. Descreve-as como aqueles fatos ou circunstâncias que, sendo absolutamente estranhas a vontade (como os fenômenos meteorológicos), fazem com que o devedor, ainda que não cumpra com a sua obrigação, fique exonerado da responsabilidade.

Já outra parte da doutrina preconiza que caso fortuito e força maior possuem conceitos distintos. Existem vários critérios utilizados para a diferenciação. No entanto, a jurisprudência adota predominantemente dois critérios: um deles vincula o caso fortuito à previsibilidade, de modo que estará presente a causa de exoneração, quando o evento não era previsível, mediante o emprego de uma diligência normal. Enquanto que força maior constituiria um evento que, ainda que pudesse ser previsto, não poderia ser evitado. Este último no sentido de irresistível, inevitável. O outro critério para distinguir caso fortuito de força maior, leva em consideração a procedência do fato que impede o cumprimento. Se é de procedência externa ao círculo da atividade em que se desenvolveu a obrigação, é força maior. Se interna, trata-se de caso fortuito. Por este sistema, a força maior prescinde de maiores demonstrações, porque fala por si mesma, como é o caso de um terremoto, por exemplo.

Nesse sentido, encontramos diversas decisões na jurisprudência espanhola. Assim, a STS de 06 de março de 2003, Sala de Contencioso-administrativo: *“como ha establecido esta Sala, por todas sentencias de 31 de mayo de 1999, (...) y en esto se muestran hoy coincidentes la doctrina científica y la jurisprudencia, que fuerza mayor y caso fortuito son unidades jurídicas diferentes: a) En el caso fortuito hay indeterminación e interioridad; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: "falta de servicio que se ignora"); interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización. En este sentido, entre otras, la STS*

de 11 de diciembre de 1974: "evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida". b) En la fuerza mayor, en cambio, hay determinación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio. En este sentido, por ejemplo, la STS de 23 de mayo de 1986: "Aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado". En análogo sentido: STS de 19 de abril de 1997 (apelación 1075/1992)¹³⁴.

También a STS de 10 de maio de 1999: "La presencia de los gérmenes no es, contra lo alegado, fuerza mayor por imprevisible, inevitable y ajeno a la organización del servicio. Por contra, es evitable e interno. Tanto fuerza mayor como caso fortuito exigen inevitable e imprevisible, La diferencia está en la **externidad de la fuerza mayor** que aquí no se da porque la infección se produjo en el contexto de un acto de asistencia sanitaria"¹³⁵.

Ademais, a diferenciação entre caso fortuito e força maior, ganha especial relevância quando a responsabilidade é objetiva, porque nesta hipótese, o caso fortuito não funciona como causa de exoneração da

¹³⁴ O critério da exterioridade ou interioridade é também o critério adotado de forma majoritária na doutrina e jurisprudência brasileiras. Vid. TARSO VIEIRA SANSEVERINO, Paulo de, *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*, 2 ed, Ed. Saraiva, São Paulo, 2007, p. 308.

¹³⁵ Também Sentença da Audiência Provincial de Viscay, Sala de Civil, de 02 de junho de 2008: "Dos son los criterios que doctrina y jurisprudencia ha elaborado para distinguir el caso fortuito de la fuerza mayor: conforme al primero el caso fortuito es el suceso imprevisible, mientras que la fuerza mayor es el suceso previsible pero inevitable; el segundo criterio afirma que es caso fortuito cuando el acontecimiento tiene lugar dentro de la empresa, y la fuerza mayor cuando pertenece a la esfera exterior y queda fuera de su disposición" (Recurso de Apelação 338/2007).

responsabilidade. Já quando a responsabilidade é subjetiva, ambos os institutos operam como excludentes.

Na responsabilidade objetiva, em que a culpa não é requisito necessário para configurar o dever de indenizar, somente a força maior estranha exonera, pois a relação de causalidade externa impede a atribuição do dano ao sujeito. A explicação para tanto está justamente na diferença destes institutos, considerando que o conceito de força maior está ligado àqueles eventos inevitáveis e cuja procedência é externa ao círculo da atividade em que se desenvolveu a obrigação. São eventos que ultrapassam os limites de diligência do agente, se revelando absolutamente inevitáveis. Por isso, essa causa se faz presente tanto na responsabilidade subjetiva, como na objetiva. Já o caso fortuito é imprevisível, e leva-se em conta os aspectos internos ao círculo da atividade, de modo que supõe ausência de culpa, por isso, fica excluído da responsabilidade objetiva. A jurisprudência tem entendido que no caso fortuito se deve analisar o grau de diligência¹³⁶ empregado pelo agente, de modo que, se diante do caso concreto ficar evidenciado que certa diligência afastaria o evento, então não se pode falar em excludente da responsabilidade por caso fortuito¹³⁷. Assim, para averiguação desta diligência requer a análise de

¹³⁶ De acordo com a STS 16-II-88 (RJ 1994), o caso fortuito supõe um fato realizado sem culpa alguma do agente, porque o vínculo de causalidade se produz entre o acontecimento e o dano, sem que nele intervenha como fator apreciável a atividade dolosa ou culposa do agente. Assim, para que tal evento origine exclusão da responsabilidade é necessário que seja imprevisível e inevitável, pois quando o acontecimento for devido a incumprimento do dever relevante de previsibilidade, não estará presente a situação de caso fortuito, porque com este atuar faltou a adequada diligência, por omissão da atenção e cuidado requerido, denotando uma conduta interferente frente ao dever de prudência e cautela exigidos pelo artigo 1.105 do Código Civil Espanhol.

¹³⁷ Importante decisão a este respeito é a Sentença do Tribunal Supremo, de 16 de fevereiro de 1988: *"En torno al caso fortuito, tiene declarado esta Sala que el requisito de la previsibilidad es esencial para generar culpa extracontractual, porque la exigencia de prever hay que considerarla en la actividad normal del hombre medio con relación a las circunstancias desde el momento en que no puede estimarse previsible lo que no se manifiesta con constancia de poderlo ser y sin que a ello obste la teoría de la inversión de la carga de la prueba por causa del riesgo en cuanto viene proyectada al daño normalmente previsible por el actuar con algún medio peligroso que también normalmente pueda producirlo y que, en los supuestos en que se produzca esta imprevisibilidad del daño, habrá de entenderse que cesará la obligación de responder, por aplicación del mandato del art. 1105 del Código Civil, entrando en juego el mecanismo del caso fortuito, entendiéndose por tal todo suceso imposible de prever, o que, previsto, sea inevitable y, por tanto realizado sin culpa alguna del agente, por lo que el vínculo de causalidad se produce entre el acontecimiento y el daño, sin que él intervenga como factor apreciable la actividad dolosa o*

aspectos internos ao círculo em que ocorreu o evento, e estes aspectos internos, em se tratando de responsabilidade objetiva, não importam para apuração do dever de indenizar, porque se entendem inerentes ao risco assumido pela atividade.

Conforme os ensinamentos de MARIANO MEDINA CRESPO¹³⁸, *“Tomando este criterio como punto de partida, la diferencia no es, en términos generales, difícil de apreciar, aunque hay supuestos problemáticos, más o menos fronterizos. Pero, para la generalidad de los casos, el problema suele ser de cariz terminológico, semântico tan solo. Lo que hemos de tener presente es que, partiendo del término fuerza mayor en su sentido genuino, como acontecimiento imprevisible o previsible pero inevitable, si el suceso indica exterioridad, externidad, extraneidad o ajenidad (fuerza mayor extraña, extravagante, albarránea, extrínseca o exógena; ajena al riesgo desplegado), nunca habrá responsabilidad extracontractual. Si, por el contrario, indica interioridad, internidad o propiedad (fuerza mayor interna, intrínseca o endógena; propia del riesgo desplegado, generada en su seno, círculo o concreta esfera de actividad) estaremos ante un caso fortuito que sería liberatorio en sede de responsabilidad subjetiva (pues supone ausencia de culpa), pero que no puede serlo en sede de responsabilidad objetiva, dado el rango atributivo que por definición se le adjudica dentro de este subsistema”*.

A título de exemplo podemos mencionar o artigo 1º, parágrafo 2º do RDL 8/2004: *“El conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo*

culposa del agente, por lo que, para que tal suceso origine exención de responsabilidad es necesario que sea imprevisible e inevitable, y que, cuando el acaecimiento dañoso fue debido a incumplimiento del deber relevante de previsibilidad, no puede darse la situación de caso fortuito, debido a que con ese actuar, falta la adecuada diligencia por omisión de atención y cuidado requerido con arreglo a las circunstancias del caso, denotando una conducta interfiriente frente al deber de prudencia y cautela exigibles, que como de tal índole es excluyente de la situación de excepción que el indicado art. 1105 establece, al implicar la no situación de imprevisibilidad, insufribilidad o irresistibilidad requeridas al respecto -SS.22 de diciembre de 1981, 11 de noviembre de 1982, 11 de mayo de 1983 y 8 de mayo de 1986”.

¹³⁸ MEDINA CRESPO, Mariano; MEDINA ALCOZ, María; MEDINA ALCOZ, Luis; *La fuerza mayor y su condicionada virtualidad exoneradora em sede de responsabilidad civil*, in www.asociacionabogadosrcs.org, consultado em 01/02/2012, p. 6.

creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación. En el caso de daños a las personas, de esta responsabilidad sólo quedará exonerado cuando pruebe que los daños fueron debidos únicamente a la conducta o la negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo; no se considerarán casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni La rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos".

A sentença da Audiência Provincial de Burgos, nº 508, assim esclareceu: *"Ha expresado el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 12 de diciembre de 2008 , que el art. 1.1 I y II LRCSVM establece un criterio de imputación de la responsabilidad derivada de daños a las personas causados con motivo de la circulación fundado en el principio objetivo de la creación de riesgo por la conducción. En semejante sentido el Tribunal Supremo en alguna de sus resoluciones, como por ejemplo en sentencias de 26 de noviembre o 22 de febrero de 2010 (recursos de casación 1145/07 y), el art. 1.1 I y II de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor establece un criterio de imputación de la responsabilidad derivada de daños a las personas causados con motivo de La circulación fundado en el principio objetivo de la creación de riesgo por la conducción, de forma que el régimen de responsabilidad por daños personales derivados de la circulación solamente excluye la imputación cuando se interfiere en la cadena causal la conducta o la negligencia del perjudicado y cuando los daños se deben únicamente a ellas o una fuerza mayor extraña a la conducción y al funcionamiento del vehículo. De la propia dicción literal del citado artículo se infiere que el legislador sólo pretende excluir de La expresada responsabilidad en aquellos sucesos que sean de tal naturaleza que ninguna relación guarden con la mecánica normal de la circulación y de la conducción propiamente dicha, en su designio de procurar la indemnización a todas la víctimas de accidente y hasta los límites del seguro obligatorio. Configura, así, La responsabilidad como cuasi objetiva u objetiva moderada, que sólo exige la concurrencia de la causalidad material, al querer marginar, a efectos del deber indemnizatorio impuesto al causante de*

un accidente de automóvil, todos aquellos contecimientos que, aun pudiendo revestir, en si mismos, las características de La fuerza mayor, no son totalmente extraños a la conducción, interpretada ésta en un sentido amplio y a aquella, es decir la fuerza mayor, como un concepto sumamente restringido, que excluye, pues, muchos sucesos fortuitos que, realmente, rompen el vínculo de causalidad entre la acción del conductor y el daño causado”.

3.5 Culpa Exclusiva da Vítima

Outra causa de irresponsabilidade é a *culpa exclusiva da vítima*. Esta causa é de efeitos restritos, uma vez que exime apenas o pretense autor do dano, em decorrência de um comportamento ativo da vítima na causação do dano. A missão do direito é tutelar, proteger as pessoas cujos direitos sejam ameaçados ou violados, resguardando-as da ameaça de lesão e punindo o infrator em caso de dano, determinando que o mesmo repare os danos que causou. Assim, o direito visa proteger a pessoa que, sem culpa e participação, tenha sido alvo da atitude lesiva de outrem. A vítima, apesar de se manter dentro dos limites da legalidade, cuidando da própria vida, foi alvo de um evento lesivo, perpetrado pelo agente que, culposa ou dolosamente, extravasou os limites da legalidade e foi lesar direito de outrem.

Entretanto, se a vítima, ou melhor, a pretensa vítima, concorreu de forma exclusiva, sem a participação do pretense agente, causa um dano a si mesma, não haverá a quem se imputar tal responsabilidade, salvo a si mesma. Aqui o agente é algoz e vítima de si mesmo. O fato da vítima é tão relevante, que assume a condição de causa adequada e exclusiva do evento danoso, interrompendo o nexos causal. Em isto se verificando, não há como a pretensa vítima pretender indenização, pois não houve e não há agente a quem possa ser imputada a responsabilidade pelo evento, a não ser à própria vítima.

A vítima, com este comportamento, estaria praticando uma autolesão. E,

se nem mesmo o Direito Penal, que é a esfera do direito mais severa, mais invasiva, que cuida das questões mais urgentes e protege os bens jurídicos mais importantes¹³⁹, não reputa a autolesão como crime¹⁴⁰, igualmente, na seara civil não se deve cogitar de responsabilidade em caso de culpa exclusiva da vítima.

Para elucidar a tese, passemos à prática. Imaginemos o seguinte caso: o proprietário de uma padaria contrata uma pessoa para desempenhar a função de padeiro-assistente. Esta pessoa contratada deve ser limitada apenas a fazer o que lhe mandam. Na padaria há um cilindro elétrico, utilizado para fazer pães. O funcionário contratado é advertido de que não deve operar, ou tentar utilizar o cilindro elétrico, pois somente o padeiro responsável é que lida com tal equipamento. Entretanto, o funcionário contratado, ignorando completamente as ordens que recebeu, resolve tentar operar o cilindro elétrico. E o faz para limpá-lo, posto que o mesmo estava sujo, com restos de massa do dia anterior. Sempre lhe disseram que todos os equipamentos deveriam estar limpos para que a qualidade dos pães fosse mantida. Para limpar o equipamento, o funcionário em questão ligou a máquina e, inadvertidamente, colocou a mão próxima aos rolos. De repente, os rolos puxam sua mão, esmagando-a, provocando dilacerações da pele e fraturas nos ossos dos dedos, comprometendo principalmente os tendões flexores. Após o evento, o funcionário resolve ingressar em juízo com ação indenizatória contra o proprietário da padaria. Indaga-se: tal indenização é devida? Sempre dependerá do caso concreto: se realmente, em momento algum o funcionário foi advertido de que não deveria operar tal equipamento, e a culpa da empregadora fica caracterizada, então deverá indenizar os danos que seu

¹³⁹ Mesmo que isto, em algumas situações, não corresponda, inteiramente, à verdade, pois, consoante se nota, muitos tipos penais são criados em razão de interesses políticos ou meramente, para aplacar e acalmar o clamor social em certas circunstâncias, em tese, pelo menos, assim deveria ser. Dada a natureza invasiva do Direito Penal, este, como *ultima ratio* que é, somente deve ser utilizado para as situações, realmente, importantes e que externem muita seriedade.

¹⁴⁰ Salvo, evidentemente, quando a autolesão é provocada para fraudar seguro. Se uma pessoa realiza um contrato de seguro, por meio do qual, terá direito a uma soma considerável, caso venha a sofrer uma lesão que o incapacite para o trabalho e, tendo isso em vista, se autolesiona para obter o benefício, isso configurará o crime de fraude.

funcionário experimentou. Aqui irá imperar a Teoria Objetiva da responsabilidade, ou seja, aquela que não indaga a respeito de culpa da parte ofensora. Todavia, se a empregadora advertiu o funcionário de que o mesmo não deveria operar dito equipamento, e aquele, inobservando as ordens que foram dadas veio a se machucar, então nenhuma indenização será devida, posto que foi advertido de que não deveria operar referido equipamento.

Segundo CONCEPCIÓN RODRIGUEZ¹⁴¹, para que exista causa de exclusão da responsabilidade civil, consistente em culpa exclusiva da vítima, é necessária a presença dos seguintes requisitos: a) que haja culpa da vítima; b) que esta seja exclusiva e excludente, vale dizer, que o agente não haja incorrido em negligência alguma, nem sequer levíssima; c) que tenha efetuado uma manobra de evasão para evitar ou aminorar o dano; d) aquele que alegar a culpa da vítima, há de comprová-la.

Havendo culpa exclusiva da vítima, a responsabilidade será somente desta, não tendo direito a qualquer indenização. Neste caso, havendo dano, material ou moral, a vítima ficará irressarcida, pois, se experimentou dano, foi por sua exclusiva culpa. Há que se ressaltar que se a vítima, sabedora de que foi a única responsável pelo evento danoso e, mesmo assim, ousar ingressar em juízo pleiteando indenização, além do juiz julgar sua pretensão improcedente e condená-la ao pagamento dos ônus sucumbenciais, poderá condená-la também, como litigante de má-fé, nos termos do art. 17, incisos I, II e III do Código de Processo Civil, segundo o qual “*Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I- deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III- usar do processo para conseguir objetivo ilegal*”.

Pelo inciso I a vítima seria condenada porque, se a mesma sabe que foi a única e exclusiva culpada pelo evento danoso e ingressa em juízo, estará deduzindo pretensão contra texto expresso de lei, haja vista o fato de que a lei apenas alberga a pretensão daquele que foi vítima de um comportamento lesivo

¹⁴¹ CONCEPCIÓN RODRIGUEZ, José Luis, *DERECHO DE DAÑOS*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, p. 9.

e não daquele que, espontaneamente, se colocou em perigo e que provocou um dano em si mesmo. O art. 159 do Código de 1916 e agora, o art. 186 do Código Civil de 2002, menciona em seu texto que deverá ser responsabilizado pelo dano aquele que "*causar dano a outrem*". Por exclusão, não merece amparo aquele que "*causar dano a si*", até porque, juridicamente, isso seria um contra-senso gritante. Permitir que uma pessoa alegue o próprio erro, ou a própria torpeza para obrigar outrem que culpa nenhuma tem no evento danoso, a repará-la, seria a mais gritante expressão de injustiça, e de escárnio ao bom senso jurídico.

Pelo inciso II, também a vítima seria condenada porque, realmente, a vítima, ao dizer que o dano que sofreu é decorrente do comportamento de outrem e não do seu, isso quando o resultado se deveu a um comportamento exclusivamente seu, estará alterando a verdade dos fatos e, por conseguinte, mentindo.

E finalmente o inciso III também a condenaria pois, ao alterar a verdade dos fatos e ir contra texto expresso de lei, estará de forma incontestável, utilizando o processo para conseguir objetivo ilegal. Pois a lei não permite que aquele que pratica um ato ilícito possa auferir lucro com essa postura reprovável.

Diante do exposto, forçoso é que se reconheça que, se a vítima, mediante um comportamento ilegal, cometeu um ato ilícito, provocando um dano a si mesma, não poderá obter qualquer tipo de ressarcimento. Não poderá ingressar em juízo pleiteando qualquer tipo de indenização, pois se o fizer, sua pretensão deverá, não apenas ser julgada totalmente improcedente, mas também, deverá ser condenada como litigante de má-fé, porque o ordenamento jurídico jamais poderá dar guarida a este tipo de comportamento.

Todavia não podemos esquecer de um importante detalhe: se o objetivo é, realmente, utilizar o direito como instrumento viabilizador da justiça, ao lado da culpa exclusiva temos a culpa concorrente. Casos há em que, tanto a vítima

quanto o autor concorrem para que o evento lesivo se verifique¹⁴². Contudo, importantíssimo ressaltar que somente a culpa exclusiva da vítima tem o condão de excluir a responsabilidade, pois somente nesta a conduta do próprio prejudicado é tão grave que deixa passar inadvertida a conduta inicial do agente. Isso jamais ocorre na culpa concorrente.

Em isto se verificando, a indenização deverá ser reduzida proporcionalmente à medida dessa concorrência. A culpa concorrente se verifica quando vítima e autor, cada qual possui sua parcela de culpa para a verificação do dano. Há culpa (negligência, imprudência e imperícia) ou dolo, tanto da vítima quanto do autor. Nesse caso, a indenização, porventura pleiteada, deverá ser deferida reduzindo-se, proporcionalmente a parcela de culpa da vítima.

Há alguns autores, como ANTÔNIO GEOVÁ DOS SANTOS¹⁴³, que sustentam que na hipótese de concorrência de culpas a obrigação de indenizar deve ser repartida ao meio. O juiz deve apurar o *quantum* da indenização e depois repartí-la pela metade. No entanto, também ressaltam tais autores que no âmbito dos danos morais é muito rara a sua aplicação.

No Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071/16) não havia previsão expressa, no concernente à culpa exclusiva ou concorrente da vítima. Tal previsão foi fruto da sempre presente e lúcida doutrina, que anda a passos largos rumo ao desenvolvimento e aperfeiçoamento das instituições jurídicas. Assim, foi a construção doutrinária e, posteriormente transformada pelos tribunais em jurisprudência, que fizeram estas causas de irresponsabilidade e minimização da responsabilidade integrarem nosso cotidiano forense.

O eminente civilista nacional, baluarte do desenvolvimento do direito civil

¹⁴² Na concepção de Rodriguez: “A compensação de culpas implica a existência de duas condutas culposas (a do agente e do prejudicado) que são concausas de um mesmo dano. Essa concausação do dano supõe uma interferência na relação de causalidade e é suscetível de apreciar-se tanto na órbita da responsabilidade contratual, como na extracontratual”. CONCEPCIÓN RODRIGUEZ, José Luis, *DERECHO DE DAÑOS*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, p. 98.

¹⁴³ GEOVÁ DOS SANTOS, Antonio, *Dano Moral Indenizável*, 4ª ed, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p. 124.

pátrio, professor SILVIO RODRIGUES¹⁴⁴, em sua eterna obra Direito Civil, muito antes do atual Código Civil (2002), se posicionava dizendo: *“é intuitivo que a culpa exclusiva da vítima exime o guarda da responsabilidade, pois desaparece o liame de causalidade entre o fato da coisa e o dano causado, visto que este por definição mesmo, adveio de culpa exclusiva da vítima. Entretanto, é possível que o acidente tenha ocorrido por culpa da vítima, mas não exclusiva. Se se partir da idéia de que a presunção de responsabilidade do guarda define de uma presunção de culpa sua, pode-se conceber a idéia de um evento em que o prejuízo tenha resultado de culpa de ambos, isto é, de culpa da vítima e de culpa concorrente do agente causador do dano”*. E concluía dizendo, que o evento danoso podia derivar de culpa exclusiva ou concorrente da vítima; no primeiro caso desapareceria a relação de causa e efeito entre o ato do agente causador do dano e o prejuízo experimentado pela vítima; no segundo, sua responsabilidade se atenuava, pois o evento danoso defluía tanto de sua culpa, quanto da culpa da vítima. Com efeito, no caso de culpa exclusiva da vítima, o agente que causa diretamente o dano é apenas um instrumento do acidente, não se podendo, realmente, falar em liame de causalidade entre, seu ato e o prejuízo por aquela experimentado. Assim, por exemplo, se na colisão entre um veículo de passeio e um caminhão, ambos trafegando em alta velocidade, aquele ficou praticamente destruído, a indenização pleiteada deve ser concedida por metade, ante a prova de culpa de ambos os motoristas.

Hodiernamente, entretanto, qualquer discussão neste concernente perdeu força, pois o Novo Código Civil (2002) fez previsão expressa sobre esta temática.

E tal previsão, o Novo Código Civil fez em seu art. 945, que reza: *“Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”*.

Hoje, tal previsão vem de forma expressa e inconteste. Todavia, mesmo que

¹⁴⁴ RODRIGUES, Silvio, *Direito Civil*, 4 ed, v. 4, Ed. Saraiva, São Paulo, 1975, pp. 123/171.

assim não fosse, o próprio bom senso, a própria lógica, a própria razão, elementos estes que jamais podem faltar em qualquer ramo do conhecimento que se diga científico, imporiam o reconhecimento de tal conclusão, qual seja, a de que, em havendo culpa exclusiva da vítima, estar-se-á ante uma causa de irresponsabilidade, e, se se estiver diante de culpa concorrente, a indenização deverá ser reduzida na mesma proporção dessa culpa. Da mesma forma que era anteriormente apregoadado pela doutrina e aplicado pela jurisprudência. O bom senso é a vigamestra da ciência jurídica. Se ruir, toda a estrutura ruirá.

Afinal, como dito alhures, ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, pois a pior injustiça é aquela que parece ser justa.

Na doutrina espanhola também encontramos previsão da culpa concorrente da vítima - chamada por alguns autores como compensação de culpas -, e também da culpa exclusiva da vítima.

Uma ampla visão do pensamento do Tribunal Supremo em matéria de compensação de culpas, pode ser conferido na S. 13-IV-98 (RJ 2390)¹⁴⁵. Esta

¹⁴⁵ S. 13-IV-98 (RJ 2390): *“En esse único motivo de casación, al amparo de lo dispuesto en el número 4 del art. 1.692 de la LEC, se denuncia la infracción del artículo 1.902 C. Civil, y se analiza la jurisprudencia aplicatoria y, en concreto se resaltan las siguientes circunstancias: que em definitiva, “aun existiendo algunos carteles anunciadores de “Propiedad Privada”, los cuales no protegían toda la zona de acceso a la cantera, ninguno había de “Peligro”, pero es que además, un terraplén tan extenso, de cuarenta metros de caída vertical, y a seiscientos metros de un pueblo, necesita algún tipo de protección, la cual evidentemente no existía. Por tanto, el accidente de D. V., es total e absolutamente imputable a la falta de una diligencia, no ya especial, sino siquiera mínima del propietario de la cantera en custión”. En el lugar donde ocurrió la caída del suceso, no existía ningún cartel anunciador del mismo, y, menos aún, que estuviese la cantera suficientemente cerrada o vallada para evitar cualquier acceso de persona, por lo qual prevalece en ese sentido, que em lugar donde ocurrieron los hechos, esto es, el corte de la cantera, no estaba señalado y sobre todo, que se trataba de una zona oscura y sin ningún tipo de iluminación, lo que unido, há hecho constar asimismo, a la propia profundidad del corte de la cantera, que se trata de un terraplén de 40 metros de caída vertical y a 600 metros del pueblo, como lugar concurrido, em que se celebraba una romería, determina, pues, que deba entenderse la falta de diligencia de la empresa propietaria de la cantera, cuya omisión influyó sin duda em el riesgo o peligro creado que no dista tampoco de la denominada responsabilidad de la empresa por el riesgo derivado de su propia actividad. Se decía em S. De 2-10-97: “En relación com la responsabilidad por culpa extracontractual, resulta evidente que el principio de la responsabilidad por culpa es básico em nuestro ordenamiento positivo, encontrándose acogido em el art. 1.902 C. Civil, cuya aplicación requiere, por regla general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del resultado dañoso, y si bien es cierto que la jurisprudencia de la Sala há evolucionado em el sentido de obetivizar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal cambio se há hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, de*

Sentença, em um primeiro momento, adverte para a utilização do aspecto terminológico “compensação de culpas”, ressaltando que o mais correto seria falar em interferência da conduta (não necessariamente culpa) do prejudicado no curso causal, isto é, no processo normal ou natural dos acontecimentos. Ademais, em tal decisão, o Tribunal Supremo reconheceu que o agir imprudente do autor pode sim contribuir para a causação dos danos, e, em razão disso, neste caso específico, atribuiu cinquenta por cento de contribuição nos danos ocasionados para cada parte envolvida, deixando claro a importância do instituto.

manera que há de extremarse la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo em fundamento único de la obligación de resarcir y sin excluir, em todo caso y de modo absoluto, el clásico principio de la responsabilidad culposa, encontrándose em la línea jurisprudencial indicada, las SS., entre otras, de fechas 29-3 y 24-4-83, 9-3-84, 21-6 y 1-10-85, 24 y 31-1 y 2-4-86, 19-2 y 24-10-87, e y 24-4 y 5 y 30-5-88, 17-5, 9-6, 21-7, 16-10 y 12 y 21-11-89, 26-3, 8, 21 y 26-11 y 13-12-90, 5-2-91, 24-1-92, 5-10-94, 9-3 y 9-6-95 y 4 y 13-2, 28-4 y 9-6-97; así pues, em definitiva, la doctrina de la Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasiobjetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero”; y la de la S. 31-12-96, que dice: “...la doctrina moderna coloca al lado del tradicional principio de la culpa el nuevo principio de la responsabilidad por riesgo o sin culpa, que responde a las exigencias de nuestros tiempos. Aunque la responsabilidad por riesgo no se caracteriza solamente por la inexistencia de culpa en sentido clásico, pues casi siempre hay un principio de imputación positiva, en la que, aun predominando el criterio de objetividad basado em la creación de un riesgo, no puede decirse em muchos casos que haya una ausencia total de voluntariedad más o menos inmediata al hecho productor de los daños; em esta actuación voluntaria, mediata o indirecta se halla el fundamento de esta responsabilidad, que impide caer em una primitiva responsabilidad por el mero resultado...”; y es que, se subraya, si esse descuido o esa falta de control o vigilancia del parage donde ocurrieron los hechos fueron determinantes de la caída y de las lesiones sufridas por el hijo de la actora, no obstante no cabe devaluar que, asimismo, em el accidente, sin duda, contribuyó su propia imprudente actuación de adentrarse em un paraje agreste y sin luz y acceder a la cantera y precipitarse al vacío, lo que determina su contribución causal a los daños (S. 12-11-96) y el consiguiente adecuado reajuste em el quantum ahora declarado, o sea, el 50% a cada parte, repercusión pues, técnicamente correcta, porque por esa coautoría culpabilística em el factum, su efecto contributivo es eidentem sin que por ello tenga que hablarse, como a veces, con alguna imprecisión, del juego de una especie de compensación de culpas, ya que aunque sea figurativo o didáctico, las culpas nunca se compensan como tampoco se perdonan o neutralizan los pecados, , por lo que, cuando, como sucede em las concurrencias como las del caso de autos, si un accidente se produce por varias causas – concausas- cuya conjunción provoca el suceso y todas provienen o responden a – autorias – sujetos distintos, no cabe sino computar em el resarcimiento reparador del daño declarado a favor de la víctima o dañado su tanto de culpa o autoría em aquella concausa y, por ende, disminuir em el beneficio atributivo la suma que se considere porcentualmente adecuada em el parámetro de 100, com el preciso módulo aritmético de que estará más próxima a éste cuando mayor haya sido su gravedad o influencia etiológica...”.

A doutrina e jurisprudência espanholas também são pacíficas em reconhecer a culpa exclusiva da vítima como causa excludente da responsabilidade civil, por absoluta falta de culpa do agente. As decisões dos Tribunais são reiteradas neste sentido. Assim, a título de exemplo, podemos mencionar as seguintes decisões: STS 19-VII-05 (RJ 5340), STS 24-I-03 (RJ 612), STS 22-XI-99 (RJ 8297), STS 30-VI-05 (RJ 6452), STS 8-XI-99 (RJ 8054). Nesta última decisão o fundamento foi o seguinte: *“No obstante la doctrina jurisprudencial acabada de exponer, que, no cabe duda, tiende hacia una minoración del culpabilismo originario, es lo cierto que, aun en tales supuestos, no es posible prescindir del factor moral sobre la conducta del agente, esto es, del conductor del vehículo en el caso que nos ocupa, em el que vuelve a recobrar plena estimación la narración de hechos acreditados, cuya valoración racional y lógica no permite discrepar de la conclusión ya expuesta respecto a que fue la culpa exclusiva del conductor del vehículo lo que propició y desencadenó el resultado dañoso, com lo cual. Tampoco se infringieron, em modo alguno, los precitados artículos 1.902 y 1903...”*.

3.6 Outras Causas de Irresponsabilidade

A par das causas de irresponsabilidade já acima aduzidas, creio que outras possam ser acrescidas a esse rol. Dentre essas causas ou circunstâncias, podemos citar: os ofendículos, a violência esportiva, intervenção médica e cirúrgica, consentimento do ofendido. Claro que algumas causas podem ser incluídas na modalidade de exercício regular do direito, mas, para tentarmos abarcar da forma mais completa possível as causas de irresponsabilidade, discorramos, mesmo que sucintamente, sobre estas causas que determinam a irresponsabilidade.

Ofendículos são aparelhos ou engenhos utilizados para salvaguardar determinados bens, notadamente, a propriedade. O arame farpado, ou a cerca eletrificada que o proprietário coloca no muro de sua residência ou propriedade, se vier a causar um dano àquele que a tenta invadir, não fará surgir para este, direito a

pedir indenização. Se, em decorrência de cerca eletrificada, vier a ter lesão deformante, que demande cirurgia plástica para reconstituição dos tecidos afetados, não é o proprietário da propriedade que deverá arcar com esses custos, muito menos com a indenização a título de danos morais, decorrente do afeamento estético. Isso porque é um direito do proprietário proteger sua propriedade de eventuais usurpadores ou vândalos. Evidentemente que o proprietário não poderá incorrer em excesso, como por exemplo, eletrificar com alta voltagem cerca externa, ou, um exemplo mais drástico, implantar minas explosivas ao redor de um sítio ou fazenda. Nesses casos, o proprietário responderá por crime culposo ou doloso, dependendo da análise de seu elemento subjetivo. Também é obrigação para aquele que se valer dos ofendículos, que coloque uma placa avisando, por exemplo, que determinada cerca está eletrificada. Isso evita qualquer questionamento ou delongas no concernente a afastar a responsabilidade do proprietário.

No que diz respeito a violência esportiva, há esportes que podem provocar lesões aos seus praticantes, ou até mesmo a morte, como o boxe, lutas de vale-tudo (jiujitsu), karatê, etc. Esportes radicais podem ser letais aos seus praticantes. Todavia, mesmo que nessas situações se verifique alguma lesão à integridade física do participante, provocada pelo outro, ou mesmo o evento morte, nenhuma responsabilidade advirá ao mesmo, pois esse tipo de lesão é aceita pela sociedade. Poderíamos até aventar nesta hipótese, a teoria da adequação social, aceita em seara penal, ou seja, as condutas praticadas se adaptam e são aceitas pela sociedade. As práticas esportivas são aceitas e devem ser incentivadas. No Brasil a lei nº 8.672 de 6 de julho de 1993 (Lei Zico), regula a prática de atividades esportivas. Claro que não se pode olvidar o fato de que, aqui também, tal qual na legítima defesa, por exemplo, o excesso será punido. Se a pessoa, o esportista ou atleta, se aproveitar da situação para, intencionalmente, lesar o adversário, deverá ser responsabilizado. Penalmente, pelo crime que praticar (lesão corporal grave, ou gravíssima; lesão corporal seguida de morte; homicídio, etc). Civilmente, deverá arcar com a indenização cabível à espécie, seja por danos materiais, consistente esta no ressarcimento com as despesas que a vítima teve com seu tratamento, ou as despesas que a família teve com o funeral da vítima, e ainda pensão a ser paga aos familiares da vítima, se esses dependiam da mesma para sobreviver (filhos,

esposa ou marido, companheira ou companheiro, etc.), seja a título de danos morais. A duração da pensão dos filhos vigora até que estes completem a maioridade que, com o novo código civil é de 18 anos; ou, caso estejam cursando algum curso de nível superior, até que concluam o mesmo, ou se casem e constituam família. Em caso de pessoa que veio a falecer, em decorrência da prática de esporte, como consequência de ato doloso do adversário, se a vítima tinha filhos menores, ou estes, por qualquer outra razão não possam desempenhar atividade remunerada, além da indenização por danos morais, deverá arcar com indenização por danos materiais, esta consistente em pensionamento, até quando o falecido completasse 65 anos de idade. Se a vítima deixou esposa ou esposo, companheiro ou companheira que não desempenhavam atividade remunerada, o pensionamento deve durar até o momento em que referidas pessoas venham a desempenhar atividade remunerada, se casem ou venham a estabelecer novo regime de convivência. Dado o princípio da igualdade reinante em nossa sociedade, igual direito assiste ao marido, ou companheiro sobrevivente. Caso a vítima sobreviva, a mesma fará jus a uma indenização por danos morais, por todo abalo que possa ter sofrido, como danos estéticos, e uma indenização por danos materiais, caso não possa mais desempenhar atividade remunerada. Essa indenização será um pensionamento que poderá durar enquanto perdurar a incapacidade para o trabalho, se temporária, ou até que a vítima complete 65 anos, se permanente. Claro que, à medida que a vítima sobrevivente for adquirindo outros meios de obter rendimentos, o valor do pensionamento, por uma questão de bom senso, deverá ser reduzido, justamente para que se evite o enriquecimento descomedido. Se é caso de indenização, se o dano foi cabalmente demonstrado, a indenização deve ser concedida, sem sombra de dúvidas, mas sempre dentro dos critérios da razoabilidade, da proporcionalidade e do bom senso¹⁴⁶.

A Intervenção médica e cirúrgica é uma modalidade de exercício regular de direito, afinal aqueles que se formam nas ciências médicas adquirem o direito de

¹⁴⁶ Se, em decorrência do dano moral a pessoa não puder desenvolver seu trabalho por certo lapso de tempo, a indenização por esse período de ausência de rendimentos entrará na modalidade de indenização por danos materiais, consistentes em lucros cessantes, ou seja, aquilo que a vítima efetivamente, deixou de ganhar e, danos emergentes, ou seja, aquilo que a vítima, razoavelmente, deixou de ganhar. Este último cálculo é realizado tendo-se por parâmetro o que a vítima, mensalmente, sempre auferiu com seu trabalho, mais juros e correção monetária.

exercer sua profissão. Logo, as lesões produzidas em decorrência das intervenções médicas e cirúrgicas não podem acarretar responsabilidade aos que exercem a medicina, desde que praticadas dentro dos limites legais. Tais lesões são produzidas no paciente objetivando salvar a vida, ou manter a saúde dos que são submetidos a tratamento médico.

Neste âmbito reside a importância do consentimento do paciente, sobretudo, porque se revela requisito necessário para excluir responsabilidade do médico, já que as intervenções médicas, normalmente afetam a integridade física do paciente. Nesta matéria, são de grande importância os ensinamentos da professora MARÍA DEL CARMEM GARCÍA GARNICA¹⁴⁷, que chama a atenção para o fato de que o consentimento do paciente legitima a intervenção do médico, excluindo a ilicitude da conduta, mas que excepcionalmente, em casos de urgência, mesmo sem o consentimento do paciente, a atuação do médico poderá ser legitimada, porque presente o estado de necessidade como causa de justificação.

O professor MIRABETE também menciona que deverá haver o consentimento do paciente em se submeter ao tratamento ou intervenção médica, ou ainda, o consentimento de seu responsável legal, todavia, mesmo na ausência deste consentimento, a situação poderá configurar estado de necessidade em favor do paciente, comprovando-se que agiu-se da forma que se agiu, com o intuito de salvar a vida do mesmo. O médico está obrigado a salvar a vida dos que a ele recorrem, utilizando todos os seus conhecimentos para a consecução desse desiderato.

Estas as palavras do eminente mestre¹⁴⁸: *"Para que exista o exercício regular do direito é indispensável o consentimento do paciente ou de seu representante legal. Inexistente este, poderá haver estado de necessidade em favor de terceiro (o próprio paciente), como dispõe o art. 146, §3º, I.*

¹⁴⁷ GARCÍA GARNICA, María Del Carmen, "La actual concepción del consentimiento informado del paciente como acto de ejercicio de sus derechos fundamentales. Principales consecuencias jurídicas y prácticas", Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, núm. monográfico, 23, 2003, pp. 143 a 179.

¹⁴⁸ FABRINI MIRABETE, Julio, *Manual de Direito Penal – Parte Geral*, 13ª ed, V. I, Ed. Atlas, São Paulo, 1998, p. 188.

Ressalta MARÍA DEL CARMEN GARCÍA GARNICA¹⁴⁹, que o consentimento do ofendido teve sua relevância jurídica reconhecida primeiramente no âmbito penal com a finalidade de excluir a ilicitude da conduta típica, mas que nas últimas décadas tem adquirido uma crescente relevância também na esfera cível. Todavia, adverte que não é qualquer consentimento que possui caráter exonerador, mas tão somente, o “consentimento informado”.

Devido à importância do tema, vale transcrever o seu ensinamento:

“Siguiendo las pautas marcadas en el ámbito penal, también en el civil tradicionalmente se ha prestado atención al consentimiento al acto médico desde el punto de vista de la responsabilidad del facultativo. Desde esta óptica, el consentimiento del paciente ha ido adquiriendo en las últimas décadas una creciente relevancia en orden a la exclusión de la responsabilidad civil por los daños, secuelas o el resultado negativo de la intervención o el tratamiento médico. Ahora bien, no cualquier consentimiento tiene virtualidad exoneradora, sólo el «consentimiento informado» y sólo en relación al objeto de la información suministrada tiene tal virtualidad. Tal es la importancia de la información suministrada al paciente en orden a determinar el alcance y la validez del consentimiento al acto médico manifestado por éste, que el Tribunal Supremo ha destacado atinadamente que la obligación de informar al paciente constituye un elemento integrante de la lex artis, que no concurrirá cuando el médico no haya cumplido debidamente su

¹⁴⁹ GARCÍA GARNICA, María Del Carmen, “La actual concepción del consentimiento informado del paciente como acto de ejercicio de sus derechos fundamentales. Principales consecuencias jurídicas y prácticas”, Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, núm. monográfico, 23, 2003, pp. 143 a 179.

deber de informar al paciente de los riesgos de la intervención o no haya recabado su consentimiento para la misma”.

Assim, o consentimento do ofendido assume importância ímpar no que diz respeito à eventual responsabilização do médico. Este tem o dever de informar ao paciente detalhadamente os procedimentos que serão realizados – exceto em caso de justificada urgência -, de modo que a não observância deste dever, poderá ocasionar a sua responsabilização, ainda que tenha agido de forma diligente, porque a ausência de informação ao paciente lhe furta a chance de optar ou não pela realização do procedimento, e segundo os ensinamentos da professora MARÍA DEL CARMEN GARCÍA GARNICA, isso autoriza o paciente a demandar indenização inclusive por danos morais¹⁵⁰.

Aliás, uma das questões mais debatidas, diz respeito justamente à liberdade do paciente de optar ou não pela intervenção médica. Certos pacientes, motivados por convicções religiosas, ideológicas, dentre outras, freqüentemente recusam se submeter ao tratamento, surgindo assim, um embate entre dois direitos fundamentais igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico, quais sejam, direito à vida e direito à liberdade de crença. Sem adentrar em maiores discussões a respeito do tema, porque este não é o objetivo do presente trabalho, podemos dizer que não há uma unanimidade de posições a respeito.

Encontramos na doutrina, posições que afastam a possibilidade escolha do paciente.

Neste sentido GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET¹⁵¹: *“Sendo um direito, e não se confundindo com uma mera liberdade, não se inclui no direito à vida a opção*

¹⁵⁰ GARCÍA GARNICA, María Del Carmen, *Aspectos básicos de La responsabilidad civil médica*, Ed. Aranzadi, 2010, pp. 100/104.

¹⁵¹ FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocência; GONET BRANCO, Paulo Gustavo, *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed., Ed. Sraiva, São Paulo, 2009, pp. 398/400.

por não viver. Na medida em que os poderes públicos devem proteger esse bem, a vida há de ser preservada, apesar da vontade em contrário do seu titular(...).

NERI SOUZA¹⁵², diz que *“A liberdade existe para fazer do indivíduo um ser harmônico. Assim, sacrifica-se um bem (liberdade) para salvar um outro (a vida), de maior interesse e significação, do qual ninguém pode dispor incondicionalmente, pois o reclama outro titular de direito - a sociedade - para a qual o indivíduo não é apenas uma unidade demográfica, mas, sobretudo, um imensurável valor social e político”.*

Por outro lado, existem entendimentos que defendem a liberdade de crença, devendo prevalecer à vontade do paciente.

Essa é a posição de JOÃO RODHOLFO¹⁵³. De acordo com este doutrinador *“A Constituição ao consagrar a inviolabilidade de crença religiosa, não está dizendo somente que a pessoa está autorizada a acreditar em alguma coisa, antes inclui o direito de exercer os dogmas de sua fé. Isto inclui os cultos religiosos e suas liturgias. Consequentemente, ela também tutela a garantia de expressar sua fé em todos os aspectos de sua vida, como no comportamento, na música ou na decisão sobre tratamentos médicos (...)”.*

Ainda importante destacar a posição de MARÍA DEL CARMEN GARCÍA GARNICA¹⁵⁴, segundo a qual: *“Desde un punto de vista estrictamente jurídico y*

¹⁵² CÂMARA SOUZA, Neri Tadeu, *Responsabilidade civil e penal do médico*, Ed. LZN, Campinas, 2006, p. 43.

¹⁵³ RODHOLFO, João, *Aspectos Jurídicos na Recusa da Aceitação e Transfusão de Sangue. Jus Navigandi*, 31 ago. 2008. Disponível em: <http://nalei.com.br/blog/aspectos-juridicos-na-recusa-da-aceitacao-e-transfusao-de-sangue-476/>. Acesso em 30 de janeiro de 2012, p. 01.

¹⁵⁴ GARCÍA GARNICA, María Del Carmen, *“La actual concepción del consentimiento informado del paciente como acto de ejercicio de sus derechos fundamentales. Principales consecuencias jurídicas y prácticas”*, Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, núm. monográfico, 23, 2003, pp. 143 a 179.

con carácter general, entiendo que la decisión adoptada por una persona con capacidad natural suficiente (aunque sea menor de edad o haya sido incapacitada) sobre su propia integridad física, su vida o su salud, en base a sus convicciones religiosas o culturales debe ser respetada; con el único límite de que no suponga un perjuicio para los derechos de terceras personas, no sea contraria al orden público, ni imponga al facultativo llevar a cabo una conducta contraria a la buena práctica médica”.

Fora do âmbito da responsabilidade médica, o consentimento do ofendido se traduz na aceitação do lesado da ofensa sofrida, ou em outras palavras, é aceitar o dano. Diante de uma lesão, o ofendido opta por não reagir. Na esfera penal, se se tratar de ação penal exclusivamente privada, a pessoa pode optar por não oferecer a queixa-crime, cite-se como exemplo os delitos de difamação e injúria. Na esfera civil, o lesado opta por não mover ação indenizatória contra o ofensor. Na esfera penal, para que o consentimento do ofendido surta algum efeito, deverá se perquirir se o bem lesado é disponível ou indisponível. Se se tratar de bem jurídico indisponível, como a vida, nem se o ofendido quiser, não poderá renunciar ao direito de perseguir o agente para puni-lo. Até porque, nesse caso, o direito de perseguir (*ius persecuendi*) é do Estado e não do particular. A questão, em seara penal é complexa, e as discussões acerca desta temática ainda não foram solvidas de modo definitivo, pois ainda não se chegou à uma conclusão sobre quais bens são disponíveis e quais são indisponíveis. A questão, por exemplo, da integridade física demandou e ainda demanda acirrada discussão acerca de seu qualificativo de disponível ou indisponível. MIRABETE¹⁵⁵ defende, ser a integridade física um bem indisponível.

A questão da eutanásia, da mudança de sexo, laqueadura, vasectomia,

¹⁵⁵ Estas suas palavras: "é bem indisponível, sendo necessária a permissão legal para que se possa causar, no exercício regular de direito, lesão à incolumidade física (transplante de rins de pessoa viva, violência esportiva, exercício de profissões arriscadas - piloto de provas etc.)". (FABRINI MIRABETE, Julio, *Manual de Direito Penal – Parte Geral*, 13ª ed, V. I, Ed. Atlas, São Paulo, 1998, pp. 188/189).

etc. reacenderam a discussão acerca de ser a integridade física um bem disponível ou não. Se tomarmos um posicionamento filosófico extremado, forçoso é que se reconheça ser, o ser humano, irrestritamente livre, podendo dispor de todos os seus bens, podendo ser o que quiser. Todavia, a questão legal muda um pouco de figura. Para as opções sejam tomadas de forma realmente livre, deve o agente ser capaz, ter consciência da opção feita. E aqui surge uma indagação: uma criança pode renunciar à própria vida em caso de eutanásia? Tem discernimento para tanto? Aqui esbarramos na questão da salvaguarda dos interesses dos incapazes de consentir. Assim, creio que todo o entendimento seja relativo às circunstâncias fáticas, dentro das quais as coisas se encontram. Desta forma, em seara penal, fiquemos na expectativa de que algum jusfilósofo possa responder de forma cabal a esta querela.

Voltando à seara civil, creio que as coisas se processem de forma muito mais simples. Haja vista o fato de que se trata de um ramo do direito que se ocupa da vida privada, por exclusividade, fácil é encarar essa questão. Se a pessoa sofre uma lesão que se torna a gênese de uma pretensão indenizatória, seja material, seja moral, fica na sua exclusiva dependência, acionar ou não o agente lesionador. Ou a seus familiares se o agente for falecido. Vamos ao caso prático: se estou passando por um edifício e o morador de um dos andares arremessa algo da janela, um vaso, um objeto qualquer, vindo a me ferir, civilmente, ficará na minha dependência acionar, ou suportar o dano que tive. Claro que, se houver morte, aí o Estado se insurgirá para penalizar o culpado de forma veemente, todavia, a questão indenizatória ainda ficará na exclusiva dependência dos familiares do lesado, que poderão, simplesmente, nada pleitear. Outro exemplo: uma pessoa, de inopino, publica em jornal de grande circulação, uma notícia injuriosa a meu respeito, causando-me grave abalo moral. Posso, diante disso, acioná-la civilmente, requerendo indenização por danos morais, ou posso suportar o abalo, a dor moral que tive, de forma pacífica, não tomando nenhuma atitude. Até mesmo na esfera penal, posso ou não acionar o agente, pois, consoante o art. 145¹⁵⁶

¹⁵⁶ “Art. 145. Nos crimes previstos neste Capítulo somente se procede mediante queixa, salvo quando, no caso do art. 140, § 2º, da violência resulta lesão corporal”.

do CP, os crimes contra a honra exigem o oferecimento de queixa, e esta somente é possível nos crimes de ação penal exclusivamente privada. Se a pessoa optar, na seara civil, na questão atinente à indenização, por não acionar o agente que lhe causou o dano, poderá fazê-lo, pois trata-se de sua vida privada e somente ela pode decidir o que fazer, como fazer e quando fazer. Se esta opta por se manter inerte, o agente ficará isento de responsabilidade. Se na esfera penal, o consentimento é causa de exclusão da ilicitude, na seara civil será excludente de responsabilidade e, portanto causa de exclusão de indenização.

Uma das melhores formas de se aferir o consentimento, creio, seja o fator tempo. Se a vítima recalcitrar demasiadamente, permitindo que, entre a data do evento que lhe causou um dano e o da efetiva intenção de acionar judicialmente o agente, se passe um lapso de tempo extenso, deve imperar a presunção de que consentiu na lesão e, portanto, não mais terá direito de acionar o agente. As questões não podem perdurar eternamente. Isso fere a segurança jurídica, que deve permear todas as relações na sociedade. Talvez o único ponto positivo do projeto de lei nº 7.124/02, seja seu art. 8º, que impõe o prazo prescricional de 6 (seis) meses para que o lesado acione o agente, judicialmente. Um prazo razoável.

Outras causas de irresponsabilidade podem ser aferidas a partir da análise do caso concreto. Reza o art. 4º da LICC - Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro que: *"Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."* A analogia é aplicar a um caso, uma decisão que foi tomada em caso semelhante. Os costumes são a prática de conduta adotada por determinada sociedade, em determinado momento histórico. Como a lei visa ao equilíbrio social, em alguns casos pode ser mais sensato aplicar o costume do que a lei. Não que o costume se sobreponha à lei. Jamais isso poderia ser admitido em um Estado de Direito. Todavia, como o bom senso é uma das bases das quais o Direito nunca poderá se dissociar, o bem estar social pode exigir que se aplique o costume mais próximo dos interesses e expectativas sociais, do que a lei fria, confeccionada

não raras vezes, por pessoas de interesses políticos diversos dos do povo que as elegeu. Os princípios gerais do direito são as máximas, as lições extraídas da experiência, da vivência jurídica, que se cristalizam após séculos e séculos. Deve-se fazer menção ainda à equidade. A equidade é o equilíbrio. Ao decidir equitativamente, o juiz deverá sopesar os dois lados e decidir de forma equilibrada. O juiz somente poderá se valer da equidade quando esta vier expressa na lei. O Código Civil de 1916 não trouxe dispositivo permitindo este poder ao juiz, entretanto, hodiernamente, o novo Código Civil, no parágrafo único do art. 944, trouxe de forma expressa esta faculdade ao juiz, como será mais amplamente, discutido no próximo capítulo, assim dispendo: "*Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização*". Corroborando o que até aqui foi dito, assim dispõe o art. 5º da LICC: "*Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*". Portanto, opinamos no sentido de que, as causas de exclusão da responsabilidade não compõem um rol estanque, mas flexível que pode se amoldar e se ampliar, a medida que tudo dependerá do caso concreto.

Pode-se concluir pelo exposto que, dentro da seara da responsabilidade civil, ramo que cresce a cada dia em decorrência da evolução da sociedade e da estrutura tecnológica, cada vez mais complexa, que se a pessoa agir dentro de uma das causas de irresponsabilidade acima enumeradas, nenhuma consequência pesará sobre ela, e não haverá o que indenizar, regra geral. Na esfera penal não haverá crime, pois, apesar da conduta continuar sendo típica, sua antijuridicidade estará afastada, seu desvalor estará anulado.

No entanto, algumas observações extremamente, interessantes devem ser formuladas. Mesmo o agente estando protegido pela legítima defesa, pelo estado de necessidade, pelo exercício regular de um direito reconhecido, ou ainda, pelo estrito cumprimento do dever legal, deverá observar os requisitos objetivos e subjetivos. Aqueles são os requisitos trazidos pela lei e já analisamos acima em cada caso específico; o subjetivo, concerne à intenção

do agente no momento da prática do ato. Como bem disse MIRABETE¹⁵⁷, deverá haver uma *"congruência entre a consciência e a vontade do agente com a norma permissiva"*. Se um dos dois requisitos for desobedecido, estaremos diante de um excesso¹⁵⁸, seja culposos, quando os requisitos objetivos forem inobservados, seja doloso, quando o agente, intencionalmente, extrapolou os limites legais e, por este excesso, deverá o agente responder.

¹⁵⁷ FABRINI MIRABETE, Julio, *Manual de Direito Penal – Parte Geral*, 13ª ed, V. I, Ed. Atlas, São Paulo, 1998, p. 187.

¹⁵⁸ Coisa semelhante não se verifica com as causas de irresponsabilidade da força maior e do caso fortuito, ou ainda da culpa exclusiva da vítima. Aqui não há como o agente incorrer em excesso culposos ou doloso, uma vez que o mesmo não desempenha qualquer ação positiva no desdobramento dos acontecimentos. Portanto, diante dessas causas de irresponsabilidade não haverá que se perquirir da presença de elementos objetivos ou subjetivos da parte do agente; em se fazendo presentes, isento estará o agente de qualquer responsabilidade. Claro que, se se tratar de culpa concorrente da vítima, é porque também houve uma parcela de culpa do ofensor, e isso deverá ser levado em consideração. Portanto, em se tratando de culpa concorrente, o elemento subjetivo deverá ser analisado, não apenas da vítima, mas também do agente.

CAPÍTULO II

DANOS MORAIS

1 Introdução ao tema

O dano moral é uma questão de grande relevância no âmbito dos ordenamentos jurídicos brasileiro e espanhol, principalmente porque ainda é um instituto bastante recente, carecendo de posições doutrinárias e jurisprudenciais unânimes acerca da matéria. Vislumbra-se um grande esforço dos operadores do direito para estabelecer o seu conceito, âmbito de incidência, critérios para aferição do *quantum* indenizatório, enfim, para delimitar o tema, com a finalidade de diminuir as inseguranças que ainda assolam as indenizações a este título.

Por muito tempo negou-se o reconhecimento desse tipo de dano, argumentado-se, dentre outras coisas, a impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro da extensão do dano moral. No entanto, atualmente isso não mais se sustenta, pois embora admitindo essa dificuldade, tem-se como certa a necessidade de compensar o dano suportado pela vítima. O direito privado vivenciou uma mudança de paradigmas, em que as atenções antes voltadas exclusivamente para o “patrimônio”, agora se voltam para a “pessoa”, constituindo a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos da ordem social.

O dano moral e o dano material constituem as duas grandes modalidades de dano, com a diferença de que nestes últimos não encontramos maiores dificuldades, porque os valores de eventual indenização são facilmente auferíveis, bastando para tanto fazer um comparativo entre a situação patrimonial da vítima antes e depois do evento, de modo que a diferença será o valor devido. Ademais, os bens atingidos nesta modalidade danosa são

palpáveis, visíveis.

Quanto aos danos morais, a incerteza se faz presente. A primeira dificuldade começa na sua conceituação. Não se revela uma tarefa fácil definir aqueles danos que atingem a esfera psíquica do sujeito, que causam sofrimento, angústia. Por isso, ao longo deste capítulo vamos abordar os mais diversos conceitos ventilados na doutrina e na jurisprudência, na tentativa de aclarar esta matéria tão controvertida.

Ademais, a amplitude conferida aos danos morais na atualidade, bem como a ausência de uma regulamentação precisa são preocupantes, a medida em que o instituto vem assumindo proporções exageradas, descomedidas, em que se indeniza à título de danos morais, casos em que sequer se vislumbra algum dano, quisá dano moral. Notamos uma desvirtualização nos fins para que se prestam os danos morais. Assim, entendemos de suma importância resgatar essa definição de dano moral, averiguando em que casos verdadeiramente se faz presente essa modalidade de dano.

Ademais, a problemática da quantificação da indenização por danos morais, que ao nosso ver, é o tema mais importante, e também o mais conflitante, requer um estudo aprimorado, pois só assim será possível apurar quais os critérios que se mostram convenientes, e quais devem ser afastados. No entanto, para que possamos adentrar na questão do *quantum*, é necessário que tenhamos bem definida a esfera de atuação do dano moral, através da delimitação do conceito, natureza jurídica e âmbito de aplicação do instituto.

2 Evolução Histórica dos Danos Morais

O dano moral no Brasil, e também na Espanha, passou por uma paulatina evolução, desde sua total negação, passando por sua aceitação apenas quando houvesse reflexos patrimoniais, até sua aceitação definitiva e, por conseguinte, sua indenizabilidade.

Em um primeiro momento, a Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 inaugurou seu reconhecimento e posteriormente, nos dias atuais, com a promulgação da lei nº 10.406/02, o Novo Código Civil, que em seu art. 186, faz, de fôrma expressa, referência ao dano moral, consoante se verá linhas abaixo.

Os defensores da irreparabilidade do dano moral respaldavam sua repulsa à tal pretensão, na repugnância de se dar um valor à dor. Era execrável a pretensão de se pleitear um preço para a dor e, por conseguinte, para a honra; aquilo que denominavam de "*pretium doloris*". Outro argumento respaldava-se na impossibilidade de se atribuir um valor exato ao dano moral, pois justamente, pelo fato do mesmo não possuir uma repercussão patrimonial, era impossível se pretender uma exata reparação do dano sofrido.

Segundo o grande mestre da responsabilidade civil JOSÉ DE AGUIAR DIAS¹⁵⁹, os argumentos dos adversários do ressarcimento do dano moral podem ser metodicamente resumidos a este esquema: a) falta de efeito penoso durável; b) incerteza do direito violado; c) dificuldades em descobrir a existência do dano moral; d) indeterminação do número de pessoas lesadas; e) impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro; d) imoralidade da compensação da dor com o dinheiro; g) extensão do arbítrio concedido ao juiz.

¹⁵⁹ AGUIAR DIAS, José de, *Da Responsabilidade Civil*, 8ª ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, v. II, 1987, p. 861.

Analise-se um exemplo: a mãe que perdesse seu filho de tenra idade, em um acidente automobilístico, v.g., e pretendesse a reparação pela dor sofrida, não obteria êxito em sua demanda. No início, nem mesmo a reparação por danos patrimoniais era admitida, pois, uma vez que o filho menor, de pouca idade não desenvolvesse nenhuma atividade laborativa, não concorrendo, desta forma, para o sustento da família, a perda do mesmo não poderia acarretar nenhum prejuízo de ordem financeira. O entendimento prevalecente era que, primeiro, no concernente ao dano moral, por não ser possível a fixação de um valor, aritmeticamente exato, e o repúdio à possibilidade de se dar um preço à dor, inviabilizavam tal pretensão. No que tange aos danos patrimoniais, pelo fato do filho ser de tenra idade, não era possível a reparação dos danos patrimoniais, haja vista o fato de que o mesmo não desempenhava atividade remunerada. O que havia era uma expectativa de que, um dia, o filho viesse a desempenhar uma atividade laborativa, concorrendo, desta forma, para o sustento da família. Mas, se à data do evento danoso, o mesmo não desempenhasse nenhuma atividade laborativa, não havia dano de ordem patrimonial. Somente se deferia indenização pelo que a família da vítima havia despendido com seu funeral.

Nesse esteio é o Agravo nº 14.193 de 15 de Abril de 1926¹⁶⁰, que se posicionava contrariamente à indenização dos danos morais, *in verbis*: “A única indenização devida aos pais da vítima de um acidente, que ainda não os auxiliava com o seu trabalho, devido à sua tenra idade, é a consistente na efetiva diminuição patrimonial, acarretada por despesas feitas com o funeral e com o tratamento de moléstias dos pais, conseqüentes ao abalo sofrido, desde que não prove que o facto tenha refletido, por qualquer outro modo, sobre o seu patrimônio”

Numa segunda possibilidade, mesmo que tal filho desempenhasse atividade remunerada, não sendo mais de tenra idade, ainda assim somente haveria indenização no concernente aos danos patrimoniais que

¹⁶⁰ Agravo nº 14.193, de 15 de abril de 1926, extraído da RT 58/44, *Agravantes: Cia. Paulista de Força e Luz e Amaro Melger*;

correspondiam à fixação de salários por um período correspondente à sua expectativa de vida. Os danos morais ficavam irressarcidos. Pois, como já exarado acima, permanecia o entendimento de que, à dor, não é possível estabelecer um valor aritmeticamente exato, além da repulsa que havia em se atribuir um valor à honra, à dor. E o genitor que pleiteasse a indenização, que seria concedida a título de indenização por danos patrimoniais, deveria comprovar que a vítima desempenhava atividade remunerada.

Nesse sentido, é o acórdão exarado na Apelação Cível nº 38.936, de 28 de Setembro de 1948¹⁶¹, do qual foi relator o Desembargador Percival de Oliveira. Tratava-se de uma indenização pleiteada pelo pai, que havia perdido o filho em um desastre. Nesta ocasião entendeu o relator, que era devido às despesas de luto e funeral, bem como uma verba alimentar, tendo em vista que a vítima, menor, cooperava com a economia doméstica comum da família, não podendo ser negado tal direito ao pai .

PONTES DE MIRANDA¹⁶², um dos mais cultos e brilhantes juristas que o Brasil já teve, à sua época já se manifestava com indignação acerca da não reparação dos danos morais, nestes termos. Dizia que mais contra a razão ou o sentimento seria ter-se como irressarcível o que tão fundo feriu o ser humano, que há de considerar o interesse (sic) moral e intelectual acima do interesse (sic) econômico, porque se trata de ser humano.

Assim, num primeiro momento, imperava a repulsa e total negação da indenização por danos morais.

Num segundo momento, passou-se a aceitar a tese da reparabilidade dos danos morais, mas com uma importante e estagnante ressalva. Somente se admitia tal possibilidade de indenização se houvesse uma repercussão no patrimônio do ofendido. No mesmo exemplo acima citado, o caso da mãe que perde filho de tenra idade em acidente automobilístico, passou-se a aceitar o

¹⁶¹ Apelação Cível nº 38.936, de 28 de Setembro de 1948, extraído da RT 177/69.

¹⁶² MIRANDA, Pontes de, *Tratado de Direito Privado*, 3ª ed, Ed. Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, t. LIII, 1972, p. 219.

pedido de indenizar, pois, partiu-se da premissa de que, se a criança desempenhasse atividade remunerada, ela era importante instrumento de ajuda econômica, principalmente quando se tratava de família humilde, como ressaltado acima.

A Apelação Cível nº 59.947, de 23 de outubro de 1952¹⁶³, retrata bem este momento histórico. O relator se manifestou dizendo: *“Ainda que não se aceite a tese da sentença, hoje vencedora no Supremo Tribunal Federal, de que a culpa do preposto implica na culpa do preponente, tem-se como provado, no caso, a culpa “in vigilando”, o que autoriza a procedência da ação. A contribuição do filho à economia do lar é fato que ocorre freqüentemente e a falta dessa contribuição importa em prejuízo que pode e deve ser reparado pelo autor da lesão”*.

No decorrer de sua decisão, o relator ainda fez constar: *“Essa cooperação, imposta pela solidariedade da família e pela pobreza dos pais é fato que não pode ser desconhecido ao Direito e que impõe a quem destrói dever de reparação”*.

Assim, pelo fato do filho ser uma força econômica para a manutenção da família, os pretórios passaram a deferir a indenização, pois havia, indubitavelmente, uma repercussão patrimonial. Claro que, e aqui abro mais um parêntese, essa visão possui um cunho nitidamente capitalista. Talvez tenha sido a dinâmica capitalista que impingiu na mente de muitos a necessidade imperiosa de se considerar quem quer que fosse como uma força de trabalho e, portanto uma fonte de geração de riqueza em potencial. Afinal, o julgado é de 1952, e não podemos nos esquecer de que a Segunda Grande Guerra havia acabado de se findar -1945 - dando ao mundo um novo potencial tecnológico que necessitava ser explorado, desenvolvido e, o mais importante, consumido. Uma visão, nada humanista. Deveras, o que se percebe é que recalitraram tanto em admitir o dano moral pois repudiavam a possibilidade de se estar dando um valor à dor e, portanto, agindo de forma não muito humana; mas, certamente, ao vincular o mesmo, em momento posterior, à repercussão

¹⁶³ Apelação Cível nº 59.947, de 23 de outubro de 1952 uma decisão de 23 de outubro de 1952, na publicada na RT 207/201.

patrimonial, não agiram inspirados pelos mais elevados e nobres sentimentos de solidariedade. Fechamos aqui os parênteses e continuemos o assunto.

Entretanto, analisando-se a situação detidamente, ver-se-á que, em realidade, era indenização patrimonial que se concedia e não, propriamente moral. Deveras, esta novamente, restava irreparada.

O julgado do STF de 21 de maio de 1924, Apel. 4.048, demonstrava bem esta situação: *“A União é obrigada a indenizar o dano que, por infração dos dispositivos regulamentam é causado pela Estrada de Ferro Central do Brasil. Essa indenização deve fazer-se de acordo com os arts. 1.537 e seguintes do Código Civil, excluído o dano moral, ao qual se não referem ditos artigos, que só tratam dos casos de morte e ferimentos”*¹⁶⁴.

Cito outro exemplo a seguir, no qual somente se indenizava o dano moral, se houvesse repercussão patrimonial, concernente à perda do pai ou da mãe, deixando desamparados os filhos. A indenização deferida a estes, somente dizia respeito à reparação por danos materiais, e isso quando a vítima desempenhava atividade remunerada. O dano moral permanecia irressarcido. Segundo FABRÍCIO ZAMPRONA MATIELO¹⁶⁵ o mesmo aconteceu em situação de falecimento do pai ou da mãe, deixando ao desamparo os filhos menores e o cônjuge sobrevivente. O autor do óbito, ao par da dor moral causada, provocaria, em certos casos, dificuldades econômicas aos familiares do extinto, seja porque este era responsável pelo sustento com o seu trabalho, seja porque a dor da perda teria o condão de minar as forças do remanescente do casal fazendo com que se esvaísse a capacidade laboral e emergissem dificuldades de ordem financeira em relação ao sustento da prole. Esses danos morais reflexos seriam passíveis de reparação desde que rigorosamente demonstrado o prejuízo material e a

¹⁶⁴ MIRANDA, Pontes de, *Tratado de Direito Privado*, 3ª ed, Ed. Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, t. LIII, 1972, p. 228.

¹⁶⁵ ZAMPROGNA MATIELO, Fabrício, *Dano material, reparações, dano moral*, 4ª ed, Ed, Ed. Sagra Luzzatto, Porto Alegre, 1998, pp. 53/54.

causa, jamais admitida a indenização de danos morais puros, ou seja, sem o caráter material a sustentar o pleito¹⁶⁶.

Dessa forma, condicionar a reparabilidade do dano moral à necessidade de que haja uma repercussão patrimonial e reparar apenas este, e deixar aquele irressarcido é, obviamente, cuidar do dano patrimonial e deixar o moral no esquecimento.

Segundo AGOSTINHO ALVIM¹⁶⁷, dizer que, se o dano moral não repercutir no patrimônio, deixará de ser indenizável, é negar, pura e simplesmente, indenização por dano moral, porque somente o dano que não repercute no patrimônio é dano moral. O outro é patrimonial¹⁶⁸.

Entretanto, com o passar do tempo, as teses esposadas pelos doutos defensores da irreparabilidade dos danos morais, não se sustentaram, e acabaram por ceder.

Primeiramente, o que se pretende não é atribuir um preço à dor. Até mesmo aos que defendem a reparabilidade, causa asco a possibilidade de se atribuir um preço à dor, ou mesmo, transformar a honra em objeto de

¹⁶⁶ Pontes de Miranda conclui: "(...) reparabilidade se o dano moral teve conseqüências danosas para o patrimônio (assim, nada se resolve: o dano extrapatrimonial é que está em causa; é como se disséssemos: admitimos o dano moral, quando fôr (sic) patrimonial)". MIRANDA, Pontes de, *Tratado de Direito Privado*, 3ª ed, Ed. Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, t. LIII, 1972, p. 220.

¹⁶⁷ ALVIM, Agostinho, *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, 5ª ed, Ed. Saraiva, São Paulo, 1980, p. 221.

¹⁶⁸ Agostinho Alvim manifestava-se de forma absolutamente favorável à reparação do dano moral, já à sua época, mesmo antes da promulgação da atual Constituição Federal que sacramentou de forma definitiva a indenização por danos morais, assim se expressando: "*Não há razão para se conservar este ilogismo: indenizar-se o dano moral, quando refletir no patrimônio*". ALVIM, Agostinho, *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, 5ª ed, Ed. Saraiva, São Paulo, 1980, p. 221.

Também nesse sentido, manifestava sua irrisignação ao fato de não se reconhecer a indenização por dano moral, Pontes de Miranda: "*Que mal-entendida justiça é essa que dá valor ao dano imaterial ligado ao material e não dá ao dano imaterial sozinho*". MIRANDA, Pontes de, *Tratado de Direito Privado*, 3ª ed, Ed. Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, t. LIII, 1972, p. 229.

mercância e de permuta. O que se pretende é, simplesmente, reparar os danos que, injustamente, uma pessoa sofreu em seu patrimônio moral.

É inquestionável que a perda de um filho causa à sua mãe profundos sulcos em sua alma, feridas eternas. Mazelas que jamais cicatrizam. A ausência do filho amado, a todo o momento, toca o coração ferido de uma mãe. É clássica a pintura cristã na qual Nossa Senhora é representada com seu coração cravejado de espinhos, quando vê seu filho, Jesus Cristo, morto. É a representação histórica e universal de todas as mães. Somente corações empedernidos e desumanos possuem a incapacidade de entender tal sentimento.

Um dano destas proporções, patentemente e às escancaras, causa um dano na estrutura moral e íntima de uma pessoa. E tal dano, consoante preceito insculpido em nosso Estatuto Civil de 1916, no art. 159, e agora, no art. 186 do Estatuto Civil de 2002, precisa ser reparado. Deve ser reparado.

Assim, paulatinamente, primeiro de forma muito tímida e, posteriormente, de forma mais acentuada, os tribunais foram aceitando a reparabilidade dos danos morais. Uma modalidade de dano que afeta profundamente o íntimo de uma pessoa, seu patrimônio ideal, sua honra, causando, não raras vezes, lesões muito mais profundas e muito mais avassaladoras do que as lesões e danos de cunho meramente patrimonial.

Dessa forma, no exemplo da mãe que perde seu filho de tenra idade, os pretórios passaram a atribuir uma indenização por danos patrimoniais, pois havia uma expectativa de que, no futuro, tal criança viesse a desempenhar trabalho remunerado e uma verba indenizatória pelo reconhecimento de que, realmente, a morte de um filho, causa profundos danos morais à mãe. Obviamente que os valores ainda eram muito tímidos, mas já era um começo.

Como dizia o filósofo chinês Lao-Tze, citado por AMADEU MARQUES¹⁶⁹:
A viagem de mil milhas começa com um passo.

¹⁶⁹ MARQUES, Amadeu, *In a word – Numa palavra*, Ed. Ática, São Paulo, 1992, p 29.

A sagração definitiva dos danos morais veio com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que fez expressa menção ao mesmo, em seu art. 5º, incisos V e X, nestes termos:

“Art. 5º.

(...)

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 a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Assim, tornou-se inevitável a aceitação dos danos morais, sobretudo depois da previsão constitucional. Os reclamos da sociedade e, fundamentalmente, a realidade, não podiam mais ser ignorados. Tornou-se mister o definitivo reconhecimento do dano moral. Categoria de lesões produzidas na alma, no íntimo, na psique da vítima, e que deviam ser reparadas, sob pena de se consagrar a impunidade do ofensor, em detrimento dos mais elevados valores de justiça; notadamente de valores humanos de uma importância transcendente, valores da alma, da essência¹⁷⁰, de valores que são os responsáveis pela verdadeira existência do homem enquanto ser humano.

¹⁷⁰ Vale fazer uma pequena digressão filosófica sobre o existencialismo, para diferenciar a essência e a existência. A existência precede à essência. Para que algo *tenha essência deve, primeiramente, existir. Existir e estar presente fisicamente no mundo, desempenhando as atividades biológicas comuns a qualquer organismo vivo, seja a respiração, a circulação, a excreção, a digestão e a reprodução. Só por estas funções o organismo existe, mas apenas isso. Para que o homem adquira sua característica de ser humano, deve trabalhar a essência, seu conteúdo, que se traduz em sua personalidade, seu caráter, que irão individualizá-lo no meio social no qual vive. Sem essência, de nada adianta ao homem existir, pois apenas existirá e nada mais. Será um corpo sem alma, sem conteúdo, sem aquilo que o individualize. Um corpo oco. E a essência constitui-se da moral. O patrimônio moral é a essência do homem e, portanto, deve ser seriamente preservado e defendido, a todo o custo. Daí a imperiosa necessidade de se reconhecer a defesa deste patrimônio que, diga-se de passagem, deveria ter sido aceita há muito mais tempo.*

Não há imoralidade alguma em se fixar um valor, expresso em dinheiro, com o precípua escopo de tentar amenizar a dor daquele que teve sua esfera íntima abalada. A partir do momento em que o modo de vida capitalista, o que gravita ao redor do patrimônio, dos bens, enfim, do dinheiro, se impôs, a satisfação da dor por meio de um lenitivo pecuniário passou a integrar o espírito humano. Com certeza, na aurora da humanidade, essa não era a realidade prevalecente. Até porque, em tempos mais remotos, nos quais o grau de civilidade da humanidade não tinha ainda passado pelo processo de decantação e refinamento, o que prevalecia para se ressarcir um dano, principalmente moral, que afetasse a honra ou a dignidade de uma pessoa era a vingança privada, a famosa vindita. Matava-se para "lavar a honra", para que o ofendido pudesse sentir o seu sentimento de honorabilidade se restabelecer diante do meio social em que vivia. Não bastasse esse quadro repulsivo de violência descomedida, havia ainda a possibilidade de que a pena passasse da pessoa do ofensor e atingisse os membros de sua família, pois o princípio da pessoalidade da pena ainda não vigorava, e muito menos o da humanização, como se pode perceber, consoante já dito alhures. Um cenário, no qual prevalecia a barbárie e a selvageria. E, *data máxima venia*, creio que esse ambiente selvagem e pusilânime de reparação de danos é muito mais desonroso, vergonhoso e repugnante do que dar um valor à dor, o que, todavia, não acontece em sede de reparação de danos morais, como mais adiante se verá. Reparar os danos morais é apenas e tão-somente aplicar o direito ao caso concreto.

Outros argumentavam ainda, que reparar o dano moral, através do estabelecimento de um valor para indenizá-lo é contra a moral. Entretanto, tal argumento não se sustenta. Primeiramente, porque o que se pretende não é avaliar o dano moral, mas sim, valorá-lo e, posteriormente, coadunar esta valoração com a condenação. Diz o Professor AUGUSTO ZENUN¹⁷¹ *que é claro que os opositores da reparação do dano moral alegam não ser possível avaliar, pecuniariamente, a dor, o que é certo porque não se faz esta avaliação, mas a*

¹⁷¹ ZENUN, Augusto, *Dano moral e sua reparação*, 7ª ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 99.

*valoração da repercussão da lesão sofrida, para, ao depois, coaduná-la a uma condenação*¹⁷².

Também contestando aqueles que argumentam que reparar o dano moral com um valor, é contra a moral, pergunto: o que é a moral senão expressão do comportamento de uma determinada sociedade, num determinado tempo? A moral, os usos e costumes sofrem mutações. Isso é inconteste. A sociedade muda, se transforma, evolui. E de veras, a sociedade evoluiu, principalmente, no decorrer do século XX, quando as transformações, pelas quais a mesma passou, foram incomensuráveis. Das descobertas científicas à evolução do pensamento humano, das elucubrações filosóficas, sociológicas, às descobertas da Medicina, as mudanças foram surpreendentes. Assim, a sociedade mudou. Os valores são outros. Se bons ou ruins, isso é uma questão eminentemente axiológica que prefiro, no momento, não abordar, e isso, não por repúdio ao diálogo, mas simplesmente porque não é o objetivo do presente trabalho.

A questão, objetivamente considerada, é que os valores mudaram. Na sociedade capitalista, as aspirações se orientam para o dinheiro. E se o meio social aceita e prega o dinheiro, a pecúnia, a posse como forma normal, corriqueira e privilegiada de suprir uma perda, sem fazer distinção entre material ou imaterial, não há como argüir a imoralidade da forma pecuniária de reparação. Imoral é aquilo que se reputou imoral por uma simples questão de conveniência social, tal qual moral será aquilo que assim for considerado. Tudo se traduz num mero querer. A sociedade cristã, notadamente a que segue os preceitos do catolicismo repudia ao extremo as uniões poligâmicas, o que não ocorre nas sociedades de tradição muçulmana, que não apenas pregam o poligamia, mas incentivam-na. Moral ou imoral se reduz, filosoficamente falando, a uma questão de conveniência, de acordo celebrado entre os membros da sociedade, nomeadamente os mais idosos e, portanto, mais

¹⁷² E concluindo assim diz Augusto Zenun: “*Portanto, não se cuida de indenizar a dor nem de dar preço à moral, mas de afastar e arredar os males que a afligem, desagregando o corpo, depauperando ou mutilando a própria alma sofredora*”. ZENUN, Augusto, *Dano moral e sua reparação*, 7ª ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 107.

sábios. Mas, como disse, essa é uma outra questão.

Assim, e mais uma vez, com a devida *máxima venia*, sem razão estão os doutos que ainda se perfilham pelo entendimento contrário à reparação pecuniária, sob o argumento de ser imoral dar um preço à dor. Destarte, em primeiro lugar, a aceitação da reparação pecuniária do dano moral é uma realidade sociopsicológica irretorquível. Sociológica porque é uma expressão do meio social como um todo. Psicológica porque já se encontra inserta na mentalidade da sociedade que a reparação do dano moral, pelo meio pecuniário, é a forma que mais satisfação traz. E o melhor bálsamo para esta forma de ferimento pois é aceito por todos.

Em segundo lugar, por uma questão de previsão legal.

O Código Civil de 1916 já trazia em seu bojo a previsão de reparabilidade dos danos morais. Primeiramente, o art. 76 mencionava que, para propor ou contestar uma ação é necessário ter legítimo interesse econômico ou moral. Assim, deduz-se, de forma inegável, que o reconhecimento dos danos morais vem de longa data.

CLÓVIS BEVILÁQUA¹⁷³, comentando o art. 76 do Código Civil de 1916, disse que o interesse legítimo é a razão de ser da ação, a *ratio agendi*, o motivo que justifica a reclamação ao poder judiciário. Não basta ter o direito, para propor a ação; é preciso que haja interesse, motivo, razão de propô-la. Aparece o interesse, quando o direito está ameaçado ou já foi lesado. Por isso se diz que o interesse deve ser atual, e não meramente possível ou remoto. O interesse será, ordinariamente, econômico, isto é, conversível em dinheiro; mas poderá ser também moral. O interesse moral diz respeito à própria personalidade do indivíduo, à honra, à liberdade, e, ainda, à profissão. Se o interesse moral justifica a ação para defendê-lo ou restaurá-lo, é claro que tal interesse é indenizável, ainda que o bem moral se não exprima em dinheiro. Com este seu entendimento, o autor solveu a controvérsia

¹⁷³ BEVILAQUA, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 11ª Ed., atualizada por Achilles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua, v. I, Ed. Livraria Francisco Alves, São Paulo, 1956, p. 256.

existente na doutrina, e, mais uma vez, repercutiu em nossos julgados.

No mesmo esteio é o escólio de J. M. CARVALHO SANTOS¹⁷⁴, que sobre a possibilidade da propositura de ação para se obter a reparação do dano moral, fulcrada no art. 76 do Código Civil de 1916, se manifestou dizendo que o interesse deve ser direto, mas não quer dizer que deva ser sempre pecuniário ou material; pode ser moral, sempre que seja de natureza jurídica e, portanto, apreciável civilmente. Um interesse de honra, de família, de profissão, são tão legítimos como o interesse material que se relaciona com uma quantidade de dinheiro. E conclui o citado mestre que o interesse de agir pode ser também moral. No entanto, não se pode deixar de fazer a ressalva apontada pelo autor¹⁷⁵, no sentido de que o artigo 76 do Código Civil de 1916, não solveu a problemática dos danos morais completamente, porque lhe faltava clareza. Nesse mesmo sentido se manifestou AGOSTINHO ALVIM¹⁷⁶.

Assim, para Agostinho Alvim, o legislador, se realmente, tivesse tido em mira a indenizabilidade do dano moral, deveria ter feito menção expressa e inconteste a tal circunstância. E aponta como argumento forte, contrário à indenização por dano moral o art. 1.537 do Código Civil, pois, ao prever a reparação em caso de homicídio, Agostinho Alvim menciona que o Código Civil de 1916 restringiu tal reparação apenas aos casos do item I e II, ou seja, ao pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família e na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia. Assim conclui AGOSTINHO ALVIM *"Que o artigo limita a indenização ao previsto nos itens I e II é inegável, vê-se logo, não havendo como encaixar aí o dano moral"*. Menciona que, se o Código Civil não se sensibilizou nem com a morte,

¹⁷⁴ CARVALHO SANTOS, J. M., *Código Civil Brasileiro interpretado*, 11ª ed, v. II, Ed. Livraria Freitas Bastos S.A, Rio de Janeiro, 1982, p. 248.

¹⁷⁵ CARVALHO SANTOS, J. M., *Código Civil Brasileiro interpretado*, 11ª ed, v. II, Ed. Livraria Freitas Bastos S.A, Rio de Janeiro, 1982, pp. 251/252.

¹⁷⁶ *"Se o assunto prestava-se a polêmicas, está visto que, se o legislador quisesse optar pela corrente mais fraca àquele tempo, a saber a da ressarcibilidade do dano moral em qualquer caso, certamente haveria de usar de uma fórmula clara"*. ALVIM, Agostinho, *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, 5ª ed, Ed. Saraiva, São Paulo, 1980, p. 232.

é porque de reparação de danos morais não tencionou cuidar. Estas suas palavras: “*Com efeito, uma das maiores dores morais que possa alguém sofrer é a perda de pessoas da família, mormente em caso de assassinio, sem esquecer a gravidade da falta do autor do dano, que também costuma ser levada em consideração, em matéria de indenização por dano moral (...)*”¹⁷⁷.

O único artigo do Código Civil de 1916 que fez menção ao dano moral puro foi o art. 1.543¹⁷⁸. Este artigo determinava que, em caso de reparação por usurpação ou esbulho do alheio, quando este não mais existisse, e aqui se referia a qualquer bem, deveria ser restituído o equivalente, cujo valor estimar-se-ia pelo seu preço ordinário e pelo de afeição. E é, justamente, na expressão “*afeição*” que se encontra inserto o dano moral.

Todavia, em que pese toda a magnífica explanação desenvolvida por Agostinho Alvim, no sentido de comprovar que o dano moral não foi recepcionado pelo Código Civil de 1916, *a contrario sensu* das opiniões de outros ilustres juristas acima citados, Alvim se posiciona favorável à aceitação da indenização por danos morais¹⁷⁹.

Á época, tal posicionamento se justificava, pois a aceitação definitiva do dano moral, como dito, somente adveio com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Até porque, deveras, procedendo-se a uma interpretação literal do art. 76 do Código Civil, notar-se-á, claramente, que o mesmo apenas menciona a autorização da propositura de uma ação, respaldada em um interesse moral, mas não faz menção expressa e incontestada de que tal interesse pode e deve ser indenizado. Entretanto, por meio de uma inter-

¹⁷⁷ ALVIM, Agostinho, *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, 5ª ed, Ed. Saraiva, São Paulo, 1980, p. 233.

¹⁷⁸ Art. 1.543. *Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa (art. 1.541), estimar-se-á ela pelo preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avanteje àquele.*

¹⁷⁹ Neste esteio é seu posicionamento: “*Em face do direito constituído, entendemos não haver lugar para a ressarcibilidade do dano moral, não sendo possível inferi-la de preceitos insulados, e nada explícitos a respeito. Considerando-o, porém, diante do direito a constituir-se não nos repugna, como a muitos, admitir o ressarcimento de danos morais*” ALVIM, Agostinho, *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, 5ª ed, Ed. Saraiva, São Paulo, 1980, p. 234.

pretação teleológica e evolutiva, mais consentânea com os ideais de justiça, a verdade é que os ilustres juristas acima citados reconheciam e aceitavam, sem o menor óbice, ou constrangimento, não apenas a propositura de uma ação respaldada por um interesse moral, como também que tal interesse fosse reparado.

Portanto, nota-se claramente, que, já ao tempo dos eminentes civilistas, os danos morais já eram aceitos e o lesado já dispunha, inclusive, de instrumento adequado para pleitear o seu ressarcimento.

Os entraves eram postos, justamente, pelos responsáveis pela distribuição da justiça, ou seja, os Tribunais. Prova da importância incontestada da doutrina que, como sempre, andou na frente. Mas, como é fato notório, ninguém pode se manter por muito tempo no retrocesso, na estagnação, notadamente, quando inserido num contexto social que muda a todo momento, numa velocidade que se tornou vertiginosa, na sociedade moderna, mormente, a partir do século XX. Seguindo esta necessidade impostergável de mudar, de aceitar novos conceitos, sob pena de se lançar a sociedade na perpétua letargia, e iniciar-se um processo apocalíptico de propagação de injustiça, nossos tribunais tiveram que mudar seu posicionamento, no sentido de aceitar os danos morais, e mais, de aceitar não apenas sua ocorrência, mas, fundamentalmente, sua indenizabilidade. Claro que nem todos os insígnis componentes dos quadros da magistratura nacional pensam de forma uníssona, que nem todos tomam a vanguarda nos posicionamentos ousados e audazes, mas fica meu aplauso aos que ousam e ousaram, em matéria de dano moral, tal desiderato. E, no concernente ao reconhecimento e indenizabilidade dos danos morais, um expoente jurídico pátrio merece menção, aplausos e reconhecimento por toda a história. Trata-se do Ministro Aliomar Baleeiro, que reconheceu a possibilidade de indenização por danos morais num caso do qual foi relator, em que houve danos estéticos, quando Ministro e Presidente do Supremo Tribunal Federal, nos idos de 1975. Este jurista ao relatar o Recurso Extraordinário nº 80.158, feito originário, da então comarca da Guanabara, inaugurou a pedra fundamental na história jurídica de

nosso país, reconhecendo a aceitação dos danos morais¹⁸⁰. Notadamente esse lapidar e histórico documento jurisprudencial redigido de forma copiosa pelo ilustre Min. Aliomar Baleeiro marcou o reconhecimento dos danos morais no Brasil.

Assim, ou uma pessoa propõe uma ação movida por interesses econômicos e então pleiteará indenização por danos materiais, ou então

¹⁸⁰ *Transcrevo, na íntegra, o acórdão que é o obelisco e marco inicial da indenização dos danos morais no Brasil, extraído do site www.jurinforma.com.br/classicos/ab01.html, acessado em 05/07/02, às 14h00, que assim reza de forma magistral: "SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - DANO ESTÉTICO - PERDA DE AMBAS AS PERNAS -INDENIZAÇÃO -JURISPRUDÊNCIA DO S.T.E RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 80.158 – GUANABARA **Ementa:** Responsabilidade **civil**. Dano Estético. 1. Não nega vigência a direito, mas o interpreta razoavelmente, o acórdão que concede indenização pelo dano estético ou morfológico, além da que corresponde a incapacidade para o trabalho da vítima pela amputação de ambas as pernas. 2. O quantum dos honorários, salvo limite , é matéria inadmissível em recurso extraordinário (Súmula 389). **Acórdão** Vistos, relatados e discutidos estes autos, Acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e notas taquigráficas, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso. Brasília, 14 de março de 1975. - Aliomar Baleeiro, Presidente e Relator. **Relatório** O SR. MINISTRO ALIOMAR BALEEIRO - 1. A referida sentença de fls. 104/108 julgou procedente ação de indenização proposta pelo 2º recorrente contra a Rede Ferroviária Federal, em decorrência de acidente de trem do qual resultou perda das pernas do autor. A 6ª Câmara Civil do egrégio Tribunal de Alçada da Guanabara, pelo venerando acórdão de fls. 151, unânime, incluiu na condenação o ressarcimento do dano estético, correção monetária das pensões, juros moratórios a partir do evento e elevou os honorários para 20% sobre a condenação, excluídas as parcelas vincendas. Recorrem extraordinariamente a ré, a fl. 155, e o autor, a fl. 167, ambos pelas letras a e d.A primeira traz a confronto os RE 71.506, 65.093, 62.725, RTJ 60.702, 21.851, 31.435, 36.610, 62.519, RTJ 48.520. Refere-se aos arts. 1.538 e 1.539, do Código Civil, além do art. 21 da Lei das Estradas de Ferro. O autor pretende que devem ser majorados os honorários nos termos do art. 97, § 4º, da Lei nº 4.215/63. Para prova do dissídio cita os RE 73.701, RTJ 62.528, 57.039, RTJ 38.547, 57.366, RTJ 38.591, 64.153, RTJ 50.451, ERE 63.768, RTJ 54.594, 70.593, RTJ 57.215, 73.566, RTJ 63.760, 75.473, RTJ 67.553. Os recursos foram admitidos, a fls. 177. A fl. 223, o Dr. Walter Medeiros, pela Procuradoria-Geral da República, opina favoravelmente ao recurso da Rede Ferroviária e contrariamente ao do autor. É o relatório. **Voto** O SR. MINISTRO ALIOMAR BALEEIRO (Relator) -Quanto ao Recurso Extraordinário da Rede: I. Preliminarmente, não conheço do recurso, nos termos do art. 308, IV, do Regimento Interno, porque à causa, em 1971, foi dado o valor de Cr\$ 1.000,00, e, a meu ver não está cabalmente demonstrado o dissídio com a jurisprudência "predominante" do Supremo Tribunal Federal, atento ao disposto no art. 305 daquele Regimento e já fora assentado antes pela Súmula 291. Não basta que o Recorrente indique um ou outro acórdão do Supremo Tribunal Federal. O dissídio há de ser com a jurisprudência "predominante", a que predominou, ou se tornou pacífica, ou sempre foi pacífica. No caso, há vários acórdãos do Supremo Tribunal Federal, inclusive Pleno, contrários à tese da Rede em matéria de dano estético - (p. ex. RTJ 39/320; ERE 54.574, ERE 41.289, RTJ 38/216, etc). Além disso, apenas em relação a um dos padrões, a recorrente fez as transcrições de trechos do voto, mas insuficientes para caracterização da identidade ou profunda equivalência dos casos concretos. De outros julgados, faz meras citações de frases isoladas da ementa ou dos votos. II. Se conhecido, nego-lhe provimento em relação aos três pontos suscitados. Leio o trecho do venerando acórdão, que refere ao primeiro ponto: "Quanto ao dano estético, não há como deixar-se de reconhecê-lo, dado que o autor perdeu parcialmente as duas pernas. Não basta pois ser indenizado pelo fato em relação ao dano consistente em sua total e permanente inabilitação para o trabalho que exercia, **mas igualmente em relação a esse plus que se traduz no dano***

poderá propor uma ação, movida por interesse moral, pleiteando indenização por danos morais. Sendo de se mencionar ainda, o fato de que, hodiernamente, admite-se a cumulatividade de indenizações tanto por danos morais quanto por danos materiais, quando oriundos do mesmo fato. Preceitua a Súmula 37 do STJ: "*São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato*".

Não bastasse o dispositivo acima descrito, o art. 159 do mesmo Estatuto Civil ainda agasalha a regra geral da reparabilidade por danos. E, justamente, pelo fato do dispositivo não ter feito nenhuma restrição, apenas mencionando genericamente o termo "dano", não compete ao intérprete interpretá-lo restritivamente¹⁸¹.

estético, na chocante desvalorização do seu aspecto físico aos olhos da sociedade e de si próprio, e sem o que a indenização não se poderia dizer completa, mesmo tendo-se em conta a propósito a relatividade da reparação, arbitrada pelo respectivo perito na, por assim dizer, modesta quantia de dois mil cruzeiros." Estou de acordo com a tese de que já se ocupou a atenção dos nossos mais modernos civilistas, com franca receptividade. Por exemplo, Caio Mário: "A indenização do prejuízo material acrescenta-se a reparação do dano moral, se a vítima ficar aleijada ou deformada. ..." ("Instit. Dir. Civil, Forense, ed. 1970, II, p. 396.) O Supremo Tribunal Federal, nos últimos 15 anos, inclinava-se para que essa diretriz, como pode ser documentado com os w. Acórdãos nos RE 56.697, V. Nunes, RTJ 39/320, citando os ERE 54.574, C. Mota, e ERE 41.289, Ary Franco, RTJ 7/593, RE 58.252, Hermes Uma, RTJ 38/216, RE 57.253, de 1968, RTJ 47/316, ERE 58.638, V. Nunes, RTJ 43/342, RE 59.954, RTJ 36/680 etc, etc. É certo que o Supremo Tribunal Federal tem transigido com o caso de o dano estético ser corrigido com o uso de satisfatório aparelho ortopédico (RE 61.519, RTJ 48/520 e RE 77.716, RTJ 69/582, ambos de Trigueiro). Mas, no caso, a vítima perdeu ambas as pernas (fotos fl. 54) e não há aparelho ortopédico que disfarce a sua ruína física com reflexos psicológicos. Aliás, não comungo dessa tese da correção por aparelhos ortopédicos, que trazem fadiga física e moral ao paciente. Em relação à correção monetária o Supremo Tribunal Federal, se não a admite quando não estabelecida em lei, certamente a tem permitido nas causas de responsabilidade civil, sobretudo quando a indenização terá de realizar-se por meio de prestações periódicas e sucessivas. Já foi concedida até em rescisão de contrato pela culpa do vendedor (RE 64.122, RTJ 47/500). Ou não devolução do preço por nulidade de venda de imóvel (RE 77.803, Gallotti, 18-3-74). Em recurso extraordinário é possível discutir-se o quantum dos honorários. O Código de Processo Civil em vigor estabelece que sejam marcadas de 10 a 20%. O anterior uso estabelecerá limites. A Súmula 389 corta qualquer possibilidade ao Recurso Extraordinário da Rede nessa parte. Nem é de ser conhecido no que tange aos juros da mora, fixados simples pelo acórdão com base no art. 960 do Código Civil, quando se caracterizou o inadimplemento do contrato de transporte. No mínimo, houve interpretação razoável. V. o autor, afl. 167. Dele também não conheço pelo art. 308, IV, do Regimento Interno. Não creio que o recorrente tenha demonstrado o dissídio com os padrões que cita, do Supremo Tribunal Federal. Sem obediência, ao art. 305 do Regimento Interno. Ementário 981 (Seção Jurisprudência S.T.F.) Audiência Publ. Acórdão 16-4-75 Relator Min. Aliomar Baleeiro RE 80.158-Guanabara".

¹⁸¹ Nesse sentido, assim se manifesta Mário Moacyr Porto em artigo publicado na RT 590/36-40, *in verbis*: "Além do mais, o art. 159 do CC não contém a mais mínima limitação ao dever de

Entretanto, qualquer celeuma a respeito do tema em análise esvaiu-se com a edição da Constituição Federal de 1988 que, em seu art. 5º - cláusula pétrea - incisos V e X, fincaram, definitivamente, a reparabilidade dos danos morais. Assim rezam citados incisos, *in verbis*:

V- *é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, **moral** ou à imagem; (grifei).*

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; (grifei).*

Logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, assim decidiu o Tribunal de Alçada Civil de São Paulo em sua 6ª Câmara, na Apelação Cível nº 409.6244 de 28/03/89, publicada na RT 641/182, cuja ementa assim dispõe: “**INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - Perda da esposa em acidente de trânsito - Verba devida - Inteligência e aplicação do art. 5º, V, da CF**”.

Assim, a reparação por danos morais incursionou, “*ad eternum*”, em nossa Seara Jurídica. Ademais, não bastasse a previsão da reparação dos danos morais ter sido feita em seara constitucional, ou seja, a mais alta lei de um ordenamento jurídico de um país, o novo Código Civil - Lei nº 10.406 de 1º de Janeiro de 2002, assim fez constar em seu art. 186, acabando com quaisquer dúvidas a respeito da legalidade do reconhecimento do dano moral: “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, **ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito***”. (grifei).

indenizar os prejuízos que decorrem da violação de direitos. Como excepcionar, então, o que a lei não excepciona e restringir o que a sistemática do Código favorece e dilagraf Diz-se, a título de contestação séria, que o dano moral é inestimável, que é impossível regrá-lo pelos parâmetros dos bens materiais etc. Ora, o mesmo acontece, as mais das vezes, com a lesão de um bem material ou corporal. Como seria possível calcular, com satisfatória equivalência., o valor, em dinheiro, da perda da visão ou a destruição de uma famosa tela? O argumento, como se vê, prova demais, o que equivale a não provar nada”.

Na Europa, segundo MARCELO BARRIENTOS ZAMORANO¹⁸², quando se trata de indenização por danos morais, não existe uma solução única para todas as legislações. Há ordenamentos jurídicos mais abertos, como o francês, e outros mais restritivos, como é o caso da Alemanha, que mesmo depois da reforma de 2002, pouco se sabe e se estuda. É característica destes sistemas fechados, a interpretação restritiva do regime reparatório dos danos, e a negativa em certos casos da reparação do dano moral.

No entanto, a história do dano moral do ponto de vista europeu, requer necessariamente para sua compreensão, a menção do ordenamento jurídico francês. Foi na França que se desenvolveu mais fortemente, não só do ponto de vista doutrinal como também jurisprudencial, a concepção de dano moral. E também foi a França, responsável pela ampliação do conteúdo do dano moral em toda a Europa, tanto através de suas sentenças, como pela variação e interpretação dos artigos do Código.

O dano moral na França nasceu a partir a jurisprudência. O primeiro precedente de dano moral é a sentença de 15 de junho de 1833. Os demandantes foram os boticários do Departamento de *La Seine*, que demandaram contra pessoas que exerciam ilegalmente a profissão de farmacêuticos. Quanto a legitimação, o Tribunal fundamentou que a concorrência ilícita outorgava aos boticários interesse atual e direito para paralisar o exercício ilegal da profissão e também, a satisfazer o dano causado, ou seja, o prejuízo ocasionado. Por razões de técnica processual, os boticários demandaram somente uma parte do dano causado, e, em razão disso, a reparação restaria rejeitada pela individualidade de sua determinação e o quase impossível critério de atribuição a cada boticário no tocante a parte de indenização que lhe caberia. Entretanto, a corte não fez menção alguma a dano moral. Foi o procurador DUPIN, quem para acolher o trâmite da demanda, utilizou a expressão dano moral, por saber que os boticários teriam muita dificuldade de provar os prejuízos alegados. Sem prejuízo do anterior, o libelo foi acolhido, outorgando-se indenização por dano moral. Afirmou o Procurador nesta causa que “(...) *es un error creer que solo los perjuicios materiales y em dinero pueden dar lugar a uma acción de daños y perjuicios*

¹⁸² BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *El resarcimiento por daño moral em España y Europa*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2007, p. 270.

(...)¹⁸³. Nascia assim, ainda que timidamente, o dano moral para os franceses.

Atualmente na França, a indenização pelos danos morais está fundamentada na aplicação da regra geral de responsabilidade civil por culpa, prevista nos artigos 1382 e 1383 do Código Civil. Os artigos mencionados se aplicam tanto aos direitos e interesses que não tenham sido objeto de regulamentação específica na lei, como o direito a liberdade e a maior parte dos direitos fundamentais, como também àqueles direitos ou interesses que se encontram na lei, como por exemplo o direito ao respeito da vida privada, do artigo 9 do Código e o artigo 9.1 do mesmo texto. Acompanhado de uma clara tendência legislativa ao reconhecimento do dano moral como prejuízo, é possível ver uma inquieta e incessante jurisprudência em torno dos prejuízos extrapatriomoniais, que inclusive forçaram o legislador a normatizar certos prejuízos desta classe.

A jurisprudência francesa inovou em torno dos acontecimentos dos danos extrapatriomoniais, criando novas espécies de danos morais, os que por outro lado, foram objeto de gradual elaboração por parte dos tribunais de justiça, que aliás possuem enorme influência nos ordenamentos nascidos do *Code*. Desta maneira, a França se destaca como um dos escassos ordenamentos legais romano-germânicos, ousado na capacidade de inovar, com a respectiva criatividade em suas interpretações e conclusões.

Em razão desta espécie de dano ser de criação quase que puramente doutrinária e jurisprudencial na Europa, torna-se muito difícil uma sistematização das espécies de danos morais, a medida em que eles foram sendo criados pelos ordenamentos jurídicos de cada País, conforme sua necessidade de resposta aos prejuízos extrapatriomoniais verificados. Pode-se dizer que na maioria das legislações europeias, a tendência é admitir a reparação de todo dano, nele compreendido toda a moléstia, maltrato, perturbação, ofensa, ou seja, inclusive os danos morais¹⁸⁴.

¹⁸³ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *El resarcimiento por daño moral em España y Europa*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2007, p. 274.

¹⁸⁴ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *El resarcimiento por daño moral em España y Europa*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2007, pp. 65/67.

Na Espanha, não há previsão expressa do dano moral no Código Civil. No entanto, segundo a doutrina e jurisprudência, o artigo 1902 do referido diploma deve ser lido de modo a compreender também o dano moral. Assim, o ressarcimento do dano moral derivado da lesão de um direito da personalidade ou de direitos fundamentais, regra geral, tramitará através da regra geral de responsabilidade civil dos artigos 1902 e seguintes do Código Civil, ou naqueles casos em que o fato danoso seja ao mesmo tempo constitutivo de delito (como agressões sexuais, detenções ilegais, etc), pelas regras do Código Penal, reguladoras da chamada responsabilidade civil derivada do delito. Se no entanto, se tratar de um fato causado pela Administração Pública, a regulação aplicável será a dos artigos 139 e seguintes da Lei 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Del Procedimiento Administrativo Común (preceptos cuya redacción feu reformada por La Ley 4/1999, de 13 de enero de modificación de La Ley 30/1992).

Historicamente há na Lei das *Siete Partidas* um claro precedente da atual doutrina espanhola sobre indenização por danos morais, ao regular na Partida VII, Título IX, Lei XXI a indenização ou satisfação correspondente a quem tenha sofrido desonra. Além disso, na Lei 1ª, do Título XV da Partida VII, define o dano como “*empeoramiento o menoscabo, o destruymiento que ome rescibe em si mesmo, o em sus cosas por culpa de otro*”. As *Siete Partidas* é um corpo normativo redigido no Reino de Castela, durante o Reinado de Afonso X (1252 – 1284), com o intuito de conseguir certa uniformidade jurídica no Reino. Seu nome original era *Libro de las Leyes*, e por volta do século XIV recebeu a atual denominação, pelas sete seções em que se encontra dividida. Certamente para a história do direito Espanhol, este é um dos mais importantes legados, que vigorou até o século XIX, sendo denominada de “enciclopédia humanista”, por conter temas filosóficos, morais, teleológicos (de vertente Greco-Latina), embora o próprio texto confirme o caráter legislativo da obra. Em razão disso, sua fundamental importância nos precedentes da indenização por danos morais. Ademais, muitos doutrinadores afirmam que o texto ao referir “*empeoramiento o menoscabo, o destruymiento que ome rescibe em si mesmo...*”, estaria se

referindo a danos extrapatrimoniais ¹⁸⁵.

Na época da codificação não foram desenvolvidos os direitos da personalidade, que só passaram a ter previsão quando o artigo 162 foi modificado pela Lei de 13 de maio de 1981, mencionando os direitos da personalidade pela primeira vez. Na verdade, a jurisprudência é a grande criadora dos conceitos de honra e de indenização por danos morais.

No âmbito constitucional, a regulação dos direitos suscetíveis de sofrer este tipo de lesão teve início na Constituição Espanhola de 1978. E a Lei de 26 de dezembro do mesmo ano regulou a proteção jurisdicional dos direitos fundamentais da pessoa em seu aspecto civil e penal. Entre estes direitos estão incluídas as liberdades de expressão, reunião, associação, liberdade religiosa, inviolabilidade do domicílio, dentre outras. Posteriormente, o decreto de 20 de fevereiro de 1979 incorporou ao âmbito de proteção desta Lei, os direitos a honra, a intimidade e o segredo das comunicações. E, finalmente a previsão

¹⁸⁵ A respeito da influência da Lei de Partidas no dano moral, importante contribuição de Marcelo Barrientos Zamorano: *“Las Partidas siguen un principio básico: el hombre libre no puede valorarse si de indemnizaciones se trata, así Gayo. D.9,3,1, 5: “in homine libero nulla corporis aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem”, siguiendo el criterio romano clásico que hemos ya analizado em otra parte de este trabajo. La Partida VII, tít. XV, 1. I. Define el daño como el “empeoramiento o menoscabo, o destruyimiento que ome rescibe em si mesmo, o em sus cosas por culpa de otro”. Garcia Lopez señala que el daño que el hombre “rescibe em sí mismo” no puede ser otro que el daño moral o no patrimonial. La enunciación del título XV de la Partida VII, resulta sugestiva para este autor español: “De los daños que los hombres y bestias hacen em las cosas de otro de cualquier naturaleza que sean y precisamente el título XV: daño a las cosas y daño a las personas. El texto supra citado es concluyente a entender de esta doctrina, em relación a la indemnización civil de los daños producidos a bienes no patrimoniales, y prueba la protección que a esta clase de bienes se daba, es la P. VII, Tít. XV, 1. XXIII, de clara raíz romana. Si bien, em principio, em los daños producidos por los animales sólo se concede la indemnización por los daños patrimoniales, concretados em caso de lesión corporal, por los desembolsos realizados em el proceso de curación de la víctima, tales como el costo de las medicinas, las pérdidas que tuvo em su oficio desde el día em que le hirió hasta aquel em que se curó y todos los que hubiese sufrido por aquella causa, añade después, que si muriese por esta razón, debía pagar el dueño de la fiera 200 maravedíes de oro: la mitad a los herederos del muerto y la otra mitad a la Cámara del Rey. Termina com la siguiente disposición la Partida que nos ocupa: “si quedase imperfecto de algún miembro será el resarcimiento al arbitrio del juez, teniendo em cuenta quién es el que recibió el mal y cuál el miembro lesionado, siendo estos importantes sólo em el caso de bienes extrapatrimoniales. Este es el criterio que más utilizan los tribunales para la estimación del daño moral incluso em la actualidad. DE CASTRO destaca que fue precisamente el texto de las Partidas el que ayudó al giro jurisprudencial de 1912 em España y que es “base de toda la doctrina posterior y de la admisión del daño moral em las leyes”. BARRIENTOS Zamorano, Marcelo, *El resarcimiento por daño moral em España y Europa*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2007, pp. 318/319.*

expressa de dano moral e a possibilidade de indenizá-lo, surge com a LO de 5 de maio de 1982, que trata da proteção à honra, a intimidade pessoal e familiar e a própria imagem. Este dispositivo trouxe inúmeras regras de fundamental importância, dentre elas: a) Tratam-se de direitos irrenunciáveis, inalienáveis e imprescritíveis. No entanto a autorização legal ou consentimento do ofendido evita que se constitua em ilícito; b) A Lei enumera as intromissões ilegítimas e os casos que deixam de sê-lo; c) O exercício da ação corresponde ao titular e em caso de falecimento, a quem este designar em testamento. Na ausência, ao cônjuge, descendentes, ascendentes e irmãos, e por último ao Ministério Fiscal; d) A tutela judicial poderá dar-se pelas vias processuais ordinárias ou pelo procedimento previsto no art. 53 da CE (No entanto, enquanto este último não é desenvolvido, a LO estabelece que tal tutela poderá ser obtida pelos procedimentos da Lei de 26 de dezembro de 1978). Cabe interpor recurso de amparo perante o Tribunal Constitucional nos casos previstos na sua própria LO de 3 de outubro de 1979; e) As ações de proteção frente as intromissões ilegítimas que causem dano moral, caducarão em quatro anos, desde que podia exercer o direito¹⁸⁶.

A trajetória do dano moral na jurisprudência espanhola, assim como na jurisprudência brasileira, percorreu diversas fases bem distintas.

Em um primeiro momento encontra-se a negativa absoluta da indenização por dano moral, segundo a justificativa de que não sendo valorável o dano, não há como fixar a quantidade do prejuízo. A STS de 6 de dezembro de 1882 e a STS de 11 de março de 1899 retratam bem este momento histórico, rechaçando a reparação por considerar que a honra, a lesão ou morte de uma pessoa são bens sem caráter patrimonial, e por isso, não suscetíveis de apreciação pecuniária¹⁸⁷.

¹⁸⁶ FERRER VICENTE, José M^a, *La cuestión de los daños morales*, Ed. Difusión Jurídica y Temas de actualidad, S.A, Madrid, 2007, p. 34.

¹⁸⁷ Em princípios do século passado, PACCHONI não considerava dano moral como aqueles danos que repercutiam contra a honra ou o bom nome, e que prejudicavam o patrimônio moral de um indivíduo e que indiretamente também prejudicavam o patrimônio econômico. Afirmava que o dano moral era *“um sufrimiento que no tiene ninguna repercusión sobre la entidad de nuestro patrimonio presente o futuro”*. Este conceito encontra-se superado, a medida em que

Posteriormente inaugura-se uma segunda fase, tendo como precursora deste novo entendimento, a sentença de STS de 6 de dezembro de 1912¹⁸⁸, que sem dúvida sofreu influência do texto das Partidas, pois este texto é responsável pela mudança do entendimento jurisprudencial da Espanha ocorrido em 1912. Neste caso específico, uma jovem processou uma empresa Ed. e o diretor do periódico por uma notícia falsa veiculada, pleiteando indenização não inferior a 150.000 pesetas pelos danos e prejuízos causados a sua honra e boa fama.

tornou-se pacífico que os danos morais são passíveis de reparação. PACCHIONI, *De/ resarcimiento dei danni morali*, en Riv. Dir. Comm., 1911, p. 240.

¹⁸⁸ STS de 6 de diciembre de 1912:

El día 1 de diciembre de 1910 se publica en el periódico “El Liberal”, en primera página y con texto destacado, la siguiente noticia: “Fraile raptor y suicida. (Por telégrafo). Sotana, 19. El 17 de septiembre, por la noche, fugase de su convento de capuchinos el padre Fulgencio Novelda, vicepresidente y profesor de Física del Colegio que ellos dirigen, llevándose consigo a la bellísima señorita María Josefa Mussó Garrigues, de quien había tenido escandalosa sucesión tres meses antes. Al ser sorprendido a su entrada en Lorca por un tío de ésta, el mencionado religioso atentó contra su vida, quedando muerto en el acto. Ella fue devuelta al seno de su familia”.

Resultado ser una noticia absolutamente falsa. La joven aludida demandó a la empresa Ed. y al director del periódico. Los demandados recurrieron en casación alegando que este tipo de daños no eran indemnizables en Derecho español.

La STS confirma la sentencia recurrida con los siguientes fundamentos:

La honra, el honor y la -fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima, y su menoscabo la pérdida de mayor consideración que puede padecer en una sociedad civilizada incapacitándola para ostentar en él la de carácter de depositaria y custodia de los sagrados fines del hogar doméstico, base y piedra angular de la sociedad pública, debiendo, por tanto, ser apreciados estos daños como uno de los más graves, que obliga a tenerlos en cuenta al legislador al legislar y a los Tribunales encargados por la ley de aplicar y de realizar la justicia con el propósito de remediarlos para procurar se fije una norma reguladora, estableciendo una responsabilidad civil, armonizada con los principios jurídicos que informan nuestro Derecho común, si no se quiere fomentar en la sociedad una negligencia suicida, cual sería el abandono de un elemento social de primer orden como la mujer al capricho de la pública maledicencia. Tomados en cuenta estos fundamentos sociales de toda legislación y de toda organización de justicia, no cabe desconocer que el hecho controvertido en autos constituye una total y absoluta expoliación de la dignidad personal, familiar y social de la joven ofendida, violentamente despojada de todos sus títulos de pudor y honestidad que la hacían acreedora a la estimación pública por presentarla de modo evidente y escandaloso culpable de fuga del hogar paterno y de amancebamiento sacrilego consumado, con todas sus consecuencias naturales, inhabilitando por efecto de la pública exposición del hecho calumnioso en periódicos de gran circulación, como El Liberal, que hacen la rectificación imposible, tanto por la imborrable impresión que causa en el ánimo de sus lectores cuanto porque la reproducción de todo suelto injurioso hecho en la prensa no altera, según reiterada jurisprudencia, la responsabilidad del que la reproduce, puesto que lo que castiga la ley es la propagación de la injuria; y por todo esto es por lo que el Tribunal sentenciador, al someter el daño moral causado a compensación pecuniaria, no confunde, como se supone, las

Esta sentença, que restou julgada procedente, concedendo a autora a indenização, sem dúvida é um marco histórico no direito espanhol. Contudo, sofreu críticas, pois os doutrinadores pregavam que o que se estava indenizando não era o dano moral puro, mas sim os prejuízos patrimoniais indiretamente causados.

A terceira fase é marcada pela STS de 14 de dezembro de 1917. A partir deste momento se passa a admitir a indenização por danos morais puros, ou seja, a indenização por danos morais dissociada da idéia de possíveis repercussões patrimoniais. Desde então, a jurisprudência vem evoluindo, no sentido de ampliar o âmbito dos danos morais. A doutrina traz como exemplo a STS de 23 de maio de 1975, que concedeu indenização a um compositor pelo dano moral causado por quem produziu uma versão “pop” de uma peça musical sua¹⁸⁹.

Os ordenamentos jurídicos Europeus, assim como o Brasil, vêm lentamente se adequando a esta nova realidade ao longo da história, e incluindo a possibilidade de indenização por dano moral na órbita jurídica. O Instituto ainda requer muito aperfeiçoamento, mas o argumento da impossibilidade de expressar um valor, aritmeticamente exato para o dano moral, como justificativa para negar sua reparação, não mais se sustenta. E isso, por um motivo deveras

atribuciones del Poder judicial con las del Poder legislativo, pues para ello sería preciso se declarase en disposición abstracta o de carácter general algún derecho nuevo, cosa que aquí no ocurre, porque el juzgador, valiéndose de las reglas de equidad que son máximas elementales de justicia universal, se limita, como intérprete de la ley, a explicar mejor principios jurídicos más o menos clara y distintamente expuestos, pero ya «preexistentes», que definen el daño en sus diversas manifestaciones para justificar, toda vez que es indiferente pedirla por acción civil o penal, una indemnización pecuniaria, que, si nunca es bastante como resarcimiento absoluto de ofensas tan graves, al fin es la que se aproxima más a la estimación de los daños morales directamente causados a la joven Mussó y que llevan consigo, como consecutarios naturales y lógicos, otros daños, esto es, los materiales y los sociales, conforme al criterio tan sabiamente manifestado en la ley 21, título 9.º, de la Partida 7.a, cuando al disponer que «cualquier que reciba tuerto o desonrra, que pueda demandar en una destas dos maneras, qual más quisiere. La primera que paga el que lo desonrra, enmienda de pecho de dineros. La otra es en manera de acusación, pidiendo que el que le -fizo el tuerto que sea encarmentado por ello. E la una destas maneras se tuelle por la otra; porque de un yerro no deve orne recibir dos penas por ende. E desque ouiere escojido la una, no la puede dexar é pedir la otra», ley cuya aplicación ha sido tradicional en España. (retirado do site [WWW. uib.es](http://WWW.uib.es), acessado no dia 26 de maio de 2011, às 13 horas).

¹⁸⁹ FERRER VICENTE, José M^a, *La cuestión de los daños morales*, Ed. Difusión Jurídica y Temas de actualidad, S.A, Madrid, 2007, p. 34.

simples. Concordamos, integralmente, que é impossível a atribuição de um valor exato para o dano moral. Sua reparação, em suma, é impossível. Reparar significa etimologicamente restaurar, no sentido de recolocar as coisas em seu "status quo ante", isto é, no estado anterior em que se encontravam antes do evento danoso.

Isso é impossível, quando se está falando de danos morais. Não é possível recolocar a pessoa, moralmente lesionada, na situação em que se encontrava antes da verificação do evento lesivo. O patrimônio é passível de ser restituído em seu estado anterior, seja por uma soma em dinheiro, feita de forma aritmeticamente exata, seja pela substituição do bem material destruído, por outro de mesma espécie, quantidade e qualidade.

No dano moral, uma vez produzido, a pessoa sofrerá seus efeitos "*ad eternum*". Mesmo que o tempo seja o melhor remédio, capaz de cicatrizar qualquer ferimento. A verdade é que o dano moral não se cicatriza completamente. Qualquer lembrança do evento danoso trará à lembrança da vítima resquícios de sofrimento íntimo. Assim, impossível a reparação do dano moral.

Entretanto, não é apenas por não se poder dar o exato, que não se dará nada. Se é injusto dar um preço à dor, muito mais injusto se afigura não dar nada à vítima, deixando que a impunidade prospere.

Apesar de impossível a reparação, a compensação é, não apenas viável, como a única forma de proporcionar à vítima um lenitivo para os sofrimentos a que foi injustamente submetida. Assim, os doutrinadores admitem, de maneira equânime, que à vítima dos danos morais deve ser dada uma compensação, haja vista o fato de que a reparação é impossível.

Portanto, em se tratando de danos morais, busca-se, a todo custo, um equilíbrio entre as partes, proporcionando às vítimas um lenitivo, um contrabalanceamento pelos danos que, injustamente, sofreu. Seria conceder à vítima um sucedâneo, no entender de alguns doutrinadores. Algo que entrasse

no lugar do dano sofrido e proporcionasse ao lesado a o abrandamento de sua dor. Se bem que, doutrinadores há, e, dentre eles cita-se o eminente AUGUSTO ZENUN, que não concordam com tal expressão. Segundo ele, o termo sucedâneo é impróprio e pode mesmo levar a um equívoco. Pois, conforme seu escólio, suceder é colocar algo no lugar de alguma coisa, e este algo deverá ser igual ou semelhante. No caso dos danos morais, conceder um sucedâneo seria conceder uma outra lesão, ou dor que viesse a entrar no lugar da anterior. Se sucedâneo é colocar algo igual ou semelhante no lugar de outra coisa, o sucedâneo da dor seria outra dor. Sob este prisma, não haveria vantagem alguma em se indenizar o dano moral, pois pagar-se-ia a dor com outra dor igual ou semelhante. Por essa razão, o autor acima mencionado prefere o termo "*derivativo*"¹⁹⁰.

Terminologias à parte, a questão é que o dano moral deve ser indenizado, pois o que se quer não é dar valor à honra, ou a qualquer outro sentimento nobre da esfera humana, mas sim, buscar uma forma de fazer prevalecer a justiça entre as partes.

Havendo dano, havendo lesão, havendo prejuízo, seja de que ordem for, deve haver a indenização.

Assim, o argumento da impossibilidade de se reparar o dano moral por meio de uma reparação exata não se sustenta, pois o que se pretende não é reparar, mas compensar. Dizer, por outro lado, que não há critérios para sua fixação igualmente não se sustenta, porquanto, o Direito, de uma ciência exata não se trata.

¹⁹⁰ Estas são as palavras de Algustrto Zenun: (...) *sucedâneo nas excelsas palavras de Caldas Aulete: 'Sucedâneo -diz-se do medicamento ou substância que pode substituir outro medicamento ou outra substância, com igual ou semelhante vantagem.' É certo que se dá sucedâneo a outras coisas, mas, sempre iguais ou assemelhados, donde não haver sucedâneo para a dor, que só poderia ser outra dor ou algum sofrimento, o que seria inócua, ou até impossível. Quais garimpeiros, veio-nos à memória a lembrança do vocábulo derivativo - que serve para operar uma derivação, ocupação ou divertimento com que se procura fugir a estados melancólicos.* ZENUN, Augusto, *Dano moral e sua reparação*, 7ª ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 124.

De acordo com CLAYTON REIS¹⁹¹, é inquestionável que, não se deve negar o direito à indenização, sob o fundamento da dificuldade na fixação do valor da compensação. Por sua vez, é igualmente insubsistente a ausência de critérios específicos para a determinação do quantum indenizatório, pois, se houve dano é porque elementos concorreram para sua efetivação.

As questões atinentes ao valor considerado justo e os critérios de sua aferição serão analisados com mais profundidade em momento posterior¹⁹².

3 Conceituação de Dano Moral

Por muito tempo, os pesquisadores do direito se indagaram sobre o que seria o dano moral. Sua definição, e ainda, sua precisão, seriam fatores decisivos na consagração do instituto. Sempre que se propõe a análise de algum fenômeno da natureza, tanto física quanto humana, mister se faz que se o conceitue, no intuito de individualizá-lo, ou, nas palavras do filósofo MÁRIO FERREIRA DOS SANTOS¹⁹³, sente-se a necessidade de "*estilizá-lo*". E estilizar

¹⁹¹ REIS, Clayton, *Avaliação do Dano Moral*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 75.

¹⁹² Vid. Capítulo 4 "*4 Critérios para apuração do Quantum Indenizatório*".

¹⁹³ FERREIRA DOS SANTOS, Mário, *Teoria do Conhecimento*, 3ª ed, Livraria e Ed. Logos Ltda,

é, justamente, abstrair o dado da realidade fenomenológica e simplificá-lo em categorias mais simples, para facilitar o entendimento. Se se partir de categorias, aprioristicamente, definidas e individualizadas, fica mais fácil a compreensão do dado que se apresenta para análise. E, uma vez compreendido, é possível dar-lhe desenvolvimento.

Num primeiro momento, deduziu-se, pela prática, que o dano moral representava aquela categoria de lesões que não atingiam o patrimônio material do indivíduo, daí a dificuldade de sua aceitação¹⁹⁴. Afinal, não se podia "ver" o dano. Mas ele existia. O fato de não se poder ver algo, não significa, necessariamente, que ele não exista. Assim como não se pode ver o vento ou a alma humana, que nem por isso deixam de existir. Por muito tempo a mazela perdurou.

WILSON MELO DA SILVA¹⁹⁵ compartilha deste entendimento, dizendo que nos danos morais, o juiz tem pela frente danos não facilmente constatáveis a olho nu, em toda sua extensão. Ressalta que o campo dos danos morais é o interior de cada indivíduo e no recesso de sua alma é onde as dores se aninham. Só ele, que as sente, conhece, em toda enormidade, aquilo que o aflige.

São Paulo, v. IV, 1952, p.77.

¹⁹⁴ Normalmente os conceitos trazidos pela doutrina, são conceitos negativos, ou seja, todos aqueles danos que não possuem conteúdo patrimonial. A respeito do assunto, importante consideração tecida por LUIS DíEZ-PICAZO: *"Probablemente tenía razón Álvarez Vigaray (La responsabilidad por daño moral, ADC, 1966, p. 81), cuando decía que lo más frecuente (por ser también lo que resulta menos complicado) es que la definición del daño moral se haga negativamente. El autor citado dice seguir un comentario de Pacchioni, según el cual la mayor parte de los autores dan una definición negativa, hasta el punto de que puede decirse que existe acuerdo en la doctrina al definir daño moral contraponiéndolo al daño patrimonial. Es verdad que esta línea había sido ya señalada por Alessandro De Cupis y por otros muchos autores. Em este mismo sentido el antes citado Álvarez Viraray define el daño moral, siguiendo a Polacco como aquel perjuicio que no implica una pérdida de dinero, que no entraña para la víctima ninguna consecuencia pecuniaria ni disminución de su patrimonio. O también como aquel daño que no consiste em uma perda económica o em uma falta de ganancia. Resulta difícil saber si Pacchioni tenía o no razón y la mayor parte de los autores se colocaban em el bando de la definición negativa. A nuestro juicio la llamada definición negativa no es otra cosa que puro escapismo de problemas que tanto em lógica como em pura exégesis del ordenamiento jurídico resultan muy difíciles de resolver"*. DíEZ-PICAZO, Luis, *El escándalo del daño moral*, Ed. Aranzadi, S.A, Navarra, 2008, p. 73/74.

¹⁹⁵ MELO DA SILVA, Wilson, *O dano moral e sua reparação*, 3ª ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1983, p. 375.

E segundo ele, “*como nos ensinou LANGE, a dor se revela de maneira exterior, o seu homem triste, contudo, pode não aparentar, com exatidão, toda extensão do que sofre. Em sucessão à crise aguda, é comum sobreviver a crise crônica de uma dor muda, não raro indefinida*”.

Somente após muito tempo, após muitos erros e até injustiças, os meios jurídicos, representados pela jurisprudência, aceitaram a existência do dano moral. Este seria a categoria de lesões e danos que a pessoa sofre em seu patrimônio ideal, em sua psique, em seu ânimo. Não se exterioriza materialmente, mas existe, e pode ser perfeitamente detectado em muitos casos.

DE PLÁCIDO E SILVA¹⁹⁶, visualiza o dano moral como a ofensa ou violação que não vem ferir os bens patrimoniais, propriamente ditos, de uma pessoa, mas os seus bens de ordem moral, tais sejam os que se referem à sua liberdade, à sua honra, à sua pessoa ou à sua família.

Corroborando tal entendimento, acerca da visualização do dano moral, MARCUS CLÁUDIO ACQUAVIVA¹⁹⁷ define dano moral como prejuízo de ordem não patrimonial, suscetível de indenização. Esta espécie de dano lesiona, principalmente, a intimidade, a honra e o bom nome do indivíduo ou de sua família.

Para R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ¹⁹⁸ “*Los llamados daños morales son los inflingidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica; em suma, a los que se suelen denominar derechos de la personalidad o extrapatrimoniales*”.

Assim, numa visão singela, dano moral seriam todas as lesões que um

¹⁹⁶ SILVA, De Plácido e, *Vocabulário Jurídico*, 12 ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, Vol. II, 1993, p. 5.

¹⁹⁷ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio, *Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva*, 9ª ed, Ed. Jurídica Brasileira, São Paulo, 1998, p. 422.

¹⁹⁸ ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de; y MARTÍNEZ-PEREDA, José Manuel; y SANTOS BRIZ, Jaime; y SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio; y GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Ed. Boch, S.A, Tomo I, Barcelona, 2008, p. 369.

indivíduo sofre em seu patrimônio ideal, em sua psique, em seu estado de ânimo, trazendo-lhe tristeza, angústia, reprovação social, enfim, máculas em sua honra.

Contudo, em momento algum essa visão deve ser tida como um conceito fechado e acabado de danos morais, pois este deve estar em constante desenvolvimento, a fim de acompanhar as evoluções da sociedade e ajustar-se a ela. Qualquer tentativa de conceituação exata de dano moral, não se afigura de bom alvitre. As conceituações que não permitem variações e se revelam exatas, podem ser muito importantes, fundamentais até, no campo da biologia, como por exemplo, a conceituação de célula como sendo a menor unidade morfo-fisiológica componente de um corpo; ou nas ciências exatas, como a matemática, por exemplo, no triângulo retângulo o Teorema de Pitágoras, que reza que o quadrado da hipotenusa é igual à soma dos quadrados dos catetos.

Entretanto, creio que nas ciências humanas, toda a conceituação deve ser aberta às novas realidades, sob pena de se chegar às raias da perniciosidade, e inegavelmente, estagnar o instituto. No exemplo dado do Teorema de Pitágoras, o quadrado da hipotenusa é igual à soma dos quadrados dos catetos e ponto final. O conceito está completo, fechado, acabado. Pelo mínimo que me lembro de minhas aulas de matemática, não consigo achar o valor da hipotenusa de um triângulo retângulo se não for por esse teorema. Simplesmente me estagnei nesse conceito. Da mesma forma, como não saberia dar outro conceito para a célula que não fosse, ser ela a menor unidade morfo-fisiológica que compõe um corpo. Nestas áreas, os conceitos são muito importantes, visto que a célula não mudou sua estrutura básica, assim como o triângulo retângulo é o mesmo há muito tempo. Todavia, na área das ciências humanas, dada a mutabilidade das situações cotidianas, impossível a pretensão de se conceituar os institutos destas ciências, sem permitir o ajuste à sociedade de cada época. Portanto, o que ofereço e o que creio que os mais abalizados doutrinadores que estudam esta temática fazem, é oferecer uma visão sobre o instituto, jamais um conceito estagnado.

Ademais, na perspectiva de MARCELO BARRIENTOS ZAMORANO¹⁹⁹, nunca ajudou realmente à sua solução na prática, uma definição de danos morais. Muito pelo contrário, colaborou para aumentar a confusão que reina neste tipo de dano. Segundo ele, é mais importante e urgente preocupar-se com as suas conseqüências, porque hoje já não se discute mais a sua existência, mas sim, como deve indenizar-se. Ressalta, que esta ânsia por definir os danos morais com elementos conhecidos no direito civil, obedece aos costumes de alguns estudiosos do direito, que insistem em limitar tudo a estruturas conhecidas dentro desse direito, como se toda nova realidade que exige uma resposta do ordenamento jurídico devesse estar dentro das estruturas clássicas da matéria, e isso não é possível neste tema, porque claramente a figura do dano moral ou extrapatrimonial possui elementos de direito constitucional e de outras áreas do direito, fora do direito civil. Neste tipo de dano, princípios como o da *restitutio in integrum*, que regem as indenizações por danos patrimoniais, foram claramente superados. De acordo com o autor, a definição mais aceita é aquela segundo a qual, o dano moral é *“la contravención de derechos extrapatrimoniales de una persona, y el daño patrimonial como el detrimento de derechos de orden económico de las personas por un tercero. Comprende la lesión a alguno de los llamados bienes de la personalidad, objeto primordial del Derecho, de características incorpóreas”*.

A definição trazida pelo Tribunal Supremo Espanhol, não se distancia das demais, a medida em que define danos morais, como aqueles que representam o impacto, dor ou sofrimento psíquico que certas condutas, atividades ou mesmo, resultados, podem produzir na pessoa afetada e cuja reparação seja dirigida a proporcionar, na medida do possível, uma compensação à aflição causada, em que a determinação compete ao julgador da instância²⁰⁰. O critério do Tribunal Supremo Espanhol é bastante amplo em relação à identificação do dano extrapatrimonial com o bem jurídico lesionado. Em seus discernimentos sobre o

¹⁹⁹ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *El resarcimiento por daño moral em España y Europa*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2007, pp. 41/42.

²⁰⁰ Vid. STS de 12 de julho de 1999 (RJ 1999/4770); STS de 31 de maio de 2000 (RJ 2000/5089).

tema, evidentemente se expande para além dos bens ou direitos da personalidade, reconhecendo em suas sentenças qualquer atentado que incide na esfera psíquica do sujeito, vítima do dano extrapatrimonial.²⁰¹.

A título de exemplo podemos citar a STS de 31 de maio de 2000²⁰², que indenizou o passageiro de um voo pela aflição, tensão, incômodo, aborrecimento, dentre outros sentimentos suportados pela vítima; A STS de 09 de fevereiro de 1998 em que uma mulher foi insultada com palavras agressivas à sua honra sexual; STS de 10 de junho de 1997, relacionada ao direito de liberdade, em que foi conferida indenização por danos morais em razão do sofrimento suportado por um militar preso injustamente por seus superiores²⁰³.

Assim, como se deduz do exposto e, em conclusão ao que os doutos doutrinadores acima muito bem expõem em suas obras, o dano moral compreende os danos que afetam o íntimo das pessoas, seu âmago, sua estrutura psicológica, espiritual. Ressalte-se ainda que, somente a pessoa lesada está em condições de dizer se houve ou não dano moral, pois somente ela tem acesso ao seu equilíbrio psíquico, ao seu íntimo.

Para reforçar um pouco mais as visualizações expostas pelos eminentes doutrinadores acima citados, convém deixar registrado o escólio do grande professor ORLANDO SOARES²⁰⁴ que, em sua obra se manifesta dizendo que *“O conceito de dano moral diz respeito à ofensa ou violação que não fere propriamente os bens patrimoniais de uma pessoa - o ofendido -, mas os seus bens de ordem moral; tais como os que se referem à sua liberdade, honra (à sua pessoa ou à sua família), compreendendo-se na idéia de honra o que concerne à fama, reputação, conceito social, estima dos outros”*.

²⁰¹ GARCIA LOPEZ, Rafael, *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina e jurisprudencia*, Ed. José María Bosh, Barcelona, 1990, p. 17.

²⁰² (RJ 2000/5089).

²⁰³ Também SSTS 27/10/1999; 27/01/1998.

²⁰⁴ SOARES, Orlando, *Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro*, 2 ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1997, p. 74.

Desta forma, após esta visualização que propicia a compreensão do instituto em análise, passemos adiante, na tentativa de distinguir danos morais de meros aborrecimentos.

3.1 Danos Morais e meros aborrecimentos

Questão muito relevante atualmente é a que discute os limites do dano moral. Se percebe um aumento constante no que diz respeito aos pedidos de indenização por dano moral, sobretudo, aqueles fundados em meros desconfortos cotidianos. Chegamos a um ponto em que é preciso distinguir quais os sentimentos suportados pela vítima que podem ser indenizados. É evidente que só se fala em reparação, estando presente o prejuízo. Porém, como se sabe, no dano moral este prejuízo é interno, e somente a vítima pode descrevê-lo com precisão. Isso causa uma incerteza no mundo jurídico. Assim, resta a pergunta: Quais os prejuízos sentimentais dão o direito à vítima de ser ressarcida?

De acordo com os ensinamentos de GIL BARRAGAN ROMERO²⁰⁵, já não se discute no plano científico, que o fato de privar alguém daquilo que faz parte de seu ser, como a paz, a serenidade, incumbe ao direito, e pode gerar o direito a reparação. Isso já é consolidado no ordenamento jurídico. Porém, há discrepâncias a respeito do alcance desse novo direito protetor, da índole da lesão, do fundamento da reparação e a forma de indenizar. Nas respostas dos autores, há soluções que vão desde a que considera indenizável uma simples moléstia que perturba a paz, até as que exigem a produção de uma dor mais importante. Outros crêem, que se deve modificar a noção atual do dano moral, para ampliar o conteúdo que geralmente se aceita, com a incorporação de novos valores jurídicos, que nem sequer dizem respeito à dor.

²⁰⁵ BARRAGAN ROMERO, *Gil, Elementos del Daño Moral*, Ed. Edino, 1995, Guayaquil – Ecuador, pp. 90/92.

PLANIOL Y RIPERT²⁰⁶ se mostram partidários da maior liberalidade no reconhecimento do direito de pedir indenização, e invocam a legitimidade de uma luta pelo direito, a fim de não deixar ninguém sem reparação.

ZAVALA DE GONZÁLEZ²⁰⁷ sugere ir “*más allá de las lágrimas*”, de modo, que não seja a paz de espírito alterada, o único fator a determinar uma demanda, e propõe a aplicação de âmbito de ressarcimento. Refere-se à existência no ser humano, de um capital moral, que se compõe de tudo que o sujeito é em sua substância, e dá exemplos de como se pode atentar contra este capital, como a cegueira, a perda do sentido, do gosto. Observa que na personalidade não há unicamente uma órbita afetiva, de sensibilidade, mas também a cognitiva e volitiva, que podem ser afetadas; podem, portanto ser constitutivas de dano moral, situações que podem causar um fato, como demência, amnésia, coma, etc. Os distúrbios da vontade que podem causar as técnicas de propaganda, manipulação psicológica, lavagem cerebral, não implicam em dor ou sofrimento algum, no entanto, não se pode negar a consumação do dano moral. Segundo a autora “*O dano moral pode consistir em uma dor física, mas também na perda de sensibilidade do corpo, como a que desencadeia a paralisia (...) Não é caso moralmente desejável sentir o próprio corpo?*”, ressalta.

Os autores se referem a um dano moral objetivo, que consiste em menosprezar a pessoa em sua vida social, e um subjetivo, que é a dor física, as angústias ou aflições do indivíduo. Para esta diferença, utilizam também

²⁰⁶ “*Pero, siempre que um derecho há sido violado injustamente – dicen – aun cuando no exista outro perjuicio que las molestias o las inquietudes que resultan de esa violación, la víctima tiene el derecho de obtener la afirmación del mismo y la sentencia condenatoria, aun cuando solo sea por las costas del juicio a títulos de daños y perjuicios, y aún, ya que las costas no comprenden todos los gastos irrogados, una suma que cubra la totalidad de estos. Es de general conveniencia que todo el mundo pued participar de esto modo a la defensa del orden jurídico concurriendo a la lucha por el derecho, según la expresión de Ihering*”. PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge, *Tratado práctico del derecho civil francés*, Edit. Cultural S.A. Habana, 1927, VI, 733.

²⁰⁷ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, *Ressarcimento de Daños*, 2 ed. Daños a las Personas, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1993, pp. 51/65.

outras denominações: danos que atentam contra a parte social do patrimônio moral, que são os que concernem a sua honra, sua reputação e danos que lesionam a sua parte afetiva, como o pesar pela morte de uma pessoa querida.

ZANNONI²⁰⁸ classifica o dano moral em direto e indireto, e diz que o primeiro é o que lesiona um interesse tendente a satisfação ou gozo de um bem jurídico não patrimonial, e indireto, quando a lesão a um interesse tendente a satisfação ou gozo de bens jurídicos patrimoniais, produz, também, o menosprezo de um bem não patrimonial.

O aspecto objetivo da personalidade moral compreende a honra, o nome, a honestidade, a liberdade de ação, a autoridade paterna, a fidelidade conjugal e o estado civil. O aspecto subjetivo, as condições legítimas, a segurança pessoal e integridade física, a intimidade, o direito moral do autor sobre sua obra e o valor afetivo sobre certos bens patrimoniais.

Consultando a jurisprudência se encontram certas medidas que os tribunais utilizam para determinar o alcance do dano. GIL BARRAGAN ROMERO²⁰⁹, diz que nestas orientações se encontram os seguintes ensinamentos: a) o simples ou passageiro incômodo não é dano moral a que se refere a lei; b) deve ter em conta a natureza do fato ilícito, a gravidade da culpa do agente e demais circunstâncias; c) o dano moral não é aquele que se traduz só em sentimentos de contrariedade, pois essa contrariedade deve afetar interesses jurídicos extrapatrimoniais; d) uma inquietude ou perturbação do ânimo originada por passageiras moléstias, não pode ser invocada como um agravo ressarcível; e) deve mediar uma conexão direta adequada com o suposto obrar antijurídico; f) o direito não ressarce qualquer dor, humilhação,

²⁰⁸ ZANNONI, Eduardo, *El daño em la responsabilidad civil*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1993, P. 298.

²⁰⁹ BARRAGAN ROMERO, Gil, *Elementos del Daño Moral*, Ed. Edino, 1995, Guayaquil – Ecuador, pp. 91/92.

aflição ou padecimento, senão aqueles aqueles que atingem verdadeiros interesses extrapatrimoniais, como a saúde, a integridade física, a honra; g) o dano moral não é equiparável nem assimilável às meras dificuldades, moléstias, inquietudes ou perturbações, considerando que essas vicitudes ou contrariedades são próprias de qualquer contigência negocial. Pensar de outro modo levaria a absurda conclusão de que toda a interpretação contraditória, ou conduta censurável no exercício dos direitos ou no cumprimento das obrigações contratuais, seria apta a gerar um dano moral indenizável.

Em razão de toda essa problemática, a doutrina e a jurisprudência brasileiras, vêm classificando os prejuízos de duas maneiras: Aqueles que causam uma dor profunda no ser humano, que ensejam a condenação em danos morais, e aqueles meros aborrecimentos que não ensejam dano moral. O Desembargador Léo Lima, no recurso de apelação nº 70031307259 claramente faz esta distinção, atentando para o fato de que meros incômodos cotidianos devem ser suportados pelo homem sem que isso gere qualquer direito a indenização por dano moral. Estes, devem ficar reservados para aquelas situações de comprovado sofrimento ou humilhação, que acarretem no indivíduo uma dor profunda, um abalo psicológico²¹⁰.

²¹⁰ Cabe aqui a transcrição do voto do desembargador Léo Lima no Recurso de Apelação Cível nº 70031307259: “Procede o apelo. Acontece que, mesmo intempestiva a contestação, não se pode ignorar os elementos de convicção colhidos nos autos. Isso porque a revelia não induz procedência do pedido, nem afasta o exame de circunstâncias capazes de qualificar os fatos fictamente comprovados. Conforme já pronunciou o STJ: “A falta de contestação conduz a que se tenham como verdadeiros os fatos alegados pelo autor. Não, entretanto, a que necessariamente deva ser julgada procedente a ação. Isso pode não ocorrer, seja em virtude de os fatos não conduzirem às conseqüências jurídicas pretendidas, seja por evidenciar-se existir algum, não cogitado na inicial, a obstar que aquelas se verifiquem” (Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvea, CPC e legislação processual em vigor, nota 6 ao art. 319, 41ª edição, 2009). Trata-se, pois, de presunção relativa, quanto à veracidade dos fatos alegados pelo autor, em face da revelia, podendo o juiz ceder a outras circunstâncias constantes dos autos, para formar o seu convencimento. **No caso, pelo que se observa, o demandante procura dar uma dimensão exagerada para a reparabilidade do dano moral, a partir de situação que não chega a caracterizar uma dor, um sofrimento, mas apenas um transtorno, um dissabor que se deu a partir do anúncio de um mesmo produto, com preços diferentes, por parte do supermercado réu. Conforme doutrina autorizada de José de Aguiar Dias, amparado em Minozzi, há que se compreender o dano moral em relação ao seu conteúdo, que: “... não é o dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado” (Da Responsabilidade Civil, vol. II, nº**

MARCIUS GERALDO PORTO DE OLIVEIRA²¹¹ em importante contribuição ao tema, ensina, que o objeto dessa reparação é a consciência humana, e o critério mais objetivo para a identificação do dano deve levar em consideração os conceitos de prazer, desprazer e os efeitos que essas sensações causam ao corpo humano.

Segundo este autor, com a evolução dos estudos da neurociência já é possível concluir que substâncias químicas, chamadas neurotransmissores e hormônios, interagem permanentemente nessas sensações. Os resultados

226, pág. 730, Ed. Forense, 1994). A propósito, Sergio Cavalieri Filho bem enaltece: “... 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 aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo” (Programa de Responsabilidade Civil, pág. 105, 6ª ed., 2005). Embora seja inegável a indignação do autor, ao verificar que o fardo contendo 12 cervejas custava mais caro do que seu preço unitário, não obstante estar anunciado na promoção “Leve Mais Pague Menos”, isso não chega a atingir a honra do consumidor.(GRIFEI) Até porque, o autor poderia ter evitado todo o transtorno e constrangimento relatados, se tivesse optado por adquirir, individualmente, as 12 latinhas de cerveja, pelo preço de R\$ 1,19, ao invés do fardo, que saía mais caro (R\$ 16,20). Na verdade, a situação vivenciada pelo demandante, não raras vezes, é enfrentada pela maioria dos consumidores, que se dirigem aos estabelecimentos comerciais, especialmente, supermercados, e acabam constatando divergência de preços em relação a um mesmo produto. Contudo, trata-se de aborrecimento que extrapola a esfera individual e não chega a caracterizar dano moral, ainda mais quando o próprio consumidor dá ensejo ao contratempo. Merece destaque que o demandante, sequer, pleiteia indenização por danos materiais (fl. 20), em razão da diferença de preço encontrada no mesmo produto, já que adquiriu tanto o fardo quanto a cerveja individual (fl. 14). Aliás, o autor não foi obrigado a comprar o fardo de cervejas, pagando, por cada uma, R\$ 1,3. Ora, se o autor verificou que o preço da cerveja do fardo era superior ao produto vendido individualmente, deveria ter solicitado a troca do fardo por 12 latinhas individuais, o que lhe deixaria, certamente, satisfeito e evitaria aborrecimentos. Embora seja direito do consumidor a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, à luz do art. 6º, IV, do CDC, nem sempre ela acarreta danos, o que deve ser analisado caso a caso. Assim, não restando caracterizado o dano moral nas circunstâncias, não há falar em responsabilidade civil. Ante o exposto, dou provimento ao apelo, para julgar improcedente a ação. Com isso, arcando, o autor, com as custas processuais e a verba honorária de 10% sobre o valor atribuído à causa, com suspensão da exigibilidade, por litigar ao abrigo da gratuidade de justiça”. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto (REVISOR) - DE ACORDO COM O(A) RELATOR(A). Des. Gelson Rolim Stocker - DE ACORDO COM O(A) RELATOR(A). DES. LEO LIMA - PRESIDENTE - APELAÇÃO CÍVEL Nº 70031307259, COMARCA DE PORTO ALEGRE: "PROVERAM. UNÂNIME." Julgador(a) de 1º Grau: NELITA DAVOGLIO.

²¹¹ PORTO DE OLIVEIRA, Marcius Geraldo, *Dano Moral – Proteção Jurídica da Consciência*, 3ª ed, Ed. LED – Ed. de Direito LTDA, São Paulo, 2003, pp. 76/80.

dessa interação podem ser satisfatórios ou danosos ao corpo, com conseqüências transitórias ou permanentes. A consciência e a mente processam as sensações mediante mecanismos internos e externos, com base em todos os fatos comuns e também nas lesões morais. O processamento se dá mais ou menos da seguinte forma: a pessoa está caminhando e, de repente depara-se com uma cobra. Seu medo, já concebido no cérebro, faz com que o corpo aumente a produção de adrenalina, a constrição dos vasos sanguíneos e a liberação de determinados hormônios. Então, a pessoa se prepara para a luta ou fuga. Uma cadeia de células passam a trabalhar, no sentido de preparar o corpo para a corrida, defesa ou ataque. Se essa situação se prolongar por muito tempo, seu organismo começa a produzir hormônio denominado cortisol, uma substância química que destrói as células e leva ao estresse vários órgãos do corpo humano. Repentinamente a pessoa verifica que aquela cobra é de borracha e que alguém está fazendo uma brincadeira. A consciência modifica o comando e determina o relaxamento dos órgãos internos. Cessa a produção de adrenalina e cortisol, voltando ao normal os vasos sanguíneos. Acaba a situação de estresse e eventualmente alguma lesão pode ter se verificado no sistema endócrino ou outra parte do corpo, mesmo depois do novo comando.

Essa situação de estresse é verificada em todas as ofensas morais. O grau da lesão depende da forma como a pessoa ofendida lida com o tipo de agressão na consciência e como o seu organismo reage a situações de estresse.

Um médico norte-americano, ROBERT GOLMAN²¹², estudou os danos provocados pelo estresse e concluiu que ele pode causar úlceras pépticas no estômago e intestino grosso, hipertensão arterial, problemas cardíacos, problemas no sistema nervoso e envelhecimento prematuro do cérebro e sistema nervoso. Assim, aborrecimentos alimentam o estresse e a menor

²¹² GOLDMAN, Robert, *A saúde do cérebro*, 2ª ed, Ed. Campus, Rio de Janeiro, pp. 130/133.

amolação produz uma reação psicológica e fisiológica séria. Ainda complementa, dizendo que explosões rápidas de estresse, provocadas por eventos incontrolláveis e que se dissipam em pouco tempo, são menos nocivos do que o estresse contínuo²¹³.

Conclui MARCIUS GERALDO PORTO DE OLIVEIRA²¹⁴ que os danos morais atingem a consciência, provocando uma reação química no organismo e esse processo químico pode levar ao estresse rápido ou prolongado, gerando sintomas emocionais, comportamentais e cognitivos.

Assim, tomando por base tais ensinamentos, é possível afirmar que somente aquelas situações de estresse prolongadas, que de fato causam dano sério ao indivíduo devem ser reparadas por meio de indenização, sob pena de se estar banalizando o instituto.

Aquele estresse rápido, passageiro, é classificado pela doutrina como “mero aborrecimento”, e como tal, não merece a tutela do direito, eis que faz parte dos dissabores que a vida apresenta. Logo, se um indivíduo teve seu nome inscrito indevidamente em um órgão restritivo de crédito, e em razão disso, passou por alguma situação vexatória que lhe causou um estresse prolongado, fará jus à reparação pelo prejuízo sofrido na esfera moral. Já em um acidente de trânsito, por exemplo, em que houve danos apenas materiais, terá direito de ressarcimento apenas com relação a estes, pois se trata de um dissabor, de um aborrecimento, ao qual, todos estão sujeitos.

Nem todo mal-estar pode causar dano moral, porque se visto dessa forma, qualquer abespinhamento propiciaria o exurgimento do dano moral.

²¹³ GOLDMAN, Robert, *A saúde do cérebro*, 2ª ed, Ed. Campus, Rio de Janeiro, pp. 166/169.

²¹⁴ PORTO DE OLIVEIRA, Marcius Geraldo, *Dano Moral – Proteção Jurídica da Consciência*, 3ª ed, Ed. LED – Ed. de Direito LTDA, São Paulo, 2003, p. 80.

Qualquer modificação no espírito, ainda que fugaz, ou aquele momento passageiro de ira, poderia causar indenização. Isso, sem contar que existem pessoas de suscetibilidade extremada. Sob qualquer pretexto, ficam vermelhas, raivosas, enfurecidas. Não se pode dizer que não houve lesão a algum sentimento. Porém, seria reduzir o dano moral a mera sugestibilidade, ou proteger alguém que não suporta nenhum aborrecimento trivial²¹⁵.

A problemática dos “meros aborrecimentos” como ensejadores de indenizações por danos morais é, sem dúvida, merecedora de muita atenção por parte dos operadores do direito, a fim de preservar o verdadeiro sentido do instituto, evitando que meros desprazeres cotidianos originem indenizações absurdas. Contudo, o que se vê é uma multiplicação de ações judiciais pleiteando indenizações por dano moral, por ter sofrido um simples incômodo. Sabemos que a indenização por dano moral deve ficar reservada para aquelas situações em que o sujeito é vítima de um grave abalo emocional, cujas conseqüências são evidentes²¹⁶.

Existe para todos uma obrigação genérica de não prejudicar, exposto no

²¹⁵ JEOVÁ DOS SANTOS, Antonio, *Dano Moral Indenizável*, 4ª ed, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, pp. 110/111.

²¹⁶ Nesse sentido a jurisprudência espanhola na STS de 31 de maio de 2000: “*puede decirse que el daño moral es el impacto o sufrimiento físico espiritual producido por la agreción directa al acervo espiritual, pero a su vez constituye una noción dificultosa, relativa y imprecisa, y considera que dicho daño no puede derivarse de las simples molestias, ni aburrimiento, enojo o enfado, pero si lo aprecia em supuestos de impotência, zozobra, ansiedad o angustia, o en lo de aficción o perturbación de alguna entidad (sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad influya em la traducción econômica), concluyendo por conceder indemnización al perjudicado por retraso de diez horas em um viaje aereo como consecuencia de las horas de tensión, incomodidad y molestias producidas por uma demora importante de um vuelo que carece de justificación alguna (..)*”. Grifamos.

Jurisprudência Brasileira: Apelação Cível Nº 70045779311, do TJ/RS: “O mero aponte a protesto, sem perfectibilização da medida, não é, por si só, fato gerador de dano moral. Trata-se de mero aborrecimento decorrente das rotinas comerciais, assim como o envio de cartas de cobrança. 2. Caso concreto em que a autora não comprovou fato constitutivo de seu direito, nos termos do art. 333, inciso I, do CPC. Precedentes. APELO DESPROVIDO, POR DECISÃO MONOCRÁTICA. (Apelação Cível Nº 70045779311, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 27/01/2012)”.

princípio *Neminem Laedere*²¹⁷. Por outro lado, existe também um direito genérico, de ser ressarcido, que assiste a toda pessoa que invoque e prove que foi afetada em seus sentimentos. Esse princípio, porém, sofre mitigação quando se trata de indenização por dano moral, pois o simples desconforto não pode justificar a indenização. Para que exista dano moral é necessário que a ofensa tenha alguma grandeza e esteja revestida de certa importância e gravidade²¹⁸.

3.2 A má-fé dos demandantes nas ações de danos morais almejando enriquecimento ilícito

No ponto anterior tratamos dos “meros aborrecimentos” como ensejadores de indenização por danos morais, e demonstramos a preocupação dos operadores do direito, sobretudo em razão do aumento significativo de demandas judiciais fundamentadas em meros desconfortos cotidianos.

Outra questão que também vem perturbando o âmbito jurídico é a má-fé de alguns demandantes, que se utilizam do instituto do dano moral para obter enriquecimento ilícito, muitas vezes, criando situações inexistentes, ou seja, verdadeiras simulações de “dano moral”.

Essa situação é crescente, tornando-se cada vez mais preocupante. Levando em consideração a possibilidade de um ganho fácil, as pessoas criam

²¹⁷ Este princípio é um dos fundamentos da responsabilidade civil e consubstancia a vedação de uma pessoa, com seus atos, de ofender ou causar danos aos outros na vida em sociedade. A pessoa deve agir de tal forma, que não cause prejuízos às demais. No entanto, causando prejuízo fica obrigada a repará-los. Esse princípio, quando se fala em dano moral, não é aplicado em sua plenitude, justamente para excluir da esfera da indenização aqueles meros aborrecimentos.

²¹⁸ GEOVÁ DOS SANTOS, Antonio, *Dano Moral Indenizável*, 4ª ed, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, pp. 111/112.

situações para se tornarem vítimas, e assim, conseguir uma indenização.

De acordo com ANTONIO JEOVÁ DOS SANTOS²¹⁹, há quem torça para ser ofendido, há quem pague conta em agência bancária diversa daquela em que seu título de crédito se encontra, para contar com a dificuldade na comunicação interna das agências bancárias para, depois, auferir lucro; e há inclusive, quem provoque seguranças em supermercado para ver se é acusado de furto de algum objeto de pequeno valor para pleitear vultosas indenizações por danos morais.

Em razão dessa prática cada vez mais comum, os Tribunais brasileiros estão se vendo obrigados a tomar providências sérias, na tentativa de coibir tal comportamento²²⁰. Exemplo disso é a Apelação nº 0029892-23.2009.8.26.0071

²¹⁹ JEOVÁ DOS SANTOS, Antonio, *Dano Moral Indenizável*, 4ª ed, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p. 119/120; Ainda segundo este autor: *"Em nossa atividade profissional, tivemos oportunidade de julgar pleito de indenização por dano moral de pessoa que se sentiu tripudiada porque um lava-jato danificou o veículo. O dano moral, segundo a petição inicial, ocorrera pelo só fato de um preposto do lava-jato não ter atendido a autora da ação com carinho ou com zelo, mas simplesmente por ter dito que o seguro cobriria todo o prejuízo. Evidente que a ação foi julgada improcedente, porque difícil a configuração do dano moral em caso como o retratado"*.

²²⁰ *"Os juízes estão dando respostas duras a pedidos de danos morais considerados sem fundamento, numa tentativa de conter a avalanche de ações que toma conta de seus gabinetes. Recentemente, o magistrado Luiz Gustavo Giuntini de Rezende, do Juizado Especial Cível e Criminal de Pedregulho (SP), desabafou em sua decisão sobre um caso envolvendo um cliente do Banco do Brasil que foi impedido de entrar em uma agência bancária pelo travamento da porta giratória. "O autor não tem condição de viver em sociedade. Está com a sensibilidade exagerada. Deveria se enclausurar em casa ou em uma redoma de vidro, posto que viver sem alguns aborrecimentos é algo impossível", diz o juiz na sentença. O número de processos com pedidos de danos morais vem crescendo ano a ano. Levantamento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ), feito a pedido do Valor, mostra um aumento de 3.607% na distribuição de ações na comparação entre 2005 e 2010 - de 8.168 para 302.847. Com isso, acabam subindo mais recursos ao Superior Tribunal de Justiça (STJ). Em 2000, foram autuados 1.421. No ano passado, 10.018. "Esse aumento é reflexo do amadurecimento da sociedade brasileira, cada vez mais consciente dos seus direitos e da necessidade de vê-los reconhecidos. Nesse processo, é natural que alguns se excedam, sobretudo até que se estabeleçam os limites do que é razoável ser indenizado", afirma a ministra Nancy Andrighi, do STJ. "Cabe ao Poder Judiciário, através de suas decisões, fixar esses limites, rejeitando pedidos exagerados." Em Pedregulho, o juiz Luiz Gustavo Giuntini de Rezende considerou o pedido exagerado e foi direto ao ponto. Nas primeiras linhas da decisão afirma que "o autor quer dinheiro fácil". Para ele, o simples fato dele ter sido barrado na agência bancária não configuraria dano moral. Segundo o magistrado, em nenhum momento o consumidor disse que foi ofendido, "chamado de ladrão ou qualquer coisa que o valha". "O que o ofendeu foi o simples fato de ter sido barrado - ainda que por quatro vezes - na porta giratória que visa dar segurança a todos os consumidores da agência bancária", diz o juiz, acrescentando que o autor precisa "aprender o que é um verdadeiro sofrimento, uma dor de verdade". E vai mais além: "Quanto ao dinheiro, que siga a velha e tradicional fórmula do trabalho para consegui-lo." O autor já*

do Tribunal de Justiça de São Paulo, que inclusive condenou a parte autora por litigância de má-fé.²²¹ A demandante alegava que desconhecia a dívida cobrada, pois jamais teria tido qualquer relação jurídica com a empresa. No entanto, o desembargador Elcio Trujillo, da 7ª câmara do TJ/SP, constatou que havia um contrato entre o consumidor e a Empresa Vivo, inclusive com a assinatura do autor da ação, que foi declarada autêntica após realização de perícia. Com isso, o Desembargador entendeu que ficou configurada litigância de má-fé e tentativa de enriquecimento ilícito, uma vez que pedia indenização de 50 salários mínimos. Por isso, além de ter seu pedido negado, o autor da ação foi condenado a pagar multa de 1% e indenização de 20% sobre o valor atualizado da causa, além de arcar com custas judiciais, despesas e honorários²²².

No ordenamento jurídico espanhol também encontramos previsão legal do princípio da boa fé processual, que deve nortear a demanda judicial. O artigo 247 da Lei de Enjuiciamiento Civil (Lei 1/2000, de 7 de janeiro), no parágrafo 2º deixa claro que *“Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal”*. Ademais, também este artigo, prevê a possibilidade do Tribunal fixar uma multa, sempre que alguma das partes atuar infringindo o Princípio da boa fé processual²²³.

recorreu da decisão”. Texto publicado no site da Associação dos Advogados de São Paulo, no dia 26 de agosto de 2011, (WWW.aasp.org.br).

²²¹ A condenação por litigância de má-fé encontra previsão no Código art. 17 do Código de Processo Civil Brasileiro. De acordo com o inciso III deste diploma, reputa-se litigante de má-fé, aquele que usar o processo para conseguir objetivo ilegal.

²²² Também nesse sentido: Apelação cível do TJ de São Paulo nº 1.161.790- 4, Relator Des. James Siano, 29.01.2008; Apelação cível do TJ de São Paulo nº 990.10.261168-0, Relator Des. Vito Guglielmi, 05.08.2010; Apelação do TJ do Rio Grande do Sul nº 70046020376, Relator Des. Tasso Caubi Soares Delabary, 19/12/2011, Apelação do TJ do Rio Grande do Sul nº 70046369948, Relator Des. Nara Leonor Castro Garcia, 15/12/2011.

²²³ Artigo 247 da Lei de Enjuiciamiento Civil (Lei 1/2000, de 7 de janeiro):

“Artículo 247. Respeto a las reglas de la buena fe procesal. Multas por su incumplimiento.

1. Los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe.

2. Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

Acreditamos que é esta postura firme por parte dos julgadores do direito que irá aos poucos desencorajar demandas descabidas, que objetivam, tão somente, ganho fácil.

Todavia, em que pese o Brasil e a Espanha repudiarem esse comportamento dos demandantes, que muitas vezes criam uma situação de “danos morais”, ou então, pretendem uma indenização alegando danos que não passam de “meros aborrecimentos”, outros ordenamentos como o norte-americano, não possuem a mesma postura. Pelo contrário, encorajam o pedido de indenizações, fixando somas altíssimas em situações, que muitas vezes sequer se vislumbra algum moral. São os *punitive damages*.

Os *punitive damages* tem por objetivo punir o agente infrator pelo dano causado à vítima. Isso, por si só, já é algo questionável, tendo em vista que a finalidade primordial do direito civil não é essa. Acreditamos que deve haver uma finalidade pedagógica na indenização para reprimir a incidência, todavia, nunca dissociada da idéia de reparação do prejuízo – ou da compensação nos danos morais. Contudo, o que vislumbramos neste sistema norte-americano, é que o caráter punitivo é predominante, e em determinados casos, a vítima contribui sobremaneira para o evento danoso, e isso, não impede a fixação elevada das indenizações, o que acaba por incentivar, muitas vezes, pedidos descabidos.

3. Si los Tribunales estimaren que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrán imponerle, en pieza separada, mediante acuerdo motivado, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de ciento ochenta a seis mil euros, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio. Para determinar la cuantía de la multa el Tribunal deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate, así como los perjuicios que al procedimiento o a la otra parte se hubieren ^{podido} causar. En todo caso, por el Secretario judicial se hará constar el hecho que motive la actuación correctora, las alegaciones del implicado y el acuerdo que se adopte por el Juez o la Sala.

4. Si los tribunales entendieren que la actuación contraria a las reglas de la buena fe podría ser imputable a alguno de los profesionales intervinientes en el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, darán traslado de tal circunstancia a los Colegios profesionales respectivos por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria”.

Caso famoso é o de Sttela Liebeck, a senhora de 79 anos que ajuizou demanda contra a rede McDonald's, e levou uma indenização altíssima. A demandante havia comprado um café na referida rede de lanchonetes, e ao dar partida em seu automóvel, derramou a bebida no colo sofrendo queimaduras. Alegou que a temperatura do café era muito alta, o que ocasionou queimaduras sérias. O júri concedeu razão à Sra. Liebeck, atribuindo a quantia de US\$ 200 mil por danos compensatórios, reduzidos em 20% porque ela havia contribuído para o acidente, e US\$2.7 milhões por danos punitivos. O juiz reduziu a quantia punitiva para US\$540 mil, calculando os danos punitivos como o triplo do valor dos danos compensatórios²²⁴.

Ainda a título de exemplo, na obra de YZQUIERDO TOLSADA²²⁵, constam as seguintes situações: a) uma mulher de cinquenta e dois anos, que caiu em uma escada, obteve nove milhões de dólares a título de indenização (11.03.1980); b) Uma pessoa que perdeu a mobilidade das pernas em um acidente de caça recebeu cerca de sete milhões de dólares na ação contra o fabricante da arma (23.10.1978); c) Os pais de uma menina violentada sexualmente pediram onze milhões de dólares a uma rede de televisão somente porque, algum tempo antes, havia projetado filme de teor violento (09.08.1978).

Esses são apenas alguns exemplos em que as cortes norte-americanas fixaram indenizações milionárias²²⁶ e demonstram o absurdo de tal

²²⁴ LIEBECK v. McDonald's Restaurants. P.T.S, Inc., CV-93-02419.

²²⁵ TOLSADA, Yzquierdo, La Responsabilidad civil Del profesional liberal, Ed. Reus, Madri, 1989, pp. 2 e SS.

²²⁶ Outros casos mais recentes: Bell vs. Dresser Industries Inc., Nº. A-920,961-SC19 (Orange Co., Texas, Dist. Ct.), Objeto: Danos causados pela ingestão de amianto, data do julgamento: 12/09/2001, **Total da condenação: US\$ 130 milhões** = US\$ 30 milhões em danos compensatórios + **US\$ 100 milhões em danos punitivos**; Cable & Computer Technology Inc. vs. Lockheed Sanders, Nº. CV97-5315 (C.D. Calif.), Objeto: ação civil pública envolvendo rescisão contratual, data do julgamento: 05/04/2001, **Total da condenação: US\$ 64,5 milhões** = US\$ 11,2 milhões em danos compensatórios + **US\$ 53,28 milhões em danos punitivos**. MARZAGÃO BARBUTO NETO, Antônio; PENTEADO MANENTE, Virgílio P., *Os danos punitivos do Direito Norte-Americano e sua incompatibilidade com o ordenamento*

sistema. Evidente que deve ser feita uma ressalva, porque em determinados casos, de fato, está presente o dano moral, no entanto, chama a atenção a desproporcionalidade entre o dano sofrido pela vítima e o valor da indenização.

Sabemos que a quantificação do dano moral, é certamente uma das tarefas mais difíceis que compete ao julgador, porque não são bens avaliáveis economicamente, por isso, nem mesmo se fala em reparar o dano, mas sim em compensá-lo. Todavia, esse valor fixado a título de “compensação” não deve ultrapassar os limites impostos pelo bom senso, de modo que o objetivo que deve nortear o julgador é sempre o da justiça, e não cremos que buscar justiça seja fixar somas “milionárias” sob a intitulação de “danos morais”. Em razão disso, repudiamos tal sistema, e clamamos por julgadores comprometidos com a realidade social a que pertencemos.

jurídico brasileiro, Revista Jus Vigilantibus – WWW. Jusvi.com -, Segunda-feira, 30 de dezembro de 2002, acessada em 10 de janeiro de 2012.

4 O tratamento do dano moral na vigente legislação brasileira

A partir da Constituição Federal de 1988, o dano moral no Brasil não mais pode encontrar óbice ao seu reconhecimento, pois encontra-se albergado em seara constitucional. Além disso, mais um reforço foi dado ao reconhecimento definitivo do dano moral. Esse reforço veio por meio do Novo Código Civil, aprovado pela Lei nº 10.406/02. O Código Civil de 1916, em seu art. 159, fazia referência ao dano, todavia o faz de forma muito genérica, não especificando quais danos. Evidente que, conforme dito alhures, isso jamais foi óbice ao reconhecimento dos danos morais, haja vista o fato de que o art. 76 do Código Civil de 1916 diz que, para propor ação é necessário ter legítimo interesse econômico ou moral, assim, se o interesse moral é suficiente para propor ação, evidentemente que, se tal interesse for lesionado, isso dará ensejo para que seja indenizado.

O novo Código Civil, Lei nº 10.406/02, fruto do anteprojeto nº 634-B/75, representou uma grande evolução na parte atinente à responsabilidade civil.

No Título III, do Livro II, que trata dos atos ilícitos, tratou da questão do dano, com muito mais profundidade que o Código Civil de 1916.

O Código Civil de 1916 tratava da questão do dano no Título II, do Livro III, mas o fazia em apenas dois artigos que não conseguiam tratar de forma abrangente a questão concernente ao dano. Como exemplo dessa assertiva, podemos citar o art. 159: *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”*.

O artigo transcrito acima mencionava que o agente causador do dano ficava obrigado a repará-lo. Mas não fazia menção às espécies de dano. Não mencionava de forma expressa, se o dano moral podia ser reparado, ou se devia ficar sem reparação. Afinal, o dano moral é uma espécie de dano que não pode ser ignorado, pois, existe. É evidente que não pode ser visualizado, mas isso não significa que não se possa fazer presente. Como já dissemos, o ar também não pode ser visto, mas nem por isso deixa de existir.

Posteriormente, o Código Civil de 1916, em apenas mais um artigo, tratava das hipóteses em que, mesmo havendo um comportamento positivo do agente (ação), havendo um dano e estando presente o nexo de causalidade, mesmo assim não haveria dever de indenizar, pois assim como no direito penal²²⁷, estaria se tratando das causas excludentes de ilicitude, que são: o estado de necessidade, o exercício regular de um direito reconhecido e a legítima defesa. Estas excludentes, no Código Civil de 1916, estavam expressas no art. 160, I e II. De acordo com este, não constituíam atos ilícitos, os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido, bem como a deterioração ou destruição de coisa alheia para remover perigo iminente.

Atualmente, o Código Civil encarta as causas de irresponsabilidade em

²²⁷ No direito penal, as excludentes de ilicitude estão previstas no art. 23, incisos I, II e III do Código Penal e sua definição conceitual aplica-se integralmente às causas de irresponsabilidade estatuídas no Código Civil, tanto de 1916 quanto no atual. Esta notícia vem confirmar a assertiva de que, deveras, a responsabilidade é um instituto jurídico que põe em contato direto e íntimo dois ramos do direito antagônicos, quais sejam, o direito penal e o direito civil.

seu art. 188, incisos I e II²²⁸, elencando a legítima defesa, o exercício regular de um direito e a deterioração ou destruição de coisa alheia ou lesão à pessoa para remover perigo iminente.

O novo Código Civil, tratou, na parte atinente aos atos ilícitos, de forma muito mais completa, sobre o núcleo etiológico da responsabilidade civil: o dano.

Em seu art. 186, deixa claro que indenizado será aquele que sofrer um dano, mesmo que exclusivamente moral. Assim, de forma muito lúcida e como meio de dirimir qualquer sombra de dúvidas, o legislador de 2002 reconheceu o patrimônio moral da pessoa humana como merecedor de proteção, como merecedor de respeito.

É evidente que, com o advento da Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, V e X, essa questão já havia sido superada, pois, consoante os incisos acima citados, a Carta Magna albergou a proteção do patrimônio moral de forma indubitável.

Todavia, não podemos negar que uma lei federal de abrangência nacional, que tem por escopo primordial, regular uma das esferas mais amplas e complexas do relacionamento humano, qual seja, a privada, a da individualidade, ao reconhecer o patrimônio moral como digno de proteção e, estabelecendo o dever de indenizar, em caso de lesão ao mesmo, representa uma evolução no campo da responsabilidade civil, e um chancelamento definitivo no sentido de se reconhecer o patrimônio moral como direito inafastável e intrínseco do ser humano.

²²⁸ Assim dispõe textualmente o art. 188 do Estatuto Civil de 2002: Art. 188. 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.

5 Danos Puramente Morais e Danos Patrimoniais

5.1 Danos Extrapatrimoniais

A doutrina, ao analisar a questão dos danos morais utilizou, como sinônimo destes o termo danos extrapatrimoniais. Justamente pelo fato de que o dano moral situa-se extra-patrimônio, ou seja, fora do patrimônio material. Danos extrapatrimoniais são aqueles danos que atingem bens imateriais do sujeito, por isso, podemos dizer que todo dano moral é um dano extrapatrimonial.

Entretanto, a questão ganhou abrangência. Procedeu-se à constatação de que uma gama muito maior de danos que, apesar de se situarem no âmbito extrapatrimonial não estavam localizados de forma precisa no âmago da pessoa, em sua psique. E a verificação de tais danos conduz inexoravelmente, a conseqüências moralmente danosas.

Com o desenvolvimento tecnológico e, atualmente, com o biotecnológico, a gama de bens extrapatrimoniais ampliou-se consideravelmente, como foi dito linhas acima.

Com o desrespeito à natureza, surge um direito que deve ser veementemente tutelado. O direito a um meio ambiente equilibrado e preservado. Atualmente, com o desenvolvimento acelerado do Projeto Genoma Humano, o que possibilitou aos cientistas a manipulação da vida e a detecção em cada indivíduo da suscetibilidade de cada qual às mais variadas doenças, gerou-se a possibilidade de grandes e constantes desrespeitos à pessoa humana, num ato de total invasão de privacidade que deve ser coibido a todo custo. Havendo a possibilidade de, inclusive, munido de um mapa genético de determinada pessoa, um dado empregador se recusar a empregá-la, por constar no citado mapa que tal indivíduo é suscetível a determinadas doenças, criando-se, dessa forma, uma "*discriminação genética*". Logo, surge um direito à inviolabilidade genética, que deve ser respeitado a todo custo. O desrespeito a estes direitos gerará inquestionavelmente um direito à reparação por danos morais, pois, por exemplo, se alguém se apropria do material genético de uma pessoa e, utilizando-se do mesmo sem permissão, passa a cloná-lo, gera uma situação de desrespeito ao patrimônio alheio, tanto material como moral. Mas, a distinção se faz necessária, não apenas por questões acadêmicas, mas também e principalmente, para que haja uma regulamentação específica para cada situação e para cada direito.

Há, inclusive, modernamente, o entendimento de que há a possibilidade de se intentar ações coletivas para a salvaguarda e reparação de tais danos, pois lesões a estes bens específicos causam danos de ordem moral a um número indeterminado de pessoas. Há interesses coletivos e difusos, que podem e devem ser resguardados.

Quem melhor explana essa questão dos danos extrapatrimoniais é Norberto Bobbio, citado pelo professor SÉRGIO SEVERO²²⁹. Diz ele, que essa multiplicação (ia dizendo 'proliferação') ocorreu de três modos: a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato,

²²⁹ SEVERO, Sérgio, *Os Danos Extrapatrimoniais*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1996, p. 171.

mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc. Em substância: mais bem, mais sujeitos, mais status do indivíduo.

Assim, os danos extrapatrimoniais são o gênero, dos quais os puros danos morais são a espécie. Outras espécies de danos extrapatrimoniais são os danos causados ao meio ambiente, à destruição do patrimônio histórico, cultural e arqueológico de um povo, dentre outros.

Entretanto, devido ao fato da doutrina ter consagrado a expressão danos extrapatrimoniais como sinônima dos danos morais, muitos escritores utilizam ambas as expressões para designar os danos morais puros. Todavia, doravante, esta distinção se impõe, pois um é espécie do outro, que é gênero.

Assim, os danos extrapatrimoniais não estão restritos a um "*numeros clausus*", a uma catalogação restrita, mas sim flexível, que tende a mudar com o desenvolvimento da sociedade, suscetível de sofrer influências do tempo e do espaço. Enfim, os danos extrapatrimoniais não encontram um elenco fechado de situações que possam ser analisadas à revelia da experiência jurídica; ao contrário, estabelecem uma relação de harmonia com a realidade social, ou seja, a teoria dos danos extrapatrimoniais transforma as relações sociais que, por sua vez, modificam a referida teoria. Em verdade os direitos da personalidade não podem ser representados por um "*numeros clausus*". Desta forma, há um direito geral da pessoa, baseado em princípios constitucionais, abrindo-se espaço para o desenvolvimento de novos direitos específicos, a partir das manifestações tecnológicas, históricas e culturais²³⁰.

5.2 Danos Morais Puros

²³⁰ SEVERO, Sérgio, *Os Danos Extrapatrimoniais*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1996, p. 177 e 228.

Sendo os danos morais puros, ou simplesmente danos morais, uma espécie do gênero danos extrapatrimoniais, compete agora individualizá-los, simplificá-los, transformá-los numa categoria cognoscível mais simples.

No âmbito da responsabilidade civil, o dano que se revela importante é aquele que constitui requisito da obrigação de indenizar. Assim, há que ser ter em mente a importância da divisão dos danos em patrimoniais e morais²³¹.

Conforme os ensinamentos de RONALDO ALVES DE ANDRADE²³², a noção de dano só patrimonial compreende um conceito por demais amplo, pelo qual o patrimônio de uma pessoa seria o conjunto de direitos, englobando os bens materiais e imateriais. Assim, como nesta visão estão incluídos os bens imateriais, poder-se-ia afirmar que nestes estaria incluído o dano moral. Entrementes, a perfeita caracterização jurídica de dano material envolve somente os direitos de natureza econômica, ou seja, aqueles que podem ser reduzidos a valor pecuniário, portanto, o dano patrimonial caracteriza-se pela diminuição econômica do patrimônio – bens materiais e bens imateriais -, podendo ser aferido por simples cálculo aritmético, subtraindo-se do patrimônio existente antes do evento danoso o patrimônio que restou depois deste evento, o resultado será o dano experimentado pelo lesado.

SANTOS BRIZ²³³ ressalta a importância da distinção entre danos patrimoniais e morais, e com simplicidade, conceitua danos patrimoniais como aqueles valoráveis em dinheiro. Segundo ele: *“Daños patrimoniales y daños Morales. Es ésta una de las clasificaciones más importantes de los daños y, sin duda, la que más atención há merecido de la doctrina. Son daños patrimoniales los que producen um menoscabo valorable em diñero sobre intereses patrimoniales del perjudicado. Daños no patrimoniales son em*

²³¹ AGUIAR DIAS, José de, *Da responsabilidade civil*, 8ª ed., V. II, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1987, pp. 836.

²³² ALVES DE ANDRADE, Ronaldo, *Dano Moral à pessoa e sua valoração*, Ed. Juarez de Oliveira, São Paulo, 2000, pp. 5.

²³³ SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil*, 4ª Ed., Ed. Montecorvo, S.A., Madrid, 1986, p. 149.

principio aquellos cuya valoración em dinero no tiene la base equivalencial que caracteriza a los patrimoniales, por afectar precisamente a elementos o intereses de difícil valoración pecuniária”.

O prejuízo suscetível de apreciação pecuniária, materializado por um dano emergente ou por lucro cessante, é o dano patrimonial, segundo ANTONIO JEOVÁ DOS SANTOS²³⁴. Explica o autor, que o dano patrimonial recai sobre os bens e coisas da vítima, sobre o seu patrimônio e posses. No dano emergente, a quantificação é exata, existindo lógica relação entre o que a vítima desembolsou ou vai desembolsar para repor seus bens no estado anterior, de forma íntegra. A apreciação do montante indenizatório é, em regra, preciso. Quanto aos lucros cessantes, aquilo que a vítima poderia ter acrescido ao seu patrimônio, se não adviesse o ato lesivo, a apreciação pecuniária reveste-se de certa dificuldade, mas não impede a aproximação com aquilo que, normalmente, a vítima teria ganhado.

Parece ser unânime entre os doutrinadores, o fato de que o dano material é aquele que pode ser traduzido em uma soma pecuniária, e em razão disso, não há maiores dificuldades, seja de conceituação, seja de auferição.

Por outro lado, existem os danos morais, que ao contrário daqueles, concentram as maiores discussões doutrinárias, tendo em vista a dificuldade de conceituação, a dificuldade de auferição do *quantum* indenizatório e de todas as demais questões atinentes ao instituto.

Porém, antes de abordarmos a abrangência do dano moral, na tentativa de identificar quais os bens e interesses que, uma vez atingidos, podem configurar danos morais, entendemos conveniente expor o ensinamento trazido por SESSAREGO, segundo o qual, devemos considerar os danos subjetivos e os danos objetivos. Os danos subjetivos são aqueles que atentam contra o sujeito de direito, quer dizer, contra o ser humano em qualquer etapa de seu desenvolvimento existencial, são os danos à pessoa, como geralmente

²³⁴ JEOVÁ DOS SANTOS, Antonio, *Dano Moral Indenizável*, 4ª ed, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, pp. 114/115.

conhecidos, e incidem em uma vasta gama de interesses ou aspectos da pessoa. Dentro das expressões da personalidade, suscetíveis de agravo, podem se distinguir os que carecem de conseqüências econômicas daqueles que têm incidência patrimonial. Assim, um dano causado ao sujeito em razão de um acidente gera, normalmente, conseqüências patrimoniais, como as que derivam do dano emergente e do lucro cessante. Mas, ao lado deste dano patrimonial, pode ocorrer um outro não patrimonial, como a dor ou o sofrimento padecido pela vítima, chegando inclusive a produzir a frustração de seu projeto de vida. Os danos objetivos são os que incidem sobre as coisas, que se encontram no mundo exterior do sujeito. Geralmente os danos objetivos, conhecidos como patrimoniais, têm conseqüência dessa natureza, incidência econômica, o que não significa que, em certas circunstâncias, não possam carecer dessa significação específica, como no caso dos bens de afeição.

Segue o autor, dizendo que a gradual superação de uma concepção do direito privado de eminente caráter individualista, de predominante raiz patrimonial, assim como os novos princípios constitucionais e legais, induzem uma crescente tendência de privilegiar a resparação destes danos subjetivos frente aos prevalentemente de ordem patrimonial. Essa recente tendência enfatiza a necessidade de reparar o dano irrogado ao sujeito no que ele significa, em si mesmo, sem necessidade de recorrer a medidas ou padrões de ordem patrimonial. A pessoa humana é um valor *per se*, o bem supremo do direito, pelo que qualquer dano que se pratique contra ela deve valorar-se com independência das conseqüências de ordem patrimonial que podem apresentar-se simultaneamente. A tutela que o direito concede à pessoa humana não deve, portanto, restringir-se em oferecer garantias só nos casos de violação de direitos que repercutem na esfera patrimonial; a proteção da pessoa, por ser unitária e integral, deve, ao contrário, prescindir desta circunstancia, e conseqüentemente, tutelá-la preferencialmente em situações nas quais o dano não incide na esfera econômico-patrimonial do sujeito. Assim, conclui o autor, que o dano à pessoa incide sobre qualquer aspecto do ser humano, designado também como dano à “integridade psicossomática”, com que se protege o que de natural tem o homem: todo dano à pessoa, qualquer

que seja o aspecto do ser humano que se lesione, desde que afete predominantemente a esfera do corpo ou a esfera psíquica, tem como consequência imediata a afetação, em maior ou menor intensidade da saúde do sujeito agravado, entendendo-se por saúde “um estado completo de bem-estar psíquico, mental e social”.

Sinteticamente podemos dizer que os danos morais compreendem todas as lesões a um patrimônio ideal que não se manifestam na esfera material e visual, mas sim, na perceptível, no mundo das sensações, dos sentimentos. Deveras, o dano moral não é suscetível de ser visto, apalpado e mensurado. É a sensação o instrumento de sua detecção, por excelência.

Outrossim, não se devem confundir os danos morais com os atos imorais. Embora seja inegável que muitos atos imorais possam gerar danos morais, a regra é que os danos morais nem sempre são oriundos de atos imorais, pois infringir a moral nem sempre gerará a obrigação de reparar o dano que dali exsurge; haja vista o fato de que as regras morais não são de observância obrigatória, mas sim e, fundamentalmente, de observância espontânea. Os danos morais são inconfundíveis com os danos oriundos de atos imorais. Aqui há infração dos bons costumes, das regras da moral; ali, a esfera ética da pessoa é que é ofendida²³⁵.

WILSON MELO DA SILVA ²³⁶ conceitua danos morais como *“lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico. E para que facilmente os reconheçamos, basta que se atente, não para o bem sobre que incidiram, mas, sobretudo, para a natureza do prejuízo final. Seu elemento característico é a dor, tomado o termo em seu sentido amplo, abrangendo tanto os sofrimentos meramente físicos, quanto os morais propriamente ditos.*

²³⁵ MIRANDA, Pontes de, *Tratado de Direito Privado*, 3ª ed, Ed. Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, t. LIII, 1972, p. 219.

²³⁶ MELO DA SILVA, Wilson, *O dano moral e sua reparação*, 3ª. ed. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1983, p. 1.

Danos morais, pois, seriam, exemplificadamente, os decorrentes das ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada qual, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida, à integridade corporal”.

Segundo ALVAREZ VIGARAY²³⁷, poderia-se definir dano moral, “*por oposición al daño patrimonial, como aquel perjuicio que no implica una pérdida de dinero, que no entraña para la víctima ninguna consecuencia pecuniaria o disminución de su patrimonio, o también como aquel daño que no consiste en una pérdida económica o en una falta de ganancia”.*

Assim, os danos morais concernem aos danos ocasionados à alma, aos sentimentos. Numa visão romântica da realidade, são os danos ocasionados ao coração. Constituem aquela categoria de danos que afetam o âmago do indivíduo, sua intimidade moral e espiritual, suas afeições, enfim, seus sentimentos, causando-lhe, por conseguinte, dor, sofrimento, angústia, menosprezo dos que o cercam, sendo um forte fator de desequilíbrio mental, sendo ainda, a gênese de vários distúrbios emocionais, como a depressão²³⁸.

Desta forma, pode-se perceber com clarividência e sem margem para dúvidas, quão sérios e danosos podem ser esses danos.

Um dano desta procedência pode se tornar uma lesão temporária, ou quem sabe até permanente para o trabalho. Cite-se um exemplo: imagine um escritor que retira seu sustento e o de sua família das obras que escreve. Sabemos, perfeitamente bem quão laborioso e árduo é o processo de criação intelectual. Exige de seu protagonista, o autor, um poder de abstração quase que absoluto. Um ato de introspecção que exige muita concentração e firmeza de pensamento. Ora, um dano moral para um escritor pode pôr tudo a perder.

²³⁷ ALVAREZ VIGARAY, Rafael, *La responsabilidad por daño moral*, Anuario de Derecho Civil, V. 19, nº 1, 1966, p. 81/116.

²³⁸ Nesse sentido Tribunal Supremo Espanhol: SSTs de 22 de maio de 1995, e de 12 de julho de 1999. Ainda Audiência Provincial de Toledo, Sentença nº 9/2012.

Também no Brasil, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: Apelação Cível Nº 70046132940, de 26 de janeiro de 2012.

Meses ou anos de pesquisa podem ficar séria e permanentemente comprometidos, ou até mesmo inviabilizar o pretendido trabalho. De onde esta pessoa irá tirar seu sustento ou o de sua família? Deverá o mesmo ficar sem uma indenização que, minimamente, lhe garanta a sobrevivência? E sua família?

Assim, percebe-se que os danos morais trazem em seu bojo, conseqüências nefastas.

A partir do exato momento em que o Estado avocou a si a função suprema de zelar por seus cidadãos, compete ao mesmo não permitir que tão preciosa categoria de bens seja lesionada impunemente, disponibilizando e criando recursos que permitam às vítimas buscar socorro em caso de dano. Ao proteger e preservar seus cidadãos o Estado está, em verdade, se preservando e evitando que o sentimento de vingança, inerente à natureza humana, aflore e imponha o caos.

Segundo CLAYTON REIS, na medida em que defende esses valores, o poder estatal, por sua vez, está na realidade assumindo uma posição de preservação dos seus próprios valores, afinal, quanto mais culta e civilizada é uma sociedade, maior deverá ser a sua preocupação em defender e valorizar seu patrimônio ético-moral e histórico. A sociedade que preservar e defender esses valores será certamente formada por homens mais capazes de conduzir os seus semelhantes a status de maior equilíbrio, na dinâmica de forças que se intercambiam no grupo social²³⁹.

Desta forma, os danos morais puros, dizem respeito aos danos que se perpetram contra a personalidade do indivíduo e, assim, também aos seus demais consectários, como intimidade, honra, imagem e demais desdobramentos. Danos que afetam a alma da pessoa, seu coração, abala seus sentimentos, causando desequilíbrio, sofrimento, causando transtornos

²³⁹ REIS, Clayton, *Avaliação do Dano Moral*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 131.

psicológicos, deixando-a triste, cabisbaixa, melancólica, sem feridas físicas no corpo, mas repleta de chagas no espírito.

Considerando as incertezas que cercam esta matéria, alguns doutrinadores apresentam uma classificação, com a pretensão de elencar todos os bens da pessoa que uma vez ofendidos, pudessem ensejar danos morais. No entanto, estabelecer uma longa enumeração dos danos morais possíveis, ou mesmo uma classificação, é uma tarefa muito árdua, e dificilmente abarcará todas as situações prováveis.

Contudo, a classificação formulada por ROBERTO BREBBIA²⁴⁰, revela-se bem didática. De acordo com o autor, os danos morais poderiam ser classificados da seguinte forma: “A) *Daños Morales originados por la violación de los derechos inherentes à la personalidad que protegen los bienes que integran el aspecto objetivo o social del patrimônio moral: a) honor; b) nombre; c) honestidad; d) libertad acción; e) autoridad paterna; f) fidelidad conyugal; g) estado civil.* B) *Daños Morales originados por la violación de derechos inherentes à la personalidad que integran el aspecto subjetivo del patrimônio moral: a) affecciones legítimas; b) seguridad personal e integridad física; c) intimidad; d) derecho moral del autor sobre su obra; e) valor de afección de ciertos bienes patrimoniales*”.

Na doutrina brasileira LIMONGI FRANÇA²⁴¹ traz a seguinte classificação: “I) *Direito à integridade física; 1) direito à vida e aos alimentos; 2) direito sobre o próprio corpo, vivo; 3) direito sobre o próprio corpo, morto; 4) direito sobre o corpo alheio, morto; 6) direito sobre as partes separadas do corpo, vivo; 7) direito sobre as partes do corpo, morto; II) Direito à integridade intelectual; 1) direito à liberdade de pensamento; 2) direito pessoal do autor científico; 3) direito pessoal do autor artístico; 4) direito pessoal do inventor. III) Direito à integridade moral: 1) direito à liberdade civil, política e religiosa; 2) direito à*

²⁴⁰ BREBBIA, Roberto H., *El daño moral*, 2ª ed., Ed. Orbir, Córdoba, 1967, p. 259.

²⁴¹ LIMONGI FRANÇA, Rubens, *Manual de direito civil*, 3ª Ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975, pp. 411.

honra; 3) direito à honorificiência; 4) direito ao recato; 5) direito ao segredo pessoal, doméstico e profissional; 6) direito à imagem; 7) direito à identidade pessoal, familiar e social”.

Outros autores, como ORLANDO GOMES²⁴², trazem uma classificação mais simplificada, mas não menos abrangente. Classifica os direitos da personalidade em dois grandes grupos: direito a integridade física, no qual estariam incluídos o direito à vida e sobre o próprio corpo; e, direitos à integridade moral dos quais participariam o direito à honra, o direito a liberdade, o direito ao recato, o direito à imagem, ao nome e o direito e o direito moral do autor.

A classificação oferecida por JOAQUIM DIEZ DIAZ²⁴³, segue na mesma linha da anterior, referindo-se à clássica diferenciação entre direitos espirituais e direitos corporais da pessoa.

A personalidade é constituída de toda a gama de atributos físicos e psíquicos do ser humano, confundindo-se com a própria pessoa, por isso tão difícil arrolar todos os direitos da personalidade. Não obstante, embora subjetivos, tais direitos são delimitáveis na medida que devem como tal, serem considerados somente aqueles direitos essenciais à pessoa, aqueles, sem os quais a pessoa não existiria ou não seria considerada como tal, pois os demais direitos oriundos da personalidade não seriam comum a todas as pessoas e portanto não poderiam ser considerados como direitos mas impressão ou sentimento pessoal, que embora decorrente da personalidade, não é albergado pelo direito, como por exemplo os sentimentos de solidariedade, de pena, bem como os pequenos incômodos oriundos da vida em sociedade, como aguardar em uma fila. Os direitos da personalidade são essenciais ao ser humano.²⁴⁴,

²⁴² GOMES, Orlando, *Introdução ao direito civil*, 9ª Ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1987, p. 133.

²⁴³ DIEZ DIAZ, Joaquim, *Los derechos físicos de la personalidad*, Santillana, S.A, de Ediciones, Madrid, 1963, p. 77.

²⁴⁴ ALVES DE ANDRADE, Ronaldo, *Dano Moral à pessoa e sua valoração*, Ed. Juarez de

Esses os danos morais puros, os que afetam a essência do homem.

Por fim, ainda que brevemente, uma outra questão merece destaque, que diz respeito ao dano estético, considerando que não raramente há uma confusão conceitual entre dano estético e dano moral.

Tratam-se de institutos distintos, de modo que dano moral é aquele que causa dor íntima, sofrimento, angústia, sentimentos estes, próprios do espírito humano. O dano estético, por sua vez, é aquele visível, de fácil constatação, proveniente de uma defeormidade física e intimamente ligado à imagem e a auto-estima²⁴⁵. Segundo a doutrina espanhola, este prejuízo se constitui por alterações na fisionomia ou harmonia física, atentando contra a beleza. As cicatrizes ou alterações morfológicas intensificadas em consequência da perda de membros também fazem parte de sua manifestação, devendo tais deformidades serem visíveis²⁴⁶.

Ocorre que o dano estético pode, e normalmente acarreta, duas consequências: uma de ordem patrimonial – como por exemplo despesas hospitalares, etc – e outra de ordem moral – sofrimento, angústia, dentre outros. Daí se diz que o dano estético é uma espécie do gênero dano moral²⁴⁷.

O Superior Tribunal de Justiça Brasileiro no Recurso Especial 81.968 de 05 de agosto de 1996, afirmou que o dano estético, em si considerado, abstraindo as eventuais repercussões patrimoniais, que como tal devem ser ressarcidas, constitui-se uma modalidade de dano moral. Todo o dano estético, na sua amplitude conceitual, representa um dano moral, devendo como tal, ser

Oliveira, São Paulo, 2000, pp. 65/66.

²⁴⁵ Nesse sentido Apelação 1999.01, 07.05.2001, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal; Na Espanha nesse sentido as SSTS, de 11.12.84; 11.04.91; 15.11.90.

²⁴⁶ SOTO NIETO, Valoración del perjuicio estético, Diario La Ley, núm. 523, 15 de abril de 2002.
Nesse sentido STS 15.11.1990.

²⁴⁷ CAHALI, Yussef Said, Dano Moral, 3ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, p. 254.

indenizado.

Outrossim, também tem sido o entendimento predominante na jurisprudência brasileira, de que uma vez indenizado o dano estético, não cabe a indenização do dano moral, de forma autônoma, porque implícito naquele, sob pena de operar-se um *bis in idem*²⁴⁸, ou seja, dupla indenização pelo mesmo fato. Logo, a indenização a título de dano estético, regra geral, engloba o dano moral.

Assim, constatamos de um modo geral, que a jurisprudência vem cuidando da reparação do dano estético como forma de indenização de dano moral, como reflexo das conseqüências extrapatrimoniais que resultam para a pessoa do ofendido o atentado à sua integridade corporal, seja em razão das inibições naturais padecidas na vida de relações pessoais ou profissionais contingentes da sua aparência, seja em razão da dor e sofrimento acometida ao ser humano deformado²⁴⁹. Entretanto, pode ocorrer a eventual cumulação entre dano estético com a indenização por dano moral concedida a outro título.

Para exemplificar, cabe transcrever a decisão do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro²⁵⁰: *“O dano estético é sem dúvida, modalidade do dano moral. Isso não significa, evidentemente, que a eventual ocorrência de dano moral, a outro título, não seja indenizável, mas reconheceu-se o dano moral em virtude exclusivamente do dano estético, não se justificando nesse caso a cumulação”*.

Concluindo acerca da matéria, assevera ANTONIO JEOVÁ DOS SANTOS²⁵¹, que *“repudiando a guerra de etiquetas, de nomenclatura sugestiva de danos, que é útil para enquadrar e dar visão sistemática ao instituto, nem*

²⁴⁸ Vid. STF, 1ª Turma, 18.11.1980, RTJ 97/463.

²⁴⁹ CAHALI, Yussef Said, *Dano Moral*, 3ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, p. 253.

²⁵⁰ STJ, 3ª Turma, 03.10.1995, RSTJ 79/199.

²⁵¹ JEOVÁ DOS SANTOS, Antonio, *Dano Moral Indenizável*, 4ª ed, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, pp. 352.

por isso deve-se fixar várias indenizações sob o pretexto de que houve três ou mais lesões oriundas do mesmo fato, perdendo de vista o critério tão sedimentado de que os danos são dois, apenas: o patrimonial e o moral”.

6 Danos Morais provenientes de relações jurídicas contratuais e extracontratuais

A responsabilidade civil pode ter como origem, uma relação jurídica contratual, ou uma relação jurídica extracontratual. Em um primeiro momento, pode parecer relativamente simples esta afirmação. Podemos imaginar que não há grandes dificuldades no que diz respeito a este tema. Contudo, quando nos deparamos com a origem da relação no dano moral, percebemos que é algo bem mais complexo. Há muito que se discute na seara jurídica, a possibilidade de os contratantes, diante do descumprimento do avençado, serem vítimas de abalo psicológico, e conseqüentemente, credores de indenização à título de dano moral. Em que pese já ser reconhecida como pacífica tal possibilidade, estamos longe de alcançar unanimidade de posições, seja na doutrina, seja na jurisprudência. Em razão disso, este tema requer uma atenção especial.

Como já mencionado, a responsabilidade civil pode ter origem contratual ou extracontratual. A responsabilidade contratual é aquela que tem seu nascedouro no contrato, que nada mais é, do que um acordo de vontades entre duas ou mais pessoas, para a consecução de um determinado fim. O descumprimento de um contrato pode ocasionar um dano a uma das partes. Assim, aquele que descumpre o contrato e que, portanto, vem a causar um prejuízo a outrem, deve ser obrigado a reparar o dano. A responsabilidade contratual encontra um ponto a seu favor. Em razão do fato de emergir de um

documento escrito, sua prova se simplifica sobremaneira. Basta a apresentação do contrato descumprido para que surja para a parte que o descumpriu, o dever de indenizar a parte contrária. Este dever, surge do lapidar princípio do *pacta sunt servanda* – o contrato é lei entre as partes.

Na responsabilidade civil contratual, antes do dever de indenizar, foi estabelecida entre as partes uma relação jurídica revelada em um contrato, cuja violação importa em responsabilidade. Portanto, nessa modalidade de responsabilidade, as partes já possuem uma proximidade específica, que cria – por força dos regramentos por elas estabelecidos – uma série de expectativas de condutas recíprocas, traduzidas no dever de adimplir. Ou seja, o que liga as partes não é o dano, mas o contrato, ao contrário do que ocorre na responsabilidade extracontratual.

A responsabilidade extracontratual ou aquiliana é aquela que se origina dos demais atos humanos, daqueles acontecimentos da vida cotidiana, não tendo como nascedouro um contrato.

A responsabilidade civil por danos morais derivada de uma relação jurídica extracontratual é o caso mais freqüente, e que de um modo geral, não encontra entendimentos divergentes, seja na doutrina ou na jurisprudência. Como já mencionado, são aqueles acontecimentos cotidianos que infringem as disposições legais e acabam causando um prejuízo a outrem, nascendo o dever de indenizar. São exemplos dessa situação as ofensas à honra, à imagem, o cadastramento indevido do nome do consumidor nos órgãos restritivos de crédito, etc.

Já os danos morais oriundos de uma relação jurídica contratual não encontram a mesma pacificidade. Em que pese hoje ser admitida tal hipótese tanto na jurisprudência brasileira como na espanhola, bem como em diversos outros ordenamentos jurídicos, nem sempre o foi, e ainda encontra resistência de alguns operadores do direito.

A razão desse entendimento, contrário aos danos morais oriundos do

descumprimento contratual, se assenta na natureza própria da relação jurídica preexistente entre as partes, que, supõe-se, já tem reguladas as conseqüências em caso de mora e inadimplemento, por meio do estabelecimento de cláusulas prevendo penalidades para tanto. Por essa razão, os defensores desta tese entendem que uma indenização por danos morais nesta hipótese seria excessiva, a medida em que ultrapassaria os limites previstos no próprio contrato para o caso de quebra contratual. Essas relações jurídicas são palpadas pela previsibilidade dos efeitos, definidos previamente pelas partes, e eventual condenação em danos morais, iria além desta expectativa, e por isso, entendem seus defensores que tal prática é abusiva²⁵².

Por outro lado, há quem defenda que mesmo quando a relação tiver origem contratual deve ser alcançada pela indenização por danos morais, se presentes os requisitos. No entanto, é preciso que ocorram conseqüências mais graves que o simples descumprimento do contrato, ou seja, que os efeitos gerados pelo inadimplemento estejam além daqueles previstos previamente. Além disso, caberá ao juiz uma análise detalhada de cada caso concreto a fim de verificar se realmente é caso de dano moral, e, em se tratando de relação contratual, esta análise certamente deverá ser bem mais rígida²⁵³.

²⁵² Neste sentido, decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO **CONTRATUAL** C/C CLAUSULA ABUSIVA E PERDAS E **DANOS, DANOS MORAIS**. I. Dano moral indenizável é aquele decorrente de uma experimentação fática grave, insidiosa da dignidade da criatura humana, e não conseqüências outras decorrentes de uma **relação** meramente **contratual** ou de percalços do cotidiano. II- Para que haja a ocorrência de dano moral, entende-se, atualmente, que é imprescindível a violação de algum dos direitos da personalidade. Ou seja, é preciso violação da honra, da imagem, da privacidade, do nome, enfim, de qualquer dos direitos que seja inerente ao gênero "direitos da personalidade". III- Inocorrência, no caso concreto, de lesão aos direitos da personalidade, pois não houve inscrição do nome em órgãos de proteção ao crédito, tampouco se verificou qualquer situação vexatória ou constrangedora. IV. A fixação da multa para a hipótese de descumprimento da ordem judicial está contida no poder geral de cautela detido pelo magistrado, a fim de dar aplicação ao princípio da efetividade das decisões judiciais. Inteligência do art. 461 do CPC. Entretanto, o valor da multa não pode evitar locupletamento da parte contrária. Redução da multa diária. V- Sucumbência redimensionada. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70035670454, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ergio Roque Menine, Julgado em 28/07/2011)”.

²⁵³ Neste sentido, decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “**Ementa:** Apelação

É verdade que o princípio da reparação do dano moral encontra seus precedentes históricos e sede de maior incidência no âmbito extracontratual. Aliás, o Código Civil Brasileiro antigo (1916), ao cuidar da indenização de danos qualificáveis como sendo extrapatrimoniais (arts. 1537 a 1533), o fazia em capítulo nominado de “Liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos”. O novo Código Civil (2002) o faz no capítulo genérico pertinente à indenização, do título relativo à responsabilidade civil por ato ilícito (arts. 927 a 954).

Embora perdesse alguma controvérsia em função da topologia do instituto, é certo que a mesma tende a esmaecer-se, com o reconhecimento de que o dano subjetivo se dá tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual. Se indubitável que o mesmo se apresenta com maior difusão no âmbito dos atos ilícitos em geral, nem por isso se exclui a sua aplicação em sede de responsabilidade contratual.

6.1 Danos morais oriundos do descumprimento contratual no ordenamento jurídico brasileiro

Toda forma de responsabilidade qualquer que seja a causa ou natureza, induz, a cargo do responsável, o desgosto, os sofrimentos e frustrações provocados pelo seu autor: sob esse aspecto, impõe-se constatar que a

cível. Seguros. Plano de saúde. Ação de obrigação de fazer cumulada com indenizatória por **danos morais**. Descabimento da negativa de cobertura da tomografia. A recusa da cobertura por parte de prestadora de plano de saúde enseja dano moral quando aquela se mostra ilegítima e abusiva, e do fato resulta abalo que extrapola o plano do mero dissabor. Majoração da verba indenizatória fixada em sentença quanto ao dano moral. O valor da indenização por dano moral deve ser fixado, considerando a necessidade de punir o ofensor e evitar que repita seu comportamento, devendo se levar em conta o caráter punitivo da medida, a condição social e econômica do lesado e a repercussão do dano. Juros de mora. Termo inicial. Citação. **Relação contratual**. Apelo desprovido e recurso adesivo provido. (Apelação Cível Nº 70040046732, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 28/07/2011)”;

distinção, se ainda posta em confronto, entre responsabilidade contratual e responsabilidade delitual, não tem hoje senão uma importância mínima. A obrigação de reparar os danos extrapatrimoniais tende, quase toda, a assumir o domínio contratual, com a mesma importância que em matéria delitual²⁵⁴.

No direito brasileiro, não obstante a ausência de disposição legal explícita, a doutrina é uniforme no sentido da admissibilidade de reparação por dano moral tanto originário de obrigação contratual quanto decorrente de culpa aquiliana; uma vez assente a indenizabilidade do dano moral, não há fazer-se distinção entre dano moral derivado de fato ilícito absoluto e dano moral que resulta de fato ilícito relativo; o direito à reparação pode projetar-se por as áreas mais diversas das sociais, abrangendo pessoas envolvidas ou não por um liame jurídico de natureza contratual. Assim, tanto pode haver dano moral nas relações entre devedor e credor quanto entre caluniador e caluniado, que em nenhuma relação jurídica se acha, individualmente, com o ofensor.

Vislumbra-se na atualidade, que a tradicional distinção entre responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual, resta enfraquecida, sobretudo porque os contratos cada vez menos retiram sua força, da vontade das partes. Cada vez mais, verificamos a interferência do direito positivo nas relações jurídicas, sobretudo, diante do emprego constante dos contratos de adesão. Segundo TOLSADA²⁵⁵, “(...) *tanto mais nos afastemos do modelo da autonomia contratual, tanto mais recomendável será unificar as esferas, não apenas do ponto de vista metodológico, mas também no que se refere às conseqüências práticas*”.

De acordo com a doutrina nada impede que o inadimplemento de uma obrigação contratual, resulte em um dano moral indenizável. Segundo Ramón

²⁵⁴ VINEY, Geneviève, *La reparation du pretium doloris*, Rapport général, XI Congrès International de Droit Comparé, Caracas, 1982, n. 6, p. 7.

²⁵⁵ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, “*La unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual (visión europea)*”, in: *Responsabilidad por daños em el tercer milênio*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 110.

DANIEL PIZARRO²⁵⁶, um fato ilícito não deixa de ser tal, nem modifica sua natureza, pela mera circunstância de produzir-se dentro de uma obrigação preexistente que resulta descumprida, ou fora dela.

Neste tema é fundamental compreender a distinção entre patrimonialidade da prestação e extrapatrimonialidade do interesse do credor ou dos bens afetados, ou seja, ainda que a prestação tenha cunho patrimonial, o interesse do credor na prestação pode apresentar caráter extrapatrimonial, por afetar os direitos da personalidade do indivíduo, como a intimidade, a honra, a imagem.

É exatamente nesta distinção que os tribunais brasileiros assentam o seu entendimento, a medida em que reconhecem o dano moral, quando perfeitamente configurado no caso concreto, ou seja, não basta apenas alegar o descumprimento do contrato para estar configurado o dano moral, é necessário mais. É preciso que aquele descumprimento tenha causado na parte um abalo psicológico, e que tal fato tenha sido ventilado durante o processo.

Assim, a jurisprudência brasileira é majoritária no sentido de admitir danos morais derivados de uma relação contratual. E, em que pese ser freqüente encontrar decisões dos tribunais negando o dano moral em razão do descumprimento contratual, os fundamentos destas negativas geralmente residem no fato de que ao longo da demanda, as discussões se limitam ao descumprimento do contrato em si, e não das circunstâncias que o envolveram, que é justamente onde se pode encontrar algum tipo de dano psicológico. Ademais, o simples descumprimento do contrato, não gera a presunção de dano moral, este tem que ser demonstrado, isto é, deve haver abalo emocional real. Este é o entendimento que predomina nos tribunais brasileiros, e sem dúvida, nos parece o mais acertado.

²⁵⁶ PIZARRO, Ramón Daniel, Daño Moral, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 143;

O STJ no recurso especial nº 876527 traz esse entendimento. O processo trata de um descumprimento de contrato de compra e venda, em que a construtora entregou a obra com atraso. De acordo com o Ministro Relator, João Otávio de Noronha, *“trata-se de hipótese de descumprimento contratual que, em princípio, não afeta os direitos da personalidade do indivíduo, tais como a intimidade, vida privada, honra ou imagem. É certo que o inadimplemento de contrato gera frustração na parte contratante, mas que não se apresenta como suficiente para produzir dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Assim, para que se entenda que houve conduta desviante da recorrente que pudesse abalar psiquicamente a parte de modo significativo, deve-se investigar não o descumprimento contratual per se, mas as circunstâncias que o envolveram, e isso não foi tratado nos autos. (..) In casu, como afirmei, não há elementos (e eles nem sequer foram considerados) que possa evidenciar um sofrimento de natureza psíquica indenizável. E o entendimento de que mero descumprimento de ajuste não pode ser traduzido em dano moral já foi firmado neste Tribunal (...)*”.

Apenas com a finalidade de concluir, tendo em conta a relevância da matéria, importante mencionar outra decisão do STJ em que foi deferido o dano moral. O julgado nº 846077, versa a respeito de um descumprimento de contrato, em que a parte (plano de saúde) se recusou injustificadamente a custear o tratamento contra o câncer indicado para a segurada, que se obrigou a recorrer a outra empresa, tendo o seu tratamento adiado em seis meses. O Ministro Relator, Humberto Gomes de Barros, entendeu que *“o incumprimento contratual não ocasionaria, por sua natureza, a existência de danos morais. Contudo, a repercussão do inadimplemento no caso concreto pode gerar sofrimento passível de indenização (...) A recusa em arcar com os encargos do tratamento da agravada, com suspeita de câncer, já definida nas instâncias ordinárias como indenizável por danos morais, constitui fato relevante, principalmente por ocorrer no momento em que a segurada necessitava do devido respaldo econômico e de tranqüilidade para realização de cirurgia e posterior recuperação. A conduta do agravante obrigou a recorrida a procurar*

outra seguradora, o que atrasou seu tratamento em aproximadamente 06 (seis) meses. Somente o fato de recusar indevidamente a cobertura pleiteada, em momento tão difícil para a segurada, já justifica o valor arbitrado, presentes a aflição e o sofrimento psicológico ”.

6.2 Doutrina e previsão legal dos danos morais oriundos do contrato no ordenamento jurídico espanhol

Na Espanha, a admissão dos danos morais oriundos das relações contratuais, se oporeu nas últimas três décadas. No entanto, na jurisprudência, algumas decisões ainda pregam que o conceito de dano moral não compreende aspectos de dano material. Sustentam que se uma lesão de direito subjetivo atenta a esfera patrimonial do sujeito, não pode pretender este que alcance também a esfera espiritual. De acordo com estas decisões há dano moral, exclusivamente quando se atenta contra um direito imaterial da pessoa, como a honra, intimidade e imagem que contempla a Lei 1/1982 de 5 de maio, ou ainda na hipótese de morte de um ente querido, podendo ser um pai de família, em que haverá prejuízo econômico, ou um filho menor que não produz prejuízo econômico. Porém, não cabe alegar o dano moral se se produz e se reclama um prejuízo patrimonial, isto é, quando a lesão incide sobre bens econômicos, como um desvio ou ampliação do dano patrimonial²⁵⁷.

No entanto, estas decisões são cada vez mais escassas e vão de encontro ao posicionamento da sala Civil do Tribunal Supremo Espanhol, que entende que a lesão de interesses patrimoniais pode dar lugar a prejuízo moral indenizável. Há exemplos bem ilustrativos na jurisprudência, como o caso de ruína de edifícios, de serviços funerais e até mesmo a chamada perda de uma

²⁵⁷ MARTÍN-CASALS M., Comentario a Sentencia de 31 de Octubre de 2002, *Daños morales derivados de incumplimiento contractual*, CCJC Enero/Abril 2003, pp. 245 e ss.

oportunidade processual, em que o advogado deixa a desejar na atuação profissional, perdendo prazos processuais, por exemplo. Este último caso é hipótese clara de uma relação jurídica contratual (entre advogado e parte), que enseja indenização por danos morais.

Ainda a título de exemplo, podemos mencionar os casos de indenização por danos morais no âmbito de transporte aéreo, pois o Tribunal Supremo tem condenado com muita frequência as companhias aéreas a indenizar os passageiros lesados. A STS de 31 de maio de 2000 pacificou a idéia de que cabe indenização por danos morais, em razão de atraso de vôo. Assim, decidiu o Supremo Tribunal: *“puede decirse que el daño moral es el impacto o sufrimiento físico espiritual producido por la agreción directa al acervo espiritual, pero a su vez constituye una noción dificultosa, relativa y imprecisa, y considera que dicho daño no puede derivarse de las simples molestias, ni aburrimiento, enojo o enfado, pero si lo aprecia em supuestos de impotência, zozobra, ansiedad o angustia, o en lo de aficción o perturbación de alguna entidad (sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad influya em la traducción econômica), concluyendo por conceder indemnización al perjudicado por retraso de diez horas em um viaje aereo como consecuencia de las horas de tensión, incomodidad y molestias producidas por uma demora importante de um vuelo que carece de justificación alguna (..)”*.

Também podemos citar a relação médico-paciente, já que são inúmeras as decisões do Tribunal Supremo no sentido de que o paciente deve ser informado detalhadamente sobre o procedimento que vai realizar, para que possa exercer o seu direito de opção. Assim a STS 55/2012, de 03 de janeiro de 2012: *“Conforme a ello, debe aplicarse consolidada jurisprudencia, que indica que la falta o insuficiencia de La información debida al paciente constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la "lex artis ad hoc", que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan. Causa, pues, un daño moral, cuya*

indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente. O, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información solo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria (sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras, de 26 de marzo y 14 de octubre de 2002 , 26 de febrero de 2004 , 14 de diciembre de 2005 , 23 de febrero y 10 de octubre de 2007 , 1 de febrero y 19 de junio de 2008 , 30 de septiembre de 2009 y 16 de marzo, 19 y 25 de mayo y 4 de octubre de 2011)”.

Atualmente já não há mais dúvidas quanto a posição dominante dos Tribunais Espanhóis, no sentido de serem favoráveis à indenização por danos morais ocasionada por descumprimento de um contrato. Diversas Sentenças do Tribunal Supremo reconhecem que houve uma ampliação no âmbito do reconhecimento do dano moral, que se iniciou no campo extracontratual e estendeu-se ao contratual, superando-se os critérios restritivos que limitavam sua aplicação à concepção clássica do “*pretium doloris*” e aos ataques aos direitos da personalidade²⁵⁸. Hoje a jurisprudência admite que o dano moral indenizável não é só aquele que consiste em um sofrimento ou padecimento psíquico, mas também aquele que deriva de um impacto ou sofrimento psíquico ou espiritual, sensação anímica de inquietude, temor ou transtorno de ansiedade, impacto emocional²⁵⁹. Ao mesmo tempo entende o Tribunal que o dano moral não deriva apenas de lesão a bens de natureza extrapatrimonial, mas também da lesão de bens de natureza patrimonial.

A doutrina espanhola é também majoritária no sentido de reconhecimento da indenização por danos morais oriundos de uma relação contratual. De um modo geral, admite-se como fundamento, tanto para casos

²⁵⁸ São exemplos: SSTS 3.5.2006 (RJ 2006\4070); 31.5.2000 (RJ 2000\5089).

²⁵⁹ STS 3.5.2006 (RJ 2006\4070).

de responsabilidade por danos morais oriundos de relações extracontratuais como contratuais, o art. 1902 do Código Civil Espanhol. Segundo a doutrina quando o artigo 1101 do código Civil impõe o dever de indenizar os danos e prejuízos causados, a quem em cumprimento de suas obrigações incorrer em dolo, negligência ou morosidade, e os que de qualquer modo infringirem o cumprimento de sua obrigação, está se referindo não só aos danos patrimoniais como também aos morais ou de natureza extrapatrimonial.

No entanto, em que pese a jurisprudência ter evoluído no sentido de aceitar o dano moral oriundo de um contrato e a doutrina dominante concordar, ainda existe, diante deste novo cenário de reconhecimento extensivo do dano moral, uma parcela da doutrina espanhola que demonstra certa desconformidade.

Para RODRÍGUEZ GUITIÁN *“Sin duda estamos asistiendo a un nuevo crecimiento de la responsabilidad civil a través de la adopción de este concepto amplio de daño moral, que em algunos casos no está justificada y conduce a una degradación de tal concepto. Dos de las manifestaciones a las que lleva este nuevo concepto de perjuicio moral, son por un lado, el reconocimiento de daños morales a una persona jurídica y, por otro lado, la indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual (pero hay muchas más)”*²⁶⁰.

Ocorria na Espanha o mesmo que na maioria dos ordenamentos da órbita do direito continental. Se considerava que os danos que possivelmente originavam-se de um contrato eram unicamente patrimoniais. Assim, a interpretação dos artigos 1101 y seguintes era restringida.

Se pensava que diante da violação das obrigações do contrato, derivava exclusivamente a indenização de lucro cessante e dano emergente. Assim, o incumprimento contratual, não era causa única e exclusivamente do dever de

²⁶⁰ RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, Daño moral y persona jurídica: *Contradicción entre la doctrina de la Sala 1ª y la Sala 2ª del Tribunal Supremo? Comentario a la STS, 2ª, 24.2.2005, Indret número 334, Barcelona, abril de 2006, p. 9, www.indret.com, consultado em 10.08.2011.*

indenizar os prejuízos do mesmo, mas unicamente a reparação dos danos adequadamente provados na causa. Se descartava com isso, a indenização de prejuízos patrimoniais inexistentes e as grandes iniquidades acarretadas na prática²⁶¹. Ao mesmo tempo, se considerava como demonstração desta linha de argumentação a complicação da valoração monetária dos danos morais. Este argumento, inclusive, segue até hoje sendo mantido por aqueles que manifestam o seu receio a indenização do dano moral em matéria contratual. Nesta esteira de pensamento está RODRÍGUEZ GUITIÁN, para quem *“el problema no radica tanto em oponerse a la apertura sino en dejar bien claros los límites para reparar este perjuicio derivado del incumplimiento del contrato; lo que em ningún caso puede aceptar-se es que por el mero hecho de que se incumpla un contrato el acreedor sufra un daño moral, ya que todo incumplimiento lleva consigo un dolor y una frustración por la pérdidas de expectativas. (...) em primer lugar, debe aplicarse el artículo 1107 CC (criterio de la previsibilidad del daño), con el fin de estudiar si el deudor quedaba obligado em virtud del contrato celebrado a salvaguardar el interés no patrimonial del acreedor. Em segundo lugar, habrá que analizar si el daño moral reviste gravedad y tal gravedad se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y al tipo de incumplimiento contractual”*²⁶².

A disciplina jurídica, praticamente em seu conjunto, afastava do ordenamento jurídico espanhol o ressarcimento do dano moral em matéria contratual, admitindo tal hipótese só para a responsabilidade aquiliana. Porém, se o objeto do contrato eram bens da pessoa, em caso algum obstaría esta circunstância para sanar os prejuízos morais provenientes de sua inobservância no campo aquiliano.

²⁶¹ *“El dinero es la representación y medida de los valores económicos, pero es absolutamente impertinente y dispar respecto de cosas otro orden que no pueden, sin rebajarlas, comparse con él”*. GAYOSO ARIAS, *La reparación dell daño moral em derecho natural y positivo*, em R. D. P., 1918, p. 328.

²⁶² RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, *Daño moral y persona jurídica: Contradicción entre la doctrina de la Sala 1ª y la Sala 2ª del Tribunal Supremo? Comentario a la STS, 2ª, 24.2.2005, Indret número 334, Barcelona, abril de 2006, p. 9, www.indret.com, consultado em 13.08.2011.*

Todavía, como já mencionado anteriormente, nos dias de hoje, tanto a doutrina como a jurisprudência espanhola, se renderam a possibilidade de indenização por danos morais derivados de uma relação contratual. Nas palavras de VIGARAY²⁶³, o dano moral não pode ficar restrito às normas reguladoras da responsabilidade extracontratual, mas ao campo da responsabilidade civil em geral. Não concorrem em princípio motivos que verifiquem sua negativa em matéria contratual.

De outra banda, discute-se como esta possibilidade – danos morais oriundos do contrato –, é enquadrada no ordenamento jurídico espanhol, sobretudo à luz dos artigos 1106 e 1107 do Código Civil Espanhol.

Em matéria contratual, seria possível pelo artigo 1106, chegar ao problema da indenização do dano moral por incumprimento de obrigações contratuais. De acordo com este artigo *“La indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”*. Porém, o artigo 1106 não representa um obstáculo para a indenização dos danos morais, porque este se aplica só a danos de carácter patrimonial. Para os danos morais aplicam-se os critérios específicos para este tipo de dano.

A Sentença do Tribunal Supremo de 21 de outubro de 1996, ressalta que *“si bien es cierto que el referido precepto civil 1106 establece la forma normativa para regular los daños y perjuicios de condición exclusivamente material, no lo es menos ante la concurrencia de efectivos daños de no apreciación tangible, - los llamados daños morales -, cuya valoración no puede obtenerse de una prueba objetiva, habiendo resuelto la jurisprudencia de esta Sala (desde la antigua Sentencia 9 diciembre 1949 [RJ 1949/1943], y posteriores de 22 abril 1983 [RJ 1983/ 2118], 25 junio 1984 [RJ 1984/ 1145], 3*

²⁶³ VIGARAY, Alvarez, *La Responsabilidad por daño moral*, em A.D.C., 1996, pp. 87/90.

junio 1991 [RJ 1991/ 4407], 27 julio 1994 [RJ 1994/ 6787] y 3 noviembre 1995 [RJ 1995/ 8353], entre otras), que su cuantificación puede ser establecida por los Tribunales de Justicia teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes. Lo que no resulta de recibo es que se produzca su rechazo de plano, como se lleva a cabo en la sentencia combatida, en base al argumento de falta de pruebas, pues esta decisión es regresiva y contradice la doctrina jurisprudencial civil’.

Tendo em conta a interpretação conjunta dos artigos 1902 e 1106 do Código Civil Espanhol, pode se concluir claramente que os prejuízos que podem ser avaliados em dinheiro, devem ter quantia econômica exata em relação à diminuição patrimonial alegada. Nos referimos a amplitude dos artigos 1101 y seguintes do Código Civil para ser aplicados aos artigos 1902 e seguintes do mesmo Código. Em tal exegese, os Princípios gerais do Direito nos conduziriam ao próprio artigo 1902.

Segundo os ensinamentos de ALBADEJO²⁶⁴, do teor do artigo do Código Civil Espanhol, que regula a reparação do dano causado por fato ilícito, a obrigação que surge a cargo do autor do fato danoso não é outra que a de reparar o dano causado, e é todo o dano causado. Não procede neste caso, excluir da reparação qualquer parte do dano, ou parte dele que haja sido realmente produzido por mais imprevisto que tenha sido, ou que sem ser consequência necessária do ato danoso, este tenha acarretado na ocasião. Para este autor, estas limitações só podem ser entendidas para as obrigações contratuais, e não são extensíveis aos fatos danosos que acarretam a obrigação de indenizar. Aduz, que *“es equivocado decir que tales limitaciones, aunque dictadas con vista a regular la culpa contractual (por más que estén bajo la rúbrica más general) bien tienen el espíritu de referirse em general a toda responsabilidad por culpa, sea contractual o extracontractual, o bien*

²⁶⁴ ALBALADEJO GARCIA, Manuel, *Los daños indemnizables en la Responsabilidad Contractual y en la Extracontractual o Aquiliana*, en Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, Tomo II, Derecho Civil, Derecho de las Obligaciones, Ed. Thomson Civitas, 2003, p. 1253.

constituyen un principio de Derecho recogido com ocasión de la contractual, pero aplicable a cualquier responsabilidad por daños, sea contractual o no⁷.

CRISTOBAL MONTES²⁶⁵ é ainda mais específico em sua postura diante do tema. Embora este autor aceite o dano moral, ele possui uma visão mais restrita de sua abrangência, aceitando tal hipótese somente quando a obrigação assumida entre partes for de cunho pecuniário, como por exemplo, um contrato de seguro. Assim, se descumprido este contrato, a parte lesada terá direito a receber indenização pelos danos patrimoniais e não patrimoniais. Já quando o contrato versar sobre prestação não pecuniária, como por exemplo, prestação de serviços médicos, no caso de incumprimento, não caberia indenização por danos morais, segundo ele.

Evidente que a opinião do autor deve ser respeitada. No entanto, considerando a essência do instituto dos danos morais, parece estar equivocada tal compreensão do tema. No primeiro caso, o autor fala da possibilidade de danos morais - quando prestação pecuniária -, mas na verdade trata-se de uma reparação pelos prejuízos sofridos, estes de cunho puramente econômico. Esta situação está mais para eventual lucro cessante ou dano emergente, do que para dano moral, considerando que o dano moral é aquele dano sofrido pela parte em seu íntimo, causando-lhe sofrimento, dor. E tal situação pode ocorrer qualquer que seja a modalidade da prestação ajustada entre as partes, pecuniária ou não.

O dano moral derivado do contrato é aquele sofrido pela parte justamente pelo descumprimento do avençado, e isso pode ocorrer independente do objeto da prestação. Por isso, na medida em que o autor admite o dano moral só quando prestações pecuniárias, na verdade, de dano moral não pode se tratar.

Outros doutrinadores espanhóis discordam deste entendimento de

²⁶⁵ CRISTOBAL MONTES, Ángel, *El incumplimiento de las obligaciones*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989, p. 245.

CRISTOBAL MONTES, sob a justificativa de que é possível a parte lesada, em razão do descumprimento contratual, sofrer alguma perturbação ou aflição em decorrência do simples incumprimento do avençado, ensejando indenização por danos morais.

Dentre os defensores dessa tese está ESPIAU-ESPIAU²⁶⁶, que acredita que o não cumprimento do contrato, pode gerar danos materiais ou patrimoniais, bem como danos morais, principalmente, quando se trata de um contrato bilateral em que a parte contrária tenha cumprido com sua obrigação. Contudo, este autor aponta como discutível que a indenização de danos e prejuízos causados pelo incumprimento da obrigação contratual, do artigo 1101 do Código Civil Espanhol, cubra o dano moral. Considera que a extensão ou alcance dos danos e prejuízos ressarcíveis a que se refere o artigo 1106 do Código Civil é incompatível como uma indenização por dano moral em matéria contratual. Sustenta que não é possível conciliar este conceito com a perda sofrida pelo credor, nem tampouco com o ganho que deixou de obter. ESPIAU-ESPIAU crê que admitir o contrário só seria possível diante de um repensar do dano não patrimonial, mas nas atuais circunstâncias é possível.

Para este autor, o artigo 1107 não é o canal adequado para reclamar o ressarcimento dos danos morais por incumprimento contratual, porque tal dispositivo legal só se refere aos prejuízos materiais e não aos não patrimoniais, basicamente por duas razões: primeiramente porque são de distinta natureza jurídica o dano patrimonial, o não patrimonial e o bem jurídico lesionado; e, em segundo lugar, porque todos os danos pelos que responde o devedor do artigo 1107 do Código Civil derivam da falta de cumprimento da obrigação, pressupondo a existência de uma obrigação prévia, que é precisamente a obrigação não cumprida ou violada. Diz ele que não existe uma obrigação de reparar os bens da esfera pessoal, como tampouco existe essa

²⁶⁶ ESPIAU-ESPIAU, Santiago, *La indemnización del daño moral en los supuestos de incumplimiento contractual*, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Derecho Civil, Derecho de las Obligaciones, Ed. Thomson Civitas, 2003, pp. 1789 e ss.

obrigação de respeitar os interesses não patrimoniais que podem corresponder ao credor. Só existe um dever geral de respeito, *alterum non laedere*, que não é obrigação em sentido técnico, e havendo transgressão deste dever, deve se indenizar, mas através do artigo 1101 e seguintes do Código Civil. Como fundamento para o dano moral derivado das relações contratuais aponta especialmente o artigo 1902: a responsabilidade por dano moral ou não patrimonial é uma responsabilidade por causação de danos e não por incumprimento obrigatório.

Segundo os ensinamentos deste doutrinador, conclui-se que as regras da responsabilidade contratual contidas nos artigos 1106 e 1107 do Código Civil, são estritamente patrimoniais. Assim, ocorrido um incumprimento contratual que implique danos morais, estes não podem ser indenizados segundo as regras da responsabilidade contratual, só sendo possível o ressarcimento diante do reconhecimento de uma dupla responsabilidade: a contratual, no que diz respeito à lesão do crédito; e, uma extracontratual, para a lesão dos interesses não patrimoniais. Neste último caso, sua ocorrência procede em razão do descumprimento do dever geral de conduta ou da regra geral do *alterum non laedere*²⁶⁷.

Na mesma linha segue o jurista ALVAREZ VIGARAY²⁶⁸, na medida em que considera que os precedentes autênticos das normas espanholas a respeito do tema, permitem manifestar, de forma precisa, que as normas ressarcitórias incluídas no Código Civil Espanhol foram criadas somente para danos patrimoniais. No entanto, ressalta, que isso em momento algum é óbice a permitir uma exegese mais extensa, abrangendo também os danos não patrimoniais.

Em sentido contrário, se manifesta DIEZ-PICAZO²⁶⁹, afirmando que não

²⁶⁷ EPIAU-ESPIAU, Santiago, en *Comentario a la STS de 31 de maio de 2000*, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 54, núm. 1481, pp. 1286/1287.

²⁶⁸ VIGARAY, Alvarez, *La Responsabilidad por daño moral*, em A.D.C., 1996, p. 99.

há dano indenizável pelas perturbações psicofísicas que uma pessoa pode experimentar como consequência do não cumprimento de um contrato, ressalvando apenas aqueles casos em que a prestação contratual comprometida pelo incumprimento afetar a direitos subjetivos da personalidade do credor.

Embora os termos “perda” e “ganho” tenham implícita uma idéia de materialidade do dano, vários autores consideram que tais termos devem ser ampliados em sua compreensão para responder as novas realidades jurídicas impostas pela sociedade.

Os autores também advertem a respeito do conceito de dano emergente, trazido pelo artigo 1106 do Código Civil. Sem dúvida, o legislador imaginava que o conceito de perda só compreendia bens materiais ou econômicos, mas isso não é por querer restringir a estes bens o seu alcance, mas porque na época da sua elaboração, os únicos danos indenizáveis eram os patrimoniais. Desta maneira, dizem alguns autores, que com a nova interpretação da expressão, varia sua exegese, mas não seu espírito.

CARRASCO PERERA²⁷⁰ não considera forçoso os novos procedimentos exegéticos, já que o artigo 1106, não traz um conceito normativo de dano e não contém um elenco dos danos reparáveis. Diz ele que o sentido da norma é o de proceder uma inclusão e não uma exclusão. A norma manifesta algo que poderia ser objeto de debate, consistente na interrogação de que lucro cessante se deve indenizar. Isso não significa restringir a indenização do dano contratual ao lucro cessante e ao dano patrimonial.

CARRASCO PERERA acredita que a recepção do dano não patrimonial está sujeita ao caso de um dano previsível (a que se satisfaça no caso, o teste

²⁶⁹ DIEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Ed. Civitas, 2ª ed., Madrid, 2000, p. 329.

²⁷⁰ CARRASCO PERERA, Ángel, *Comentario a los arts. 1101, 1106 y 1107 del Código Civil español*, em *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. XV, Vol. 1, Madrid, 1989, pp. 669 e ss.

do artigo 1107). Resultam indenizáveis exclusivamente os danos não patrimoniais resultantes diretos do incumprimento na hipótese de dolo do devedor. Se o anterior elemento subjetivo não concorreu, os danos serão previsíveis e portanto, indenizáveis. Não se compreendem na indenização contratual prejuízos não patrimoniais como por exemplo, o aborrecimento causado ao inquilino pelo despejo, dentre outras situações cotidianas que devem ser suportadas pelo contratante, eis que na opinião do autor, tratam-se de conseqüências normais do incumprimento do contrato, e por isso, não devem ser indenizadas.

Este autor assinala como crítica à abordagem de ESPIAU-ESPIAU, que este parte da identificação do dano moral ou não patrimonial tomando por base a natureza do interesse jurídico lesado. ESPIAU-ESPIAU aponta dois fundamentos de responsabilidade: a responsabilidade contratual derivada da lesão do crédito e a responsabilidade extracontratual derivada da lesão dos interesses não patrimoniais.

A respeito do assunto, pode se concluir que a doutrina e a jurisprudência majoritária espanholas, praticamente em seu conjunto, admitem a validade das regras sobre responsabilidade contratual para indenizar o dano moral derivado da infração de um contrato. De acordo com os ensinamentos de CARRASCO PERERA²⁷¹, não se pode deduzir do artigo 1106 uma proibição de indenização do dano não patrimonial. Na mesma linha ressalta MARTÍN-CASALS²⁷² que *“probablemente con la mente puesta en la línea jurisprudencial mencionada, (...) en cualquier caso, la realidad actual desmentiría semejante interpretación restrictiva”*.

²⁷¹ CARRASCO PERERA, Ángel, *Comentario a los arts. 1101, 1106 y 1107 del Código Civil español*, em *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. XV, Vol. 1, Madrid, 1989, p. 703.

²⁷² MARTÍN-CASALS, Miguel, *Comentario a Sentencia de 31 de Octubre de 2002, Daños morales derivados de incumplimiento contractual*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, num. 61, Enero/Abril 2003, p. 257.

6.3 Danos morais oriundos de relação jurídica contratual e a posição de outros ordenamentos jurídicos

Em que pese à indenização por danos morais oriunda de relações jurídicas contratuais ainda encontrar certo preconceito quanto a sua concessão, constata-se atualmente, que a maior parte dos ordenamentos jurídicos admitem tal possibilidade, ainda que em caráter excepcional. Assim, alguns ordenamentos encaram esta possibilidade de um modo bem restrito, como é o caso da Alemanha, Áustria, Inglaterra, Estados Unidos, dentre outros. No âmbito destes ordenamentos jurídicos, a regra geral é que o descumprimento do contrato não ocasiona danos morais indenizáveis. Raríssimas exceções são admitidas, e ainda assim, somente quando previstas legalmente.

Outros ordenamentos jurídicos como o Brasileiro, Espanhol, o Argentino, o Belga e o Francês são mais flexíveis, admitindo que o descumprimento de uma obrigação contratual pode ocasionar danos morais.

6.3.1 Alemanha

No plano do direito comparado, referindo-se ao Código Civil Alemão, em seu art. 253, que *“wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, Kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden”*, pretende KARL LARENZ que a restrita admissibilidade de reparação de dano a pessoa (*dinero del dolor*), a que se refere o dispositivo, se aplique *“solo cuando la pretensión esté fundada em um ato ilícito del agente, y no cuando lo esté em la responsabilidad por riesgo (excepto em el caso del §*

833) o em uma infracción contractual”²⁷³.

Certamente o ordenamento jurídico Alemão é um dos mais restritivos quanto a indenização por danos morais oriunda do descumprimento de um contrato. Da regra geral extraída do artigo 253 BGB, aplicável tanto para a responsabilidade civil extracontratual como a contratual, conclui-se que somente será admitida indenização por danos não patrimoniais nos casos expressamente previstos em lei.

A maioria dos casos está prevista no próprio artigo 253, que prevê uma “indenização eqüitativa” pelo “dano não patrimonial” derivado de uma lesão à integridade física, a saúde, a liberdade, e a auto-determinação sexual. Além destes casos, apenas a título exemplificativo, também encontramos previsão de indenização por dano moral derivado do contrato, no artigo 651 f BGB, que determina que no contrato de viagem celebrado entre as partes deve ser fixada uma indenização eqüitativa para os casos de danos não patrimoniais consistentes na “perda de férias”²⁷⁴.

Assim, no direito alemão só poderá existir indenização por danos morais quando a lei expressamente prever a situação. Por essa razão não é possível indenizar o dano moral que resulta da lesão à propriedade ou a lesão ao patrimônio.

No que diz respeito aos danos ocasionados por lesão aos direitos de personalidade, a questão é um pouco mais complexa. A jurisprudência havia fixado entendimento, no sentido de fazer uma interpretação mais flexível do artigo 847 BGB, possibilitando tal hipótese. Ocorre que tal dispositivo restou derogado em 2002, com a reforma ao direito de responsabilidade alemão. O

²⁷³ LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, Trad. Jaime Santos Briz, Ed. RDP, Madrid, 1959, I, § 14, p. 232.

²⁷⁴ MARKESINIS, Basil, UNBERATH, Hannes, JOHNSTON, Angus, *The German Law of Contract. A comparative Treatise*, 2 nd ed., Hart, Oxford and Portland , Oregon, 2006, p. 482/483. Também LANGE Hermann, SCHIEMANN, Gottfried , *Schadensersatz*, 3. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, p. 429.

conteúdo do artigo 847 BGB, restou incorporado ao artigo 253 BGB, e com isso, o legislador possibilitou a indenização por danos morais no campo da responsabilidade civil contratual, ainda que somente naqueles casos em que a lei permitir. Porém, por outro lado, o artigo 253 não mencionou os direitos da personalidade. Assim, resultou que o novo preceito manteve as mesmas restrições do antigo artigo 847 e limitou as indenizações às lesões à integridade física, a saúde, a liberdade, a auto-determinação sexual, ou seja, parece ter ficado de fora a possibilidade de indenizar, por danos morais, eventuais ofensas aos direitos da personalidade. No entanto com base nos antecedentes legislativos da reforma, a doutrina afirma que seria um erro concluir que o legislador pretendeu desautorizar o Tribunal Supremo Alemão, eliminando o fundamento jurídico que permitia o desenvolvimento jurisprudencial favorável a indenização do direito geral de personalidade. Pelo contrário, diz a doutrina, pretendeu o legislador salvaguardar a jurisprudência anterior tal como havia se desenvolvido, com fundamento no direito constitucional²⁷⁵. Contudo, parece importante lembrar que tal jurisprudência se desenvolveu no campo extracontratual e não contratual, o que gera uma dúvida se esta jurisprudência pode se estender ao campo contratual.

Assim, a doutrina insiste no fato de que ao limitar a indenização por danos morais aos casos expressamente previstos em lei, exclui a possibilidade de indenizar a mera frustração ou indignação em razão do incumprimento do contrato²⁷⁶.

²⁷⁵ Em um primeiro momento a jurisprudência alemã adotou uma interpretação flexível do artigo 847 BGB, a fim de alcançar os direitos da personalidade. Contudo, posteriormente desenvolveu um entendimento baseado nos dispositivos constitucionais da dignidade humana e livre desenvolvimento da personalidade.

²⁷⁶ SCHIEMANN, Gottfried (2005), "*Kommentar zum § 253 BGB*", in J. VON STAUDINGER (MICHAEL MARTINEK, Redaktor), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Sellier – de Gruyter, Berlin, p. 276; Nesta mesma obra o autor trás como exemplo uma jurisprudência alemã que negou indenização por danos morais a uma noiva, em razão do estabelecimento, com quem ela havia contratado, não servir o banquete oferecido aos convidados. A decisão não reconheceu o desgosto sofrido pela noiva, como passível de indenização por danos morais.

6.3.2 Reino Unido

O Reino Unido faz parte daqueles ordenamentos jurídicos cuja interpretação é mais restritiva, embora a jurisprudência já tenha evoluído, no sentido de aceitar pelo menos em caráter de exceção a possibilidade de indenização por danos morais derivado do incumprimento contratual.

A regra geral é de que não haverá indenização por danos morais no caso de descumprimento contratual. As relações contratuais no reino unido assumem natureza predominantemente comercial, e em razão disso, a jurisprudência, como regra, não reconhece os dissabores ocasionados pelo descumprimento do contrato como ensejadores de indenização por danos morais, por considera-los como risco naturalmente assumido pelos contratantes no momento da avença.

Certamente o documento que melhor ilustra esta posição do Reino Unido é a Sentença *Addis v. Gramophon Co. Ltd* ([1909] AC 488, HL), em que um trabalhador teve negado o pedido de indenização por danos morais, depois de ter sido demitido pelo empregador de forma cruel e humilhante. O trabalhador recebeu indenização tão somente em relação a perda do salário e das comissões, mas não pelo sofrimento que lhe causou a atitude do empregador.

Apesar deste entendimento jurisprudencial predominante, os próprios Tribunais reconhecem algumas exceções à regra, e na atualidade, vêm se obrigando a interpretar a expressão “moléstias físicas” de forma mais flexível.

Dentre estas exceções, estão os contratos cujo descumprimento causar lesões corporais ou causarem moléstias físicas ao contratante. Quase sempre nas mais variadas situações encontradas na jurisprudência, é possível vislumbrar a frustração, a decepção, sentida pelo contratante lesionado, mas

em nenhuma delas esse sentimento vem isolado como fundamento para o dever de indenizar, eis que sempre acompanhado por uma moléstia física ou lesão corporal²⁷⁷. Isso pode ser constatado nos contratos de transporte, em que a empresa deixa o passageiro em lugar distinto do contratado, fazendo com que ele tenha que se deslocar a pé até outro ponto.

Na Sentença *Watts v. Morrow* ([1991] 4 All E.R. 937; [1991] 1 WLR 1421, CA), que versou sobre um contrato de compra e venda de um imóvel para laser. O vendedor do imóvel disse que este estava em perfeitas condições de conservação, quando na verdade não estava, vindo a necessitar de obras de grande monta. Diante de tal situação o Tribunal reconheceu o dano moral tendo em vista que as incomodações e moléstias físicas, já que a família teve que habitar a casa enquanto se realizavam as obras.

Outra exceção em que é admitida indenização por danos morais ocorre quando o contrato tem por objeto uma prestação que envolva evitar uma moléstia ao contratante, ou digam respeito ao bem estar dele, como por exemplo os contratos de viagem. Nesta situação também se enquadraria o exemplo citado anteriormente em que a família adquiriu um imóvel objetivando laser e se deparou com problemas graves na estrutura do imóvel. Ainda a título exemplificativo a Sentença *Heywood v. Wellers* ([1976] QB 446, [1976] 1 All ER 300, CA), em que a vítima havia contratado um advogado para ingressar com medida judicial contra acusações que um terceiro lhe fazia. O advogado não ingressou com tais medidas e o Tribunal entendeu que o contratante tinha direito a indenização por dano moral, por ter suportado as acusações sem que o advogado tomasse as medidas cabíveis.

Importante ainda mencionar, que tanto a jurisprudência como a doutrina do Reino Unido admitem que na hipótese de um comportamento constituir uma infração contratual e um ilícito que acarreta a responsabilidade extracontratual, o demandante pode reclamar a indenização por danos morais com fundamento

²⁷⁷ COLLINS, Hugh, *The Law of Contract*, 4th., ed., Lexis Nexis —Butterworths, London, 2003, p. 415.

nas normas de direito extracontratual, quando não puder fazê-lo pelas normas de responsabilidade civil contratual.

O entendimento adotado pelo Reino Unido, ainda bem restritivo se comparado a outros ordenamentos como o Brasileiro, Espanhol, Argentino, tende a evoluir no sentido de passar a admitir de forma mais ampla a indenização por danos morais em razão do não adimplemento contratual. Essa mudança já se vislumbra claramente no alargamento daquilo que os Tribunais entendem por “abalo físico”, contemplando situações como a de um contratante lesado, que ao adquirir uma propriedade nas proximidades do aeroporto (exigindo perícia para comprovar que os ruídos não lhe prejudicariam), tendo tomado posse constatou que havia sido enganado pela parte contrária. Situação em que o Tribunal entendeu conceder danos morais, dentro do conceito de “abalo físico” suportado pela vítima²⁷⁸.

A própria doutrina já reconhece que esta mudança, e inclusive prevê o fim deste entendimento restritivo. Ressalta CHEN-WISHART (2005, p. 526), que o rechaço a indenizar os danos morais, entendidos como sofrimento, frustração, perda da reputação, perda do prazer, dentre outros, derivados do incumprimento contratual, é uma corrente que começa a mudar²⁷⁹.

6.3.3 Estados Unidos

Assim, como a Alemanha e o reino Unido, os Estados Unidos possui um ordenamento jurídico muito restritivo quanto a possibilidade de indenização por danos morais derivados de um incumprimento contratual.

Dentre as justificativas para este posicionamento, os Tribunais

²⁷⁸ Sentencia *Farley v. Skinner* ([2001] UKHL 49).

²⁷⁹ CHEN-WISHART, Mindy, *Contract Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 526.

Americanos mencionam que as desilusões e frustrações sofridas pelo incumprimento do contrato são comuns a qualquer relação contratual, e que este risco é próprio da sua natureza. Alegam que conceder indenizações por dano moral diante do incumprimento ocasionaria um problema ainda maior, na medida em que qualquer descumprimento geraria o direito da parte pleitear referida indenização. Ademais, na quase totalidade das vezes o objeto do contrato possui finalidade econômica, e por isso, as indenizações devem ficar restritas aos danos patrimoniais e não estenderem-se ao campo extrapatrimonial.

Outro argumento utilizado pelos Tribunais para não concessão está na previsibilidade do dano. Este requisito está expresso no artigo 351 *Restatement (Second) of Contracts* (1981) e estabelece que os danos não são indenizáveis quando a parte que não cumpriu com a sua obrigação não podia prevê-los como resultado provável do incumprimento no momento da perfectibilização do contrato. A origem da regra se encontra na Sentença Inglesa *Hadley v. Baxendale* (156 Eng. Rep. 145 [1854]). De acordo com tal dispositivo, o lesado pode reclamar a indenização daqueles danos que surgirem de forma natural, que considerar justos e razoáveis para aquele incumprimento e que pode supor-se, razoavelmente, que foram levados em conta por ambas as partes quando da perfectibilização do contrato, como resultado provável de seu incumprimento. O que significa dizer, que são aqueles danos que foram previsíveis para os contratantes²⁸⁰.

O ordenamento jurídico americano também possui exceções à regra. Uma delas encontra previsão no artigo 353 *Restatement* que prevê a possibilidade de indenização das frustrações e moléstias ocasionadas pelo incumprimento contratual quando este também tenha ocasionado danos corporais, ou no caso de o dano ter causado moléstias emocionais graves. As hipóteses de erro no procedimento de intervenção cirúrgica estética, são exemplos de casos que os Estados Unidos admitem a indenização por danos

²⁸⁰ CALAMARI, John D., PERILLO, Joseph M., *The Law of Contracts*, 4th, West Publishing, St, Paul, Minn, 1998, p. 547.

morais.

Além destas duas situações anteriores, as cortes americanas também admitem a possibilidade de indenização quando a vítima sofrer dano moral em razão da consequência de um ato intencional ou conduta negligente grave do devedor.

Por fim, admitem ainda os danos morais quando ocorre o descumprimento do contrato que tinha por objeto a satisfação de interesses não patrimoniais e cujo descumprimento cause à vítima frustração, moléstias, abalo emocional, etc. Em geral estas regras são previstas no momento da celebração do contrato e cobrem as mais variadas situações, como cancelamento de pacote de viagem, não comparecimento do fotógrafo em cerimônia de casamento, etc²⁸¹.

6.3.4 França

A França está dentre os países cujo ordenamento jurídico é mais flexível no que diz respeito a concessão de indenização por danos morais resultantes do descumprimento de um contrato, aproximando-se, em razão disso, do sistema adotado no Brasil e na Espanha.

Os franceses admitem a indenização por danos morais oriundos de incumprimento contratual praticamente sem restrições, assim como o fazem no âmbito da responsabilidade extracontratual. No entanto, esta amplitude de interpretação pode acarretar problemas sérios, a medida em que o ordenamento jurídico francês não impõe limites, e tampouco possui regras claras a respeito do assunto.

²⁸¹ COHEN, Ronnie, O'BYRNE, Shannon, *Cry me a River: Recovery of Mental Distress Damages in a Breach of Contract Action – A North American Perspective*, American Business Law Journal, Vol. 42, Winter/Spring, pp. 128, 2005.

A obrigação de reparar os prejuízos está expressa nos artigos 1147 e 1149 do Código Civil. De acordo com artigo 1147, o devedor fica obrigado a reparar o dano em caso de incumprimento do contrato ou de atraso no cumprimento deste, ainda que não exista má fé de sua parte, exceto se o incumprimento derivou de uma causa estranha não imputável ao próprio devedor. Já o artigo 1149, trás as espécies de dano indenizável, dentre as quais, o dano emergente e o o lucro cessante.

Entretanto, segundo a doutrina dominante, também é possível incluir neste artigo 1149 do Código Civil, o dano moral, desde que preenchidos certos requisitos: que o dano seja certo, previsível no momento da perfectibilização do contrato e seja consequência direta e imediata do descumprimento do contrato²⁸².

Constata-se que a regra que permite a indenização do dano moral derivado do incumprimento contratual na França, é na verdade, uma construção doutrinária e jurisprudencial. O que ocorre na prática, é que cada magistrado analisa o caso concreto, e tem, uma liberdade muito ampla para decidir se o não cumprimento da avença contratual gerou uma dano moral, ou não. Isso, sem dúvida pode gerar uma insegurança jurídica e tem sido alvo de críticas dos doutrinadores franceses.

6.3.5 Argentina

No direito argentino, a reparação do dano subjetivo em matéria contratual está prevista no art. 522 do Código Civil (na redação de Lei 17.711/68): *“En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del daño moral que hubiere*

²⁸² MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent, STOFFEL-MUNCK, Philippe, Les Obligations, 2e ed., Defrénois, Paris, 2005, n. 961, p. 506.

causado, de acuerdo a la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias". Em outros termos, o juiz pode decidir livremente se outorga ou não a reparação de acordo com as circunstâncias, não obstante estar provado o dano²⁸³.

Sem dúvida o ordenamento jurídico Argentino, juntamente com o brasileiro, espanhol, francês, dentre outros, integra o grupo cuja interpretação é mais flexível, admitindo a indenização por danos morais derivada do descumprimento contratual na maior parte das situações, atribuindo ao juiz um amplo poder de decisão frente ao caso concreto.

Na jurisprudência argentina encontramos com frequência casos de indenização por danos morais derivados, por exemplo, do não cumprimento de contrato de transporte²⁸⁴, frustrando lua de mel, férias ou outra viagem. Também, nos contratos de compra e venda de imóvel para moradia, em que ocorre o atraso na entrega, obrigando os compradores a estender o contrato de aluguel, ou mesmo a adiar o casamento. É caso freqüente nas cortes argentinas, pleitear indenização por danos morais pelo descumprimento do contrato de prestação de serviços telefônicos²⁸⁵. Segundo a jurisprudência

²⁸³ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Ed. Editar, Buenos Aires, 1971, p 151; También escribe sobre o assunto CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, Apuntes sobre el denominado daño a la persona em el Código Civil do Peru, 1984, Rev. Diritto Civil, 70/24.

²⁸⁴ Neste sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III(CNFedCivyCom)(SalaIII) 30/08/2007 **Publicado en:** La Ley Online **SUMARIOS:** 1. La empresa aérea debe restituir los gastos devengados por los billetes aéreos que los actores no pudieron utilizar y pagarles una indemnización por el daño moral que experimentaron como consecuencia del incumplimiento contractual de la accionada — en el caso, una menor y su familia debieron sacar nuevos pasajes con otra compañía aérea porque la accionada se negó a transportar a la primera aduciendo negligentemente inconvenientes en su documentación — , pues, si bien la frustración no puede apreciarse económicamente, se evidencia una grave alteración en la libertad de los actores de programar su descanso.

²⁸⁵ CAUSA 1781/97 - "Zappia Vicente c/ Telecom Argentina Stet France Telecom SA y otros/cumplimiento de servicio de telecomunicaciones" - CNCIV Y COMFED - SALA I – 17/07/2003. SERVICIO TELEFONICO. Daño moral. Errónea inclusión en guía telefónica. Constante recepción de llamados telefónicos equivocados "No requiere prueba, supongo, el daño que representa sufrir constantes llamados telefónicos equivocados, con la frecuencia que conlleva que el número erróneamente atribuido a la actora corresponda a una empresa comercialmente conocida. En rigor, entiendo que el resarcimiento otorgado por este concepto es exiguo, y -de acuerdo a lo reclamado por la actora- propongo elevarlo a la cantidad de

dominante, nestes casos, para que se proceda a reparação dos danos morais, deve ocorrer um abalo psicológico muito relevante, levando em conta as circunstâncias da pessoa, tempo e lugar. Dentro desta ordem de idéias se há dito que o ressarcimento de dano moral, não cobre qualquer inquietude ou perturbação do ânimo derivado de uma carência transitória de um bem material, como é a falta da prestação de um serviço telefônico, pois precisa ser uma situação especial, de comprovada monta. Por fim, outro caso bastante freqüente é a concessão de indenização por danos morais concedidas a torcedor que é agredido dentro de estádio de futebol, tendo em conta o dever de segurança assumido pelo contratante ao vender o bilhete.

6.3.6 Itália

A reparação do dano moral na Itália surgiu na doutrina e na jurisprudência só no começo do século XX. O entendimento era de que o conceito de dano se referia única e exclusivamente aos danos materiais, excluindo-se portanto, os danos morais. Os debates a respeito do tema tiveram influência das inovadoras idéias francesas.

Com isso, surgiu dois posicionamentos distintos na Itália. A doutrina majoritária que, seguindo aos comentaristas do artigo 1227 e sua interpretação histórica, e buscando ser fiéis ao espírito do legislador, era contrária as indenizações por danos morais por incumprimento de uma obrigação. E doutrina minoritária e sem reflexo algum nas sentenças dos tribunais, que sustentavam a possibilidade de indenização por danos morais resultantes do incumprimento de uma obrigação contratual.

O reconhecimento restritivo do dano não patrimonial derivado de incumprimento contratual no direito italiano se ampara na norma do artigo

cinco mil pesos.

2059. Logo, se admite nos casos previstos na lei, e somente pode se outorgar sob dois pressupostos, que são a infração de contrato e comissão de uma norma penal. A responsabilidade por dano moral só se procede, por exemplo em casos de acidente de trabalho, se concorrerem ilícitos na conduta. Mas ainda assim, se são vários empregadores, só haverá responsabilidade por dano moral se for possível determinar qual deles cometeu o ilícito, que é precisamente a *conditio sine qua non* para a procedência da indenização por dano moral. Estamos diante de um caso praticamente impossível na realidade, e que revela certamente o interesse do legislador italiano em não dar importância ao dano moral deste ponto de vista de ressarcibilidade. Na verdade, nega sua reparação.

Em que pese estar dentro dos dispositivos que regulam os atos ilícitos, o artigo 2059 aplica-se a toda a responsabilidade civil, extracontratual ou contratual.

Na jurisprudência, encontramos sentenças que aplicam o artigo 2059 do Código civil, todavia, aduzem que este artigo não se refere a todo dano não patrimonial, mas só ao dano moral no sentido de dor psicológica ou padecimento do ânimo. Os demais danos não patrimoniais e patrimoniais, unificáveis em uma só categoria geral de dano, devem entender-se regulados no artigo 2043 do Código civil. Ademais, o artigo 1174 impede aceitar, como conteúdo da obrigação contratual, um objeto carente de substrato econômico, como ocorreria no caso de admitir-se a reparação do dano não patrimonial²⁸⁶.

A aplicação do artigo 2059 a toda a responsabilidade civil tem fundamento na vontade do legislador, que ao que tudo indica não queria incluir em seu conteúdo a possibilidade de indenização por danos morais. Além disso, o legislador tinha dois objetivos quando promulgou o artigo 2059: terminar com o problema dos danos morais, existente sob a égide do Código Civil anterior – que permanecia sem solução -, e ao mesmo tempo era uma tentativa de

²⁸⁶ CARBONE, Vincenzo, *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*, E. Jovene, Napoli, 1969, p. 244.

estancar a forte influência que o ordenamento jurídico Italiano recebia do Francês, que por sua vez era bem flexível quando o assunto era danos morais, ou seja, era evidente a intenção de negação à interpretação extensiva do dano moral.

A doutrina e a jurisprudência são unânimes em reconhecer que levando em conta o Código Civil Italiano, só é viável a indenização do dano não patrimonial nos casos previstos expressamente pelo legislador, o que significa que a indenização por dano não patrimonial fica limitada, quase exclusivamente, aos danos extrapatrimoniais suscitados por fatos ilícitos integrantes do delito penal, nos termos do artigo 185 do Código Penal Italiano. Segundo este artigo *“todo delito que ocasione um dano patrimonial ou não patrimonial obriga o ressarcimento ao culpado e a pessoa que, conforme as regras de direito civil, deve responder por ele”*. Não há ressarcimento dos danos extrapatrimoniais que tenham sua origem num ilícito civil²⁸⁷.

O legislador parece ter excluído a reparabilidade do dano moral em matéria de contrato, para considerá-la devida apenas quando vinculada a um ato ilícito absoluto²⁸⁸.

Entretanto, a doutrina Italiana tem evoluído no sentido de reconhecer os direitos mais essenciais da pessoa. Aliás, esse fenômeno ocorre não só na Itália, mas em todos os países que compõe a Comunidade Econômica Européia. Nesta linha, preceitos foram sendo modificados e a jurisprudência também tem alterados os precedentes por parte dos tribunais, que não se detinham precisamente a estas linhas de orientação jurídica. Com isso, se objetivou estender o conceito de dano ressarcível e incluir os prejuízos não só patrimoniais como os extrapatrimoniais.

²⁸⁷ BUSNELLI, F. D., Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona”, em Danno e responsabilidadà, Impressioni a Cass., sez. III civ., 2003, pp. 826 e ss.

²⁸⁸ COVIELLO Jr., Leonardo, *L'obbligazione negativa: Contributo alla teoria delle obbligazioni*, Ed. ESI, Napoli, 1978, pp. 102 e 172.

A indenização por danos morais atualmente, na Itália, não encontra um conjunto sistematizado de regras. O artigo 2059 forçou a doutrina e os tribunais a construir um tipo de dano autônomo, que é o dano “*danno biologico*” ou “*danno alla salute*”, que se regem basicamente pelas regras gerais do artigo 2043 do Código. A doutrina não é pacífica, e alguns autores, com um certo apoio jurisprudencial, negam que transtornos psíquicos leves, como a inquietude, podem ser considerados “*danno alla salute*” e requerem que reúna os requisitos necessários para que seja qualificado de patologia médica. Os demais casos de transtornos psíquicos leves, não qualificados como enfermidades, não seriam “*danno biologico*” ou “*danno alla salute*”, mas um simples dano moral, regido pelo artigo 2059 do Código²⁸⁹. Segundo MONATERI²⁹⁰, estão restritos aos casos determinados pela lei e, principalmente causados por um fato tipificado como delito.

6.3.7 Chile

A indenização por danos morais derivados do incumprimento contratual no Chile, ainda é questão bastante discutida e não muito pacífica. Apesar de já existir uma orientação da Corte Suprema no sentido de admitir tal hipótese, ainda há diversos julgados que negam os danos morais neste caso²⁹¹.

O principal argumento daqueles que resistem à sua concessão está no fato de que o artigo 1556 do Código Civil Chileno, refere-se somente aos lucros cessantes e danos emergentes, não fazendo menção expressa aos danos

²⁸⁹ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *El resarcimiento por daño moral em España y Europa*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2007, pp. 299/303.

²⁹⁰ MONATERI, P. G., *La responsabilità Civile*, em SACCO, R., (dir.), *Trattato di Diritto Civile*, UTET, Torino, 1998, p. 300/301.

²⁹¹ Como a Sentença da Corte de Apelação de Santiago de 5 de dezembro de 2005.

morais. No entanto, esta interpretação restritiva vem sofrendo mitigação ao longo dos tempos e tende a acabar.

Os primeiros julgados favoráveis foram no âmbito dos contratos de transporte, em meados do século passado. Posteriormente surgiram legislações especiais tratando do tema, como por exemplo o artigo 40.2 de la Ley 19.733 de julio de 2001, sobre *“Libertad de Opinión e Información y Ejercicio del periodismo”*.

A partir destes precedentes a Corte Suprema passou a admitir os danos morais oriundos do descumprimento contratual, baseando-se no princípio da reparação integral do dano. Em termos gerais a partir de outubro de 1994 a Suprema Corte abandonou a interpretação restritiva do artigo 1556 do Código Civil, passando a entender que tal dispositivo não excluía de maneira forçosa a indenização por dano moral na esfera contratual. Efetuou uma análise conjunta de dispositivos, dentre eles do artigo 544 e 1544 do Código Civil, abandonando a concepção puramente patrimonialista do direito das obrigações, passando a entender que a tutela dos direitos imateriais da pessoa necessitava um tratamento pelo menos igual aos atributos materiais ou patrimoniais. Segundo Larroumet²⁹² esse reconhecimento representou um progresso da civilização jurídica.

²⁹² Larroumet, Christian (2004): "A propósito de la negación de la responsabilidad contractual en la doctrina francesa reciente", en: PIZARRO, Carlos (edit.), *Temas de Responsabilidad Civil*, Cuadernos de Análisis Jurídicos (Santiago, Universidad Diego Portales) p. 19.

7 Provas do Dano Moral

Considerando que os danos morais não se manifestam no mundo físico-material, uma indagação por longo tempo perturbou e perturba os doutrinadores. Como provar o dano moral?

Uma primeira resposta, consoante o direito processual civil, seria: poderá ser provado por todos os meios de provas em direito admitidos.

Mas, quais são, exatamente, esses meios? Há doutrinadores que esposam o entendimento de que o dano moral não precisa ser provado.

MARIA ISABEL DE MATOS ROCHA em artigo publicado²⁹³, afirma que é difícil a prova do dano moral, da dor; porém, sempre se poderá exigir a prova da dor e casos há, em que perfeitamente se pode presumir a existência da dor, por ser patente (como no caso de morte). No caso de morte, o abalo moral é inconteste. Mormente quando se trata de pessoas muito próximas, pessoas às quais a vítima dispensava atenção especial ou mantinha relacionamento escorado nos

²⁹³ MATOS ROCHA, Maria Isabel de, *A Reparação do Dano Moral da Morte*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 689, Mar-1992, p. 100.

mais profundos sentimentos de amor, carinho, respeito e amizade.

O Professor JOÃO CASILLO²⁹⁴ entende que se a vítima pretender tão somente indenização por danos materiais deverá sim, fazer prova dos prejuízos, dentro da regra geral. Mas por outro lado, havendo apenas o dano moral, a indenização é devida, sem qualquer prova de reflexo patrimonial negativo.

O indivíduo que sofre a perda de um ente querido, ou que sofre um abalo emocional muito intenso decorrente de uma discussão, de uma ofensa moral, como calúnia, difamação ou injúria, e, em decorrência disto sofre uma intensa humilhação pública, sendo alvo de comentários, ou motivo de riso por parte da sociedade, é submetido a uma perda de energia muito grande. Exigir do mesmo, em um processo indenizatório, um amontoado infindável de provas, seria castigar a vítima duplamente. Seria transformar o processo em novo acidente traumático ou em novo motivo de humilhação.

A prova de sua existência exsurge do arcabouço fático narrado pela vítima. Assim, pela análise da narração dos fatos, pode se perceber, por meio de um critério axiológico, que o magistrado deverá possuir, a existência do dano moral.

Obviamente que todos os meios de provas, além da narração coerente e coesa, além de verossímil do evento danoso que puderem vir a corroborar a certeza de existência do dano, podem e devem ser agasalhadas pelo processo que discute a sua existência e, por conseguinte, sua reparação.

Deve-se concordar, evidentemente, que, por se tratar o Direito, de uma ciência inexata e a dor moral, de uma lesão na alma, no espírito, e que, portanto, não se exterioriza no plano material, a pretensão de uma prova inequívoca e exata é impossível. Isso porque o íntimo das pessoas diz muito

²⁹⁴ CASILLO, João, *Dano à pessoa e sua indenização*, Ed. revista dos Tribunais, São Paulo, 1987, p. 170.

mais do que a aparência exterior. O íntimo das pessoas às vezes diz muito mais da dor do que a exteriorização do sentimento, o que é fator a obstaculizar uma prova judicial inequívoca²⁹⁵.

Consoante o direito processual, o leque de meios probatórios é amplo e, estando previstos e permitidos por lei, devem ser utilizados com bom senso e racionalidade.

Mesmo que a constatação do dano moral exsurja do próprio arcabouço fático que a vítima expõe na exordial, é óbvio que sempre haverá os oportunistas que, com sentimento de cupidez e má-fé, simularão situações inexistentes com o único escopo de se enriquecerem. Assim, a prova nunca é demais, pelo contrário, é sempre necessária.

E para a constatação da verdade, todos os recursos científicos devem ser utilizados. Em razão de o dano moral atingir o âmago do indivíduo, seu espírito, seu psiquismo, a perícia realizada por psicólogos e psiquiatras pode ser um recurso de inoidável ajuda e barreira intimidatória para os simuladores. Segundo pensamento de CHRISTINO ALMEIDA DO VALLE²⁹⁶, se inexistirem recursos científicos para nos ajudar a aferir o exato alcance dos sentimentos morais, temos que recorrer a outros meios: aos testes de psicologia e psiquiatria, os quais poderão nos ajudar muito, a fim de ser aquilatada a extensão da dor.

O juiz sempre poderá requerer a perícia, indicando perito, caso seu convencimento não esteja formado acerca do conjunto probatório, conforme lhe faculta o art. 421²⁹⁷ do CPC.

²⁹⁵ ZAMPROGNA MATIELO, Fabrício, *Dano material, reparações, dano moral*, 4ª ed, Ed, Ed. Sagra Luzzatto, Porto Alegre, 1998, p. 56.

²⁹⁶ ALMEIDA DO VALLE, Christino, *Dano Moral*, 1ª ed, Ed. Aide, Rio de Janeiro, 1999, p. 65.

²⁹⁷ Código de Processo Civil: “Art. 421 O juiz nomeará o perito, fixando de imediato o prazo para a entrega do laudo”.

Segundo WILSON MELO DA SILVA²⁹⁸, "*Os testes psicológicos e os usados pelos psiquiatras, até certa medida, revelam quantidades controladas de emoções. E aparelhos aperfeiçoados há que já vão possibilitando, no papel, o gráfico da curva da verdade*". Nesta mesma linha CLAYTON REIS²⁹⁹: "*Essa compensação por seu turno, poderá ser aferida através da arbitragem, em que os laudos periciais poderiam ser de grande valia*".

Assim, desde que não atinjam a dignidade das partes, devem ser utilizados. Sendo de se ressaltar, todavia, que inclusive o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou pela desnecessidade de prova do dano moral, pois a mesma exsurge da simples narração do evento danoso.

Nessa decisão do Superior Tribunal de Justiça (Resp n° 23575), o Ministro relator César Asfor Rocha entendeu que "*A concepção atual da doutrina orienta-se no sentido de que a responsabilização do agente causador do dano moral opera-se por força do simples fato da violação (Danum in re ipsa). Verificado o evento danoso, surge a necessidade da reparação, não havendo que se cogitar da prova do prejuízo, se presentes os pressupostos legais para que haja a resposanbilidade civil (nexo de causalidade e culpa)*".

Conforme CARLOS ALBERTO BITTAR³⁰⁰ tem-se, de início, com respeito à constatação do dano, que a responsabilização do agente deriva, quanto aos morais, do simples fato da violação (exfacto), tornando-se, portanto, desnecessária a prova de reflexo no âmbito do lesado, ademais, nem sempre realizável. Ora, trata-se de presunção absoluta, ou *iuris et de iure*, como a qualifica a doutrina. Dispensa, portanto, prova em concreto. Com efeito, corolário da orientação traçada é o entendimento de que não há que se cogitar de prova do dano moral. Não cabe ao lesado, pois, fazer demonstração de que sofreu, realmente, o dano moral alegado.

²⁹⁸ MELO DA SILVA, Wilson, *O dano moral e sua reparação*, 3ª ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1983, p. 617.

²⁹⁹ REIS, Clayton, *Avaliação do Dano Moral*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 73.

³⁰⁰ BITTAR, Carlos Alberto, *Responsabilidade Civil: teoria e prática*, 3ª ed, rev. E atual. Por Eduardo C. B. Bittar, Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1999, p. 211.

Isso, obviamente, sempre no intuito de favorecer e proteger a parte hipossuficiente da relação processual. Principalmente, quando em um dos pólos figura uma pessoa de procedência econômica e cultural humilde e, do outro, uma empresa economicamente mais privilegiada, tendo a seu serviço um grupo de advogados para defesa de seus direitos. Isso não traz nenhum desrespeito ou gravame aos princípios da ampla defesa e do contraditório, muito menos ao da isonomia entre as partes, pois o princípio da iso-nomia tem por objetivo tratar os iguais com igualdade e os desiguais com desigualdade.

Dessa forma, a prova pericial pode ser um instrumento precioso para a elucidação dos casos mais complexos. Pois é inegável que há casos que dispensam qualquer tipo de prova, pois os danos na esfera psíquica são incontestáveis e produzem, inclusive, presunção *iures et de iure*, absoluta e incontestável, no entendimento de alguns. Exemplo claro disso é a morte³⁰¹. Seus efeitos na alma humana são indiscutíveis, e devastadores.

Mas, revendo este posicionamento, forçoso é que se reconheça a impossibilidade de uma presunção absoluta, notadamente no âmbito humano. Casos há, em que o autor da demanda judicial não nutria o mínimo carinho pela vítima. Cite-se o exemplo de um pai que abandona seu filho. Num dado momento, toma conhecimento que seu filho foi vítima de homicídio, ou latrocínio, ou ainda, de vingança por parte de traficantes, quadro este, lamentavelmente comum nos dias atuais. O pai aproveita essa situação para pleitear vultosa indenização, principalmente aproveitando-se da idéia difundida de que, de veras, a morte é o mais catastrófico acontecimento que pode acometer uma pessoa, ou alguém ligado à mesma. Neste caso, é merecedor esse pai de uma indenização? Evidente que não, pois falta um pressuposto do dever de indenizar. Falta o dano. Esse pai, se é assim que pode ser chamado,

³⁰¹ Evidente que, situações há, nas quais, aquele que pleiteia indenização por danos morais jamais nutriu qualquer sentimento afetivo pela vítima, e acaba se valendo do processo para obter uma indenização que, diga-se de passagem, é indevida, pois dano moral algum sofreu em sua psique. Se obtiver indenização, claramente se estará diante de um enriquecimento sem causa. E é justamente nestas situações que a perícia se faz necessária. Assim, como conclusão de tudo, pode-se perceber que, em realidade é o caso concreto que traçará o melhor itinerário para se buscar a verdade dos fatos.

nunca nutriu amor pelo filho, tanto que o abandonou. Aproveita a oportunidade para obter uma indenização, alegando descaradamente um dano, em um sentimento que nunca teve. Portanto, para evitar isso, a presunção deve ser relativa, ou "*iures tantum*". Competirá à vítima provar que realmente, houve dano. Mas, se comprovado restar que não mantinha nenhum laço de proximidade com a vítima, indenização alguma terá. Claro que, no caso de um homicídio, o Estado tomará as providências judiciais cabíveis, quais sejam, perseguir, processar, condenar e aplicar uma pena ao agente causador do dano. Mas civilmente, diante do quadro que foi apresentado, aquele pai, por um sentimento que nunca teve pelo filho, não terá direito a qualquer indenização. Já é hora de refrear os sentimentos ignóbeis do ser humano. Danos inexistentes não podem ser indenizados, pois simplesmente não existem.

É inegável que o dano moral provoca um abalo psíquico. E esse, por sua vez, deve ser indenizado. Aliás, essa a pretensão da vítima. Entretanto deve-se ter o cuidado de não se confundir o dano psíquico com o transtorno mental pois, este se origina de causas naturais inerentes à própria constituição do homem. Quem melhor distingue estas duas realidades é GENIVAL VELOSO DE FRANÇA³⁰². Diz ele, que deve se fazer uma distinção bem precisa entre dano psíquico e transtorno mental. O primeiro caracteriza-se por uma deterioração das funções psíquicas, deforma súbita e inesperada, surgida após uma ação deliberada ou culposa de alguém e que traz para a vítima um prejuízo material ou moral, face a limitação de suas atividades habituais ou laborativas. Já o transtorno mental, chamado ainda por alguns de doença mental, ainda que tenha como elemento definidor a alteração das funções psíquicas, sua origem é de causa natural.

Entretanto, como dito acima, o dano moral é de difícil demonstração, ou melhor, comprovação. O laudo pericial é um importante instrumento para auxiliar o magistrado na elucidação da contenda que lhe é submetida. Todavia, mesmo o laudo pericial, confeccionado por profissional habilitado cientificamente, utilizando-

³⁰² VELOSO DE FRANÇA, Genival, *Avaliação e valoração médico-legal do dano psíquico*, www.direitonet.com.br, 2000, acessado em 25/07/2002.

se de recursos científicos de ponta, jamais poderá conter dados de uma perícia que comprove a existência do dano moral com uma margem de erro ínfima, a exemplo dos testes de DNA, cujas margens de erro são de 0,0001%. Será muito difícil chegar-se a um laudo que seja incontestável. Nesse itinerário, assim se manifesta o grande perito GENIVAL VELOSO DE FRANÇA³⁰³: *“Sem dúvida, nesta forma de avaliação, o mais difícil é a atribuição pericial concernente à valorização de cada dano psíquico. Leve-se em conta, além das dificuldades de ordem propedêutica, o fato de o examinado não estar no momento do exame interessado em tratar-se mas, tão-só, em ter reconhecido um dano que lhe atribua facilidades para fins indenizatórios ou de outros interesses”*.

Isso porque, como se sabe, é a mente humana um labirinto extremamente complexo e obscuro. Há muitos recônditos ainda, completamente inexplorados.

Assim, a perícia a ser realizada em caso de dano moral, deverá ser realizada com a máxima cautela e profundidade, dada a dificuldade, como dito acima, de se comprovar o dano moral. Ao se impor à vítima, como já se disse, a pesada obrigatoriedade da produção de uma prova absoluta e inconteste, a mesma poderia ser extremamente prejudicada. Claro que os velhacos, simuladores sempre se farão presentes: de um lado, aqueles que dano algum sofreram, e de outro, aqueles que não sofreram tanto como alegam. Como se percebe, as dificuldades estão presentes, mas isso não pode ser óbice para o reconhecimento de tão importante categoria de danos. Não atentar para a presença dos danos morais seria conspurcar o objetivo do Direito que é proteger a todos, indistintamente, e aos mais variados bens componentes do patrimônio das pessoas, nomeadamente os que compõem sua personalidade.

O que se poderá exigir da vítima é que já na exordial, descreva, minuciosamente, e com riqueza de detalhes, as circunstâncias nas quais o dano moral se verificou. Pois, como exposto acima, a prova do dano exsurge do

³⁰³ VELOSO DE FRANÇA, Genival, *Avaliação e valoração médico-legal do dano psíquico*, www.direitonet.com.br, 2000, acessado em 25/07/2002.

arcabouço fático narrado pela vítima, sendo este, inclusive, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, como acima exposto. Sendo a prova um fator a mais.

Ainda sobre a aplicação da perícia para questões de aferição do valor a ser pago à vítima, também tem posição favorável à nomeação de peritos AUGUSTO ZENUN³⁰⁴ para quem diante de uma ação por danos morais, deve antes de tudo, indicar peritos (médicos, psicólogos, psiquiatras, e outros), que ofereçam laudos conclusivos, descrevendo o grau de reparação dos sofrimentos na vida do sofredor.

Logo, o laudo pericial deverá versar, exclusivamente, sobre o grau de reparação dos sofrimentos da vítima, e qual a melhor forma de se reparar os sofrimentos injustamente infligidos à mesma, pois a prova do dano moral, em si, como dito, deflui do próprio conjunto fático narrado pela vítima em sua peça vestibular, além, é claro, de dizer se realmente houve dano. Evidentemente que a conclusão final será do juiz.

Assim, todos os meios probatórios materiais que puderem corroborar na determinação do dano moral, podem e devem ser utilizados, diminuindo-se seu rigor, principalmente, levando-se em consideração a circunstância de que sua constatação é produto dos fatos e circunstâncias que ocasionaram o evento danoso.

Entretanto, uma ponderação extremamente importante deve ser feita. Não se pode confundir prova do dano moral com prova dos acontecimentos que deram origem ao dano moral. Uma questão é a prova do dano moral, difícil de ser realizada, notadamente em razão do fato, como já amplamente ressaltado de que esta categoria de danos não se exterioriza no mundo material, pois se produz na alma, no coração, nos sentimentos da vítima. Outra questão é a prova dos acontecimentos que causam dano moral. Por exemplo, se a vítima alega que sofreu dano moral em razão de ter tido seu nome indevidamente, incluído em algum órgão de restrição ao crédito, deverá fazer prova de tal fato, logicamente o

³⁰⁴ ZENUN, Augusto, *Dano moral e sua reparação*, 7ª ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 125.

mais usual, a consulta ao órgão, para verificar se seu nome foi mesmo incluído em seus cadastros negativadores. Ou ainda, no caso de devolução de um cheque por falta de provisão de fundos, quando, em realidade, o titular do título tinha fundos disponíveis, deverá fazer prova do ocorrido, por meio da apresentação, ou melhor, da juntada de referido cheque indevidamente devolvido, ao processo. Por fim, apenas para que fique claro, se uma pessoa alega que sofreu profundo abalo moral em decorrência de notícia falsa publicada em determinado jornal, deverá, como meio de provar o que alega, juntar ao processo uma cópia de referido jornal, especialmente da página na qual a falsa notícia foi publicada.

Assim, a vítima não precisará apresentar prova do dano moral, pois este exsurge do arcabouço fático narrado no processo, sendo esta assertiva, como ressaltado, relativa. Dizemos relativa porque casos há em que a prova é até despicienda. É o caso do filho que mora com seus pais, e todos os finais de semana programa um lazer conjunto, como uma pescaria, um jogo de futebol, etc. É patente que a perda deste filho gerará aos pais um profundo abalo moral, sendo a prova disso até desnecessária. Já no caso acima citado, do pai que abandona o filho e, por muito tempo nunca deu atenção ao mesmo, o problema muda de configuração, sendo a perícia necessária. A parte contrária, competirá provar que não houve dano, quando imperar a presunção relativa. Mas o arcabouço fático, ou seja, as circunstâncias que se fizeram presentes e que deram origem ao dano, deverão ser provadas, e da forma mais completa possível, seja por meio de prova testemunhal, documental, ou de qualquer outro meio de prova em direito admitido.

Nesta temática das provas do dano moral, devemos fazer referência aos laudos emitidos por psiquiatras e psicólogos que, certamente, são de fundamental importância ao lado, evidentemente, de pessoas que testemunharam os fatos, portanto, prova testemunhal.

A questão da prova do dano moral no direito espanhol é encarada da mesma forma que no Brasil. A doutrina expõe as mesmas problemáticas³⁰⁵ e

³⁰⁵ Segundo JOSÉ M^a FERRER VICENTE, o problema da prova é próprio do dano moral. Ressalta que *“Primero, la dificultad de su prueba, dado que se afecta un bien jurídico no*

alega que é insustentável pretender que as partes façam uma demonstração cabal, absoluta, dos danos morais, principalmente quando se trata do âmbito contratual, pois no momento em que se pretende uma prova absoluta do dano moral, equivale a impossibilitar o seu ressarcimento, eis que a prova do sofrimento, da dor, está no campo íntimo, psicológico da vítima, e nem sempre é possível extraí-la com exatidão.

A STS de 31 de maio de 2000³⁰⁶, sustentou que *“La temática planteada, aunque relacionada con la doctrina general sobre la carga de la prueba del daño, presenta ciertas peculiaridades sobre todo por la variedad de las circunstancias, situaciones, formas (polimorfía) con que puede presentarse el daño moral en la realidad práctica, y de ello es nuestra la jurisprudencia, que aparentemente contradictoria, no lo es si se tienen en cuenta las hipótesis a que se refiere. Así se explica que unas veces se indique que la falta de prueba no basta para rechazar de plano el daño moral (S. 21 de Octubre de 1996), o que no es necesaria puntual prueba o exigente demostración (S. 15 de Febrero de 1994), o que la existencia de aquel no depende de pruebas directas (S. 3 de Junio de 1991), en tanto en otras se exija la constatación probatoria (S. 14 de Diciembre de 1993) o no se admita la indenización – compensación o reparación satisfactoria – por falta de prueba (S. 19 de Octubre de 1996). Lo normal es que no sean precisas pruebas de tipo objetivo (S. De 23 de Julio de 1990, 29 de Enero de 1993, 9 de Diciembre de 1994 y 21 de Junio de 1996), sobre todo en relación con su traducción económica, y que haya de estarse a las circunstancias concurrentes, como destacan las SS de 29 de enero de 1993 y 9 de Diciembre de 1994. Cuando el daño moral emane de un daño material (S. 19 de Octubre de 1996) o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, pero cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la “in re*

material, y posteriormente, es casi imposible hacer una valoración económica, cuando en la misma no intervienen módulos de valoración objetiva, fijos y aisladamente considerados”. FERRER VICENTE, José M^a, *La cuestión de los daños morales*, Ed. Difusión Jurídica y Temas de actualidad, S.A, Madrid, 2007, p. 19.

Vid. Sentença da Audiência Provincial de Toledo nº 9/2012.

³⁰⁶ (RJ 2000/5089).

ipsa loquitor”, o cuando se da una situación de notoriedad (SS 15 de febrero de 1994, 11 de marzo de 2000), no es exigible una concreta actividad probatoria. Así el reconocimiento del daño indemnizable, como ha recogido la citada S 31 de Mayo de 2000, requiere un padecimiento psíquico – sentencias de 22 de Mayo de 1995, 19 de Octubre de 1996 y 27 de Septiembre de 1999 y la más reciente doctrina jurisprudencial se ha referido al impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, angustia, trastorno de ansiedad, impacto emocional, etc. Ver SS 6 y 23 de Julio de 1990, 22 de Mayo de 1995, 19 de Octubre de 1996, 27 de Enero de 1998 y 12 de Julio y 27 de Septiembre de 1999”.

Outro aspecto importante que se discute no ordenamento jurídico da Espanha, é a possibilidade de utilizar a presunção como meio de prova para dar procedência a ação de indenização por danos morais.

Entre os meios de prova reconhecidos pelo direito espanhol está a presunção, que podendo admitir ou não prova em contrário, tem sua razão de ser em um procedimento lógico de conexão entre um antecedente de fato que se considera provado e sua consequência necessária extraída das regras de critério humano em cada momento existentes.

A utilização da presunção como meio de prova na constatação dos danos morais é atualmente, amplamente reconhecida pelo Tribunal Supremo e também pelo Conselho de Estado em seus Ditames. No Ditame de 5 de abril de 1990³⁰⁷, a respeito de um pedido de indenização formulado pelos pais que haviam perdido o filho, assim se manifestou a Comissão do Conselho de Estado: *“Desde luego y con la mayor “vis atractiva” despliega su eficacia el daño moral que sufren quienes pierden su descendencia, de tal manera que puede establecerse una presunción -“iuris tantum”, por supuesto y derivada del orden natural de las cosas de que ese daño se produce en la generalidad de los casos, de modo que se invierten los principios comunes que rigen la carga de la prueba y sea aquel que lo niega quien tenga que probar que no ha tenido lugar (lo cual,*

³⁰⁷ Expediente nº 54299, Data de aprovação: 05/04/1990. Disponível para consulta no site do “Boletín Oficial del Estado” (WWW.boe.es).

posiblemente, ocurrirá en ciertos casos límite que no es posible, ni siquiera conveniente, inventar)".

Ademais, próprio Tribunal Superior utiliza com freqüência a presunção como meio de prova, ante as dificuldades que instituto apresenta no caso concreto. Apenas a título exemplificativo podemos mencionar a STS 31-10-90³⁰⁸.

Também nesse sentido a Sentença nº 9/2012 da Audiência Provincial de Toledo, segundo a qual "(...) *dicho **daño moral**, conforme a la Jurisprudencia, no se requiere en todo caso **prueba puntual o exigente demostracion** si puede este derivarse notoria o logicamente de la situacion sufrida o de la realidad constatada (...)*"³⁰⁹.

³⁰⁸ FERRER VICENTE, José M^a, *La cuestión de los daños morales*, Editor Difusión Jurídica y Temas de actualidad, S.A, Madrid, 2007, p. 20;

³⁰⁹ Vid. também Sentença nº 8/2012 da Audiência Provincial de Toledo.

CAPÍTULO III
DANOS MORAIS E PESSOAS JURÍDICAS

1 Pessoa Jurídica e Responsabilidade Civil

Esses entes intitulados de pessoas jurídicas, são criados pela lei e constituídos pela união de pessoas, que se reúnem para atingir um determinado fim comum. O ente que resulta dessa união de esforços das pessoas naturais, adquire vida e personalidade própria, que não se confunde com a personalidade daquelas pessoas naturais que a criaram³¹⁰. Segundo SILVIO RODRIGUES³¹¹ *“A esses seres, que se distinguem das pessoas que os compõem, que atuam na vida jurídica ao lado dos indivíduos humanos e aos quais a lei atribui personalidade, ou seja, a prerrogativa de serem titulares do direito, dá-se o nome de pessoas jurídicas, ou pessoas morais”*³¹².

³¹⁰ Tais entes foram criados em decorrência da necessidade associativa dos homens, o que possibilita a realização de atividades que isoladamente não poderiam. Para isso, juntam-se, organizam-se, alocam recursos, bens, relacionam-se com outros grupos, direcionando um encadeamento de atos coordenados a um objetivo preestabelecido. Procuram uma continuidade no tempo, enquanto subsistir o elo entre si, qual seja, o elemento subjetivo que os anima. Então, para viabilizar esta associação de fato, confere-lhe o direito de personalização, com o que surge um novo ser, sujeito de direitos e obrigações em seu nome, com capacidade jurídica análoga à das pessoas naturais. FLÁVIO DA COSTA, Yvete; ARAÚJO DA SILVA, Alexandre, in *“A reparação por danos morais à pessoa jurídica como forma de tutela aos direitos de sua personalidade”*, pp. 6, Artigo baseado em pesquisa financiada pela Fapesp – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, publicado na Revista Jurídica Unicoc; Também nesse sentido, o Prof. Orlando Gomes salienta a necessidade dessa personificação: *“A realização do fim para que se uniram se dificultaria extremamente, ou seria impossível, se a atividade conjunta somente se permitisse pela soma, constante e interativa, de ações individuais. Surge, assim, a necessidade de personalizar o grupo. Para que possam proceder a uma unidade, participando do comércio jurídico com individualidade (...)”*. GOMES, Orlando, *Introdução ao direito civil*, 16ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 185.

³¹¹ RODRIGUES, Silvio, *Direito civil*, 33ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, V. I, 2003, p.86.

³¹² Tão importante como definir o conceito da pessoa jurídica, é desvendar a sua natureza jurídica. Ao longo da história, surgiram inúmeras teorias que explicam a natureza da pessoa jurídica, sendo que as mais importantes são: a teoria da ficção legal, teoria da realidade objetiva, teoria da realidade técnica e teoria da instituição.

A teoria da ficção legal foi desenvolvida por Savigny, e teve maior relevância na segunda metade do século XIX. Acreditava Savigny, que a pessoa jurídica era uma ficção, uma abstração, criada pela lei, e por isso, sem existência real.

A teoria da realidade objetiva, que tem sua origem no direito germânico, sustentada por Gierke e Zitelmann, diz que a pessoa jurídica é um ente real, criado pela sociedade e que tem vida própria, realizando seus objetivos por meio de seus órgãos, que seriam tão reais e vivos como os próprios seres humanos. Já a teoria da realidade técnica, defendida por Saleilles, Geny, Michoud Ferrara, surgiu como teoria eclética entre a teoria da ficção e a teoria da

Por muito tempo negou-se a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica, pois confundia-se a personalidade da pessoa jurídica com a personalidade das pessoas naturais que a compunham.

Isso se deve sobretudo ao fato de que a pessoa jurídica não possui aqueles atributos próprios das pessoas naturais, pois dentre tantas outras coisas, as pessoas jurídicas não podem incorrer em culpa, elemento este, tão presente no âmbito da responsabilidade civil. No entanto, esta realidade já não mais se verifica³¹³, tendo em vista que atualmente se reconhece às pessoas

realidade orgânica, pois reconhece traços de validade em ambas, uma vez que admite que só o homem é passível de direitos e obrigações e que a personalidade da pessoa jurídica deriva de uma criação, de uma técnica jurídica. Para Ferrara, também defensor desta teoria, a personalidade jurídica, tanto individual como coletiva, não é fato nem ficção. É categoria jurídica, criada pelo Direito. A pessoa jurídica funciona como conceito unificador das relações jurídicas entre os indivíduos e as organizações. A realidade jurídica a que se refere é meramente abstrata, ideal, como sucede a todos os institutos jurídicos, porque a pessoa jurídica, diferentemente dos seres humanos, não se vê, nem se toca.

Alexandre Alves, comentando esta teoria, disse que do ponto de vista material, só o homem é uma realidade, sendo a pessoa jurídica ficção; porém esta existe de fato no mundo do direito, não como realidade corporal, mas ideal. Segundo ele para esta teoria, a pessoa jurídica seria em tudo idêntica ao ser humano, salvo naquilo em que a mesma tenha de peculiar à sua própria natureza.

Considerando o conceito de pessoa, anteriormente estudado, parece que esta teoria é a que mais se ajusta, pois ela se divide em substrato material e formal, sendo o primeiro exclusivo do ser humano. Entretanto, a ausência deste aspecto não retira da pessoa jurídica o *status* de existência real, sendo difícil crer que tais entes sejam apenas puro artificialismo do mundo do dever-ser.

Por fim, a teoria da instituição foi criada por Maurice Hauriou, tendo sido desenvolvida por George Bonnard. Esta corrente é na verdade, pouco esclarecedora da natureza da pessoa jurídica. De acordo com essa opinião, existe na realidade social uma série de realidades institucionais que se apresentam à observação como constituindo uma estrutura hierárquica. Para Hauriou, uma instituição dá idéia de obra, de empresa que se desenvolve, realiza e projeta, dando formas definidas aos fatos sociais. A vida interior da pessoa jurídica revela-se por meio das decisões dos órgãos diretores. Ao exercer a atividade exterior, como a aquisição de bens, empréstimos etc., a pessoa age como pessoa jurídica. Vid. BARROS MONTEIRO, Washington de, Curso de direito civil, Ed. Saraiva, v. I, São Paulo, 1977, p.100; FERRARA, Francesco, *Le persone giuridiche*, Torino, UTET, 2ª ed., 1958, pp. 32; ALVES, Alexandre F. de A, *A pessoa jurídica e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 39.

³¹³ A primeira sentença do Tribunal Supremo Espanhol a respeito de pessoa jurídica em matéria de responsabilidade civil, e em razão disso considerada pela doutrina como sentença histórica, foi a S. 28-V-84. Seus fundamentos são consistentemente repetidos em muitas resoluções posteriores da Sala Primeira. Foi um caso em que não era fácil supor que a constituição de uma pessoa jurídica, como instrumento de atuação de interesses de quem a

jurídicas não só a titularidade de direitos patrimoniais, como também de direitos extrapatrimoniais, como o direito ao nome, a honra, a imagem, dentre outros. Todavia, até chegarmos a este reconhecimento, percorreu-se um longo caminho, principalmente no que diz respeito aos direitos extrapatrimoniais.

O conceito e o fundamento de responsabilidade civil são, portanto, essencialmente dinâmicos. O jurista e o legislador do final do século XX não

fundou, tinha o intuito de subtrair responsabilidades ou desviar imputações. Dito de outro modo, esta sentença versou sobre um caso em que a pessoa jurídica não respondeu ao intuito de se subtrair (quem a havia constituído) a aplicação da legalidade que finalmente determinou a decisão do Tribunal Supremo: a própria de direito de danos. Contudo, a Sala encontrou no caso uma identidade de interesses que lhe moveu a desentranhar a realidade subjacente disfarçada sob a forma de uma sociedade anônima e, a partir daí, a estender ou propagar as conseqüências de sua responsabilidade ao *Ayuntamiento* que a havia constituído (na verdade com outros objetivos distintos daqueles afirmados pela própria sociedade). Disse o Tribunal Supremo, na parte que interessa, *“que ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la CE (arts. 1.1 y 9.3), se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad, y acogimiento del principio de buena fe (art. 7.1 CC), la tesis y práctica de penetrar en el “substratum” personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6.4 CC), admitiéndose la posibilidad de que los Jueces puedan penetrar (“levantar el velo jurídico”) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CC) en daño ajeno o de “los derechos de los demás” (art. 10 CE) o contra intereses de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un “ejercicio antisocial” de su derecho (art. 7.2 CC), lo cual no significaba - ya en el supuesto del recurso - que haya de soslayarse o dejarse de lado la personalidad del ente gestor constituído em sociedad anónima sujeta al Derecho privado, sino sólo constatar, a los efectos del tercero de buena fé (la actora y recurrida perjudicada), cuál sea la auténtica y “constitutiva” personalidad social y económica de la misma, el substrato real de su composición personal (o institucional) y negocial, a los efectos de la determinación de su responsabilidad ex contractu o aquiliana, porque, como se há dicho por la doctrina extranjera, “quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes” y menos “cuando el control social efectivo está en manos de una sola persona, sea directamente o a través de los testaferros o de otra sociedad”, según la doctrina patria. Que también en el ámbito del Derecho administrativo, cuando se habla de los “entes públicos” o de gestión (“mutatis mutandis”), a los que se reviste de una forma jurídica perteneciente al Derecho privado (sociedades anónimas, por ejemplo), según se señala por autorizada doctrina, no se hace sino utilizar una técnica ofrecida por esse Derecho de modo instrumental, del uso de un procedimiento en el que la sociedad aparece como una simple forma para encubrir la creación de un ente filial puro y simple, externamente regida por el Derecho privado, pero n realidad – internamente – de la pertencia de la Administración, tal como en el caso del recurso ocurre y se declara por la sentencia de instancia, en el que, según el contrato, el Ayuntamiento es órgano de la Sociedad municipal y el Alcade su Presidente del Consejo, es decir, con el poder, siquiera compartido, de gestión de la entidad, circunstancia más que suficiente para no considerar tercero o extraño al Ayuntamiento con respecto a la sociedad municipal demandada y, consecuentemente, bastante para llegar a la misma conclusión que la sentencia impugnada, es decir, que la interpelación hecha al Municipio vale para la sociedad*

podem encarar a reparação do dano da forma que faziam seus pares do início do século. Em sede de responsabilidade civil e reparação do dano, quer no campo da culpa, quer no campo do risco, o legislador e o julgador devem ter em mente sempre dois parâmetros: a indenização deve ser suficiente para restabelecer o equilíbrio da relação; não pode, porém, ser exagerada, a ponto de depauperar o causador do dano e de tolher suas atividades, sua iniciativa, vindo a causar desequilíbrio a pretexto de reparar outrem. Isso é tanto verdadeiro para as pessoas naturais, como para as pessoas jurídicas³¹⁴.

No direito brasileiro a responsabilidade da pessoa jurídica encontra fundamento nos artigos 389 e 927 do Código Civil, conforme seja a responsabilidade contratual ou extracontratual, respectivamente.

No direito espanhol a responsabilidade das pessoas jurídicas encontra fundamento legal no artigo 1902 do Código Civil. Em que pese tal dispositivo não ser expresso com relação às pessoas jurídicas, a jurisprudência é pacífica no sentido de que é também aplicável a elas³¹⁵.

*como órgano integrante de ésta y que ésta ni puede ni debe pretender escapar de sus efectos determinados en el art. 1.973 CC, por consiguiente violado". Neste sentido, e com mesma importância se destaca a Sentença 26-I-84 (RJ 386). Este julgado recaiu também em uma reclamação contra a *Empresa Municipal de Águas y Alcantarillados (EMAYA)* de Palma de Mallorca, com base nas inundações que como consequência de infiltrações de água havia sofrido a sociedade demandante. Também nesse sentido a Sentença 29-IV-88 (RJ 3327), que tratou de um incêndio que destruiu um edifício comercial.*

³¹⁴ SÁLVO VENOSA, Silvio de, Direito Civil, Parte Geral, 6ª ed., V I, Ed. Atlas, São Paulo, 2006.

³¹⁵ A Sentença do Tribunal Supremo 24-VI-97, em um caso de reclamação por assistência sanitária defeituosa, assim declarou: *"Para decidir el motivo conviene recordar que la antigua irresponsabilidad del Estado y demás entes públicos, fue poco a poco desapareciendo con la promulgación de distintas leyes como la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 960), Leyes de Expropiación Forzosa y de Régimen Local, pero proclamada legalmente la responsabilidad del Estado, se puede entender su existencia simplemente con interpretar las normas del Código civil 1902 y 1903, según la realidad social del tiempo em que han de ser aplicadas. Esto sentado se puede decir que el artículo 1.903, hasta la modificación introducida por Ley 7 enero 1991, permitía distinguir daños causados por agente especial, supuesto en que ese artículo entendía responsable al Estado y los daños causados por el funcionario a quien corresponda la gestión practicada, en cuyo caso sería aplicable el artículo 1.902. Este artículo 1.902, atribuye responsabilidades al que por acción u omisión cause daño, y ese sujeto puede ser tanto individual como colectivo o institucional, pues las instituciones y la administración, que necesariamente actúan a través de personas físicas, pueden sin embargo ser responsables por omisión de diligencia causante de daños. Así pues en el artículo 1.902 puede entenderse en ocasiones aplicable a sociedades, entes públicos o instituciones, cuando resulte evidente la omisión de diligencia causante de daños, aunque no*

Em síntese, podemos dizer que o reconhecimento da pessoa jurídica como titular de direitos e obrigações nas relações jurídicas, acabou gerando, indubitavelmente, a necessidade de admiti-la como parte nas ações judiciais que versam sobre responsabilidade civil. Este já é um fato consumado, seja no ordenamento jurídico brasileiro, espanhol ou qualquer outro ordenamento jurídico. Contudo, questões controvertidas ainda surgem, sobretudo, no que diz respeito a natureza da pessoa jurídica e a impossibilidade de igualar esta entidade que não passa de uma criação fictícia do direito, à pessoa física.

Essa questão toma sua devida importância, principalmente, quando o assunto é danos morais da pessoa jurídica. A doutrina e a jurisprudência debatem largamente se uma pessoa jurídica pode sofrer abalo moral capaz de gerar obrigação de reparar o dano, e isso, gera uma das matérias mais controvertidas quanto à temática “danos morais”.

se conozca al sujeto singular individual inmediatamente actuante. Promulgada la Ley de Régimen Jurídico da la Administración del Estado de 1957, su artículo 41 es fuente legal de responsabilidad que puede aplicarse en concurrencia con el artículo 1.902 cuando la administración lesiona bienes de carácter privado (vid. SS. 3 octubre 1994, 23 noviembre 1990, etc.), y de carácter privado entiende la jurisprudencia la salud (SSTS 22 noviembre 1985, 1 julio 1986, 31 marzo 1987, 23 noviembre 1991, 11 junio 1993 y 8 febrero 1994)”. Também se manifestou nesse sentido a Sentença do Tribunal Supremo 10-III-94 (RJ 1736, em um caso de lesões em acidente de trabalho).

2 Pessoa Jurídica como titular dos Direitos da Personalidade

Os direitos da personalidade são aqueles direitos que acompanham o seu titular desde o nascimento, e independem de qualquer manifestação volitiva por parte deste. São direitos que *“têm como objeto os atributos físicos e morais da pessoa em si e em projeções sociais, compondo-se de valores inatos, como a vida, a integridade física e psíquica, a liberdade, a honra, o nome”*³¹⁶.

O que há muito se discute, é a possibilidade de uma pessoa jurídica ser titular de tais direitos. Discussão esta, de fundamental importância, porque para admitir a possibilidade de uma pessoa jurídica sofrer danos morais, em primeiro lugar, precisamos admitir que ela é titular de direitos da personalidade. Assim, por muito tempo acreditou-se que o direitos da personalidade eram atribuíveis somente às pessoas naturais. Todavia, hoje, já não se sustenta mais este entendimento, admitindo-se que as pessoas jurídicas também podem ser titulares daqueles direitos da personalidade compatíveis com a sua natureza, como direito ao nome, imagem, reputação, etc. A respeito do tema, escreveu de forma inigualável, a Prof^a Yvete FLÁVIO DA COSTA e ALEXANDRE ARAÚJO DA SILVA³¹⁷, in *“A reparação por danos morais à pessoa jurídica como forma de tutela aos direitos de sua personalidade”*, que serviu de base para o estudo. Segundo os autores, as indagações a respeito da legitimidade da pessoa jurídica para demandar reparações de cunho moral, ou extrapatrimonial, devem partir da determinação da capacidade destes entes para adquirir direitos que não eminentemente patrimoniais. E se existe esta capacidade, só poderá estar relacionada a direitos provenientes da sua própria personalidade enquanto tal, de forma análoga ao que acontece com as

³¹⁶ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Novo Código Civil: tutela da dignidade da pessoa humana no casamento*, Revista do Advogado, p. 122.

³¹⁷ FLÁVIO DA COSTA, Yvete; ARAÚJO DA SILVA, Alexandre, in *“A reparação por danos morais à pessoa jurídica como forma de tutela aos direitos de sua personalidade”*, p. 6 e ss, Artigo baseado em pesquisa financiada pela Fapesp – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, publicado na Revista Jurídica Unicoc.

pessoas naturais. Por isso, de acordo com os autores é necessário, antes de tudo, precisar o conceito de pessoa para o direito positivo. A noção inclui duas acepções distintas, sendo pessoa em sentido material todo “ser nascido de mulher” com vida, independente ainda de seu *status* jurídico; a partir deste momento, o ser natural nascido torna-se pessoa também em sentido formal, equivalente a sujeito de direitos.

Para o direito, a pessoa é o ser humano, considerado como sujeito de direitos e deveres dentro da ordem jurídica, com capacidade de agir, de adquirir, de exercer direitos e contrair obrigações.

De acordo com o artigo 1º Código Civil brasileiro vigente “*toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil*”. O Código Civil Espanhol, não possui dispositivo equivalente. No entanto, a doutrina também é unânime no sentido de que pessoa no direito positivo, é todo aquele ser capaz de direitos e obrigações³¹⁸.

Apesar de guardar íntima relação com o conceito de ser natural, homem,

³¹⁸ A respeito do tema, esclarece MARÍA DE ARÁNZAZU NOVALES ALQUÉZAR: “*En cuanto a la personalidad, aunque a veces se utiliza este término como sinónimo de persona y sean consecuencia uno del otro, no deben confundirse. Si persona es todo ser capaz de derechos y obligaciones, por personalidad ha de entenderse la aptitud para ser sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas. Se es persona y se tiene personalidad. Este último vocablo, en sentido jurídico, es lo que técnicamente se denomina capacidad jurídica o de Derecho, que no puede confundirse con la capacidad de obrar, que es la facultad para concluir negocios jurídicos, que siendo dependiente de la inteligencia y de la voluntad, es contingente y variable. Según De Castro, los derechos de la personalidad “son los derechos que conceden un poder a las personas para proteger la esencia de su personalidad y sus más importantes cualidades”. Los derechos de la personalidad tienen escaso desenvolvimiento en la legislación codificada. El Código de Napoleón, a pesar del clima en el que surgió, carece de una expresa disciplina de los mismos, y esto ocurre en todos los Códigos Civiles que se modelaron a imitación del francés. Algunos autores, como Kohler y Gierke, han visto el germen del moderno derecho de la personalidad en el parágrafo 16 del Código Civil austriaco de 1811, que reconoce en todo hombre la existencia de derechos innatos50, principio de gran significación y alcance que refleja la doctrina del derecho natural51. En el Código Civil español no se contiene una expresa regulación de estos derechos, y es solo por la vía de la protección penal o por la civil amparada en el artículo 1.902 donde puede obtenerse una protección de estos derechos, aunque desde hace unos años, se ha desarrollado bastante la disciplina de los mismos por la vía de la constitucionalización de estos derechos, en particular está obteniendo gran desenvolvimiento la responsabilidad civil por atentado a los derechos de la personalidad*”. ARÁNZAZU NOVALES ALQUÉZAR, María de, *EL CONCEPTO DE PERSONA EN EL DERECHO CIVIL ANTE una ANTROPOLOGÍA DUAL*, THÉMATA, REVISTA DE FILOSOFÍA, Núm. 39, 2007, p. 276/277.

o conceito jurídico de pessoa jurídica deste se diferencia em essência: para o direito, pessoa é simplesmente um ente hábil à aquisição de direitos e assunção de obrigações, constituindo-se em um núcleo subjetivo de onde emanam e para onde convergem relações jurídicas variadas. E como atributo conseqüente desta situação surge a personalidade, que para LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES³¹⁹ “é a aptidão reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações.”

Em razão desse aspecto formal de pessoa, que se fundamenta a personificação da pessoa jurídica. Se esta não tem o suporte material de pessoa natural, entendido este como o corpo psicofísico, não deixa de ser uma realidade fática, e pela sua personificação torna-se capaz de direitos e obrigações no mundo do direito. O art. 20 do Código Civil de 1916 trazia expressamente a noção de personificação da pessoa jurídica ao instituir que “as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”³²⁰.

Logo, considerando esse reconhecimento de personalidade, tanto para pessoas físicas como jurídicas, nasce o poder de aquisição de direitos e deveres para seu titular. Ao conjunto de direitos que emanam desta personalidade, dá-se o nome de direitos da personalidade.

O estudo a respeito dos direitos da personalidade ganhou relevância nos últimos tempos. Como disse PONTES DE MIRANDA³²¹: “Com a teoria dos direitos de personalidade, começou, para o mundo, nova manhã do direito. A princípio, obscura, esgarçando-se em direitos sem nitidez, com certa

³¹⁹ ROLDÃO DE FREITAS GOMES, Luiz, *Noção de pessoa no direito brasileiro*, Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 16, n. 73, jul.- set. 1992, p. 15.

³²⁰ FLÁVIO DA COSTA, Yvete; ARAÚJO DA SILVA, Alexandre, in “A reparação por danos morais à pessoa jurídica como forma de tutela aos direitos de sua personalidade”, p. 6 e ss, Artigo baseado em pesquisa financiada pela Fapesp – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, publicado na Revista Jurídica Unicoc.

³²¹ PONTES DE MIRANDA, F. C, *Direitos de personalidade*, In: *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954-1969, Tomo 7, livro 1, p. 6.

construtividade de protoplasma, como lhe argüiu Karl Gareis (...), mas já permitindo a Bluntschli, em 1853, nela fundar o direito de autor, teve a servi-la dezenas de escritores que acuradamente procuraram definir os “direitos da personalidade”, em discussão material assoberbantes (...).

Existem muitos conceitos oferecidos pela doutrina acerca dos direitos da personalidade.

O Prof. LIMONGI FRANÇA,³²² estudioso do assunto, define tais direitos como “(...) *faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos.*”

ORLANDO GOMES³²³ define como “*direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade.*”

Segundo CAIO MÁRIO³²⁴ “*A personalidade é um atributo do ser humano e o acompanha por toda a sua vida. Como a existência da pessoa natural termina com a morte, somente com esta cessa a sua personalidade.*”

Em que pese existirem tantas tentativas por parte dos doutrinadores em conceituar o instituto, nenhum desses conceitos é capaz de refletir o real alcance dos direitos da personalidade, tampouco de traduzir o seu real conteúdo.

³²² FRANÇA, Limongi, *Direitos privados de personalidade: subsídios para a sua especificação e sistematização*, Revista dos tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 55, n. 370, ago. 1966, p. 08.

³²³ GOMES, Orlando, *Introdução ao direito civil*, 18ª ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2001, p.141.

³²⁴ PEREIRA DA SILVA, Caio Mário, *Instituições de direito civil - vol. I*. 22ª ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2008, p.221.

Por hora, considerando que o que objetivamos é demonstrar que pessoa jurídica também é titular de direitos da personalidade, importante salientar a importância do artigo 52 do Código Civil brasileiro, segundo o qual *“Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”*. Assim como, os artigos 35 e 38 do Código Civil Espanhol: *Art. 35: Son personas jurídicas: 1. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas’*. E, *“Art. 38: Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución”*.

Com estes dispositivos fica evidenciada a personalidade jurídica das pessoas jurídicas, e conseqüentemente sua aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações.

3 Fundamentos para os Danos Morais sofridos por Pessoas Jurídicas

A responsabilidade civil vem sendo objeto de muito debate ao longo do tempo, sobretudo, porque temas antes sequer mencionados, hoje são largamente admitidos na doutrina e também na jurisprudência. Assim, neste contexto, encontra-se a possibilidade de a pessoa jurídica sofrer danos morais. Questão esta, longe de encontrar unanimidade de opinião entre os operadores do direito. De acordo com YVETE FLÁVIO DA COSTA e ALEXANDRE ARAÚJO DA SILVA³²⁵, in *“A reparação por danos morais à pessoa jurídica como forma de tutela aos direitos de sua personalidade”*, nos termos do que se está a se demonstrar, conceitos de dano, lesão, prejuízo, bem jurídico, ressarcimento, patrimônio, e outras, permeiam os escritos jurídicos, contribuindo para que o instituto da responsabilidade civil evolua como instrumento cada vez mais eficiente de administração de justiça, principalmente em um mundo cada vez mais dinâmico, em que as transformações sociais rápidas exigem alto grau de adaptação dos ordenamentos jurídicos³²⁶. Segundo os autores, o número de litígios aumentou, bem como se diversificaram os objetos litigiosos, em decorrência do reconhecimento de novos direitos a originarem novas demandas, como é o caso, por exemplo, da reparabilidade dos danos extrapatrimoniais. Há uma nítida relação entre o desenvolvimento do pensamento acerca dos direitos da personalidade, intangíveis, ideais, não pecuniários, e o surgimento de uma corrente doutrinária, em princípio minoritária e encarada com reservas e desprezo, verdadeira extravagância destinada ao perecimento, hodiernamente quase absoluta, e influenciando todos os corpos legislativos considerados modernos, que advoga pelo cabimento da reparação pecuniária por danos a bens jurídicos que integram a personalidade.

³²⁵ FLÁVIO DA COSTA, Yvete; ARAÚJO DA SILVA, Alexandre, in *“A reparação por danos morais à pessoa jurídica como forma de tutela aos direitos de sua personalidade”*, p. 6 e ss, Artigo baseado em pesquisa financiada pela Fapesp – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, publicado na Revista Jurídica Unicoc.

³²⁶ Clayton Reis, referindo-se às concentrações humanas da sociedade contemporânea, asseverou: *“O princípio é elementar, eis que, pela teoria das probabilidades, o número de confrontos entre as pessoas aumenta, à medida que cresce o número de seres e entidades que postulam direitos”* REIS, Clayton, *Dano moral*, Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial, Ed. Revista dos Tribunais, ano 8, n. 28, abr/jun, São Paulo, 1984, p. 64.

Por muito tempo, os pesquisadores do direito se indagaram sobre o que seria o dano moral. Conceitos, surgiram muitos, mas diante da complexidade do instituto, nem mesmo nos dias de hoje, depois de tanto debate sobre o tema, é possível encontrar um conceito perfeitamente adequado.

O conceito do grande jurista ORLANDO SOARES³²⁷ é no sentido de que “O conceito de dano moral diz respeito à ofensa ou violação que não fere propriamente os bens patrimoniais de uma pessoa - o ofendido -, mas os seus bens de ordem moral; tais como os que se referem à sua liberdade, honra (à sua pessoa ou à sua família), compreendendo-se na idéia de honra o que concerne à fama, reputação, conceito social, estima dos outros”. Este conceito, parece revelar-se adequado, porque dele se infere, o que de forma alguma pode faltar no conceito de dano moral: “violação que não fere propriamente os bens patrimoniais de uma pessoa”, justamente porque dano moral atinge aqueles bens não patrimoniais.

As pessoas jurídicas podem ser perfeitamente incluídas neste conceito, a medida em que possuem direitos a serem defendidos, dentre os quais, os direitos da personalidade.

Segundo SILVIO RODRIGUES³²⁸, as pessoas jurídicas são entidades a que a lei empresta personalidade, isto é, são seres que atuam na vida jurídica, com personalidade diversa da dos indivíduos que as compõem, capazes de serem sujeitos de direitos e obrigações na ordem civil.

WASHINTON MONTEIRO DE BARROS³²⁹ assevera que o espírito de associação obedece duas forças fundamentais, simultâneas e concorrentes: de um

³²⁷ SOARES, Orlando, *Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro*, 2 ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1997, p. 74.

³²⁸ RODRIGUES, Sílvio, *Curso de Direito Civil*, v.1. Ed. Saraiva, São Paulo, 2002, p. 87.

³²⁹ BARROS MONTEIRO, Washington de, *Curso de Direito Civil*. v. 1, Ed. Saraiva, São Paulo, 2000.

lado a tendência inata do homem para o convívio em sociedade; e de outro, a acentuada vantagem da conjugação de forças, cujo efeito resultante é o produto e não a soma aritmética das forças agrupadas. A teoria da personalidade jurídica, segundo Monteiro, apresenta alguns princípios fundamentais: a) a distinção da personalidade da pessoa jurídica da de seus membros (*universitas distat a singulis*); b) a existência de patrimônio próprio da pessoa jurídica; c) a pessoa jurídica tem vida própria, distinta de seus membros.

De acordo com YVETE F DA COSTA e ALEXANDRE A. SILVA³³⁰, as questões atinentes às pessoas naturais foram sendo superadas com o tempo. No entanto, outra indagação, começou mais recentemente a ganhar a atenção dos juristas. Esse questionamento diz com a possibilidade de as pessoas jurídicas, seres desprovidos da realidade psicofísica das pessoas humanas, incapazes, obviamente, do exercício das funções cognitiva e sensitiva, e, portanto, sem consciência de si, sofrer um dano que não de natureza patrimonial. Sustentam os autores, que a resposta a esta indagação depende do significado jurídico que se atribua ao vocábulo “moral”. Isto, porque o elemento dor não é essencial ao conceito de dano moral, se este for determinado pela contraposição ao de dano patrimonial. Caso contrário, definido o dano moral como aquele que fere os sentidos da alma ou do corpo, existirão espécies de lesões que não encontrarão identidade jurídica nem no conjunto dos danos patrimoniais (assim considerados os que causem prejuízo aos bens econômicos de alguém), nem no das lesões puramente morais (dores). Os bens jurídicos que formam esta classe provêm de valores que ao titular interessa defender, e que, portanto, devem ser tutelados pelo direito; não obstante, não se referem a bens econômicos, ou a aspectos da integridade física ou mental.

Ainda de acordo com os ensinamentos desses tão ilustres autores, esse entendimento, não daria ensejo a uma terceira categoria de dano (que não o patrimonial ou o moral), pois basta, que a delimitação do conteúdo do conceito de

³³⁰ FLÁVIO DA COSTA, Yvete; ARAÚJO DA SILVA, Alexandre, in “A reparação por danos morais à pessoa jurídica como forma de tutela aos direitos de sua personalidade”, p. 6 e ss, Artigo baseado em pesquisa financiada pela Fapesp – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, publicado na Revista Jurídica Unicoc.

“dano moral”, seja estabelecida de forma residual, abrangendo todos os danos que não sejam pecuniários. Convém explicitar o ensinamento de PONTES DE MIRANDA: *A expressão ‘dano moral’ tem concorrido para graves confusões; bem como a expressão alemã “schmerzensgeld” (dinheiro da dor). Às vezes, os escritores e juízes dissertadores empregam a expressão ‘dano moral’ em sentido amplíssimo (dano à normalidade da vida de relação, dano moral estrito, que é o dano à reputação, o dano por depressão ou exaltação psíquica ou nêurica, dano que não é qualquer dos anteriores mas também não ofende o patrimônio, como o de dor sofrida, o de destruição de bem sem qualquer valor patrimonial ou de valor patrimonial ínfimo (...)*³³¹.

Ainda sobre o assunto, vale os ensinamentos de GUERRIERI BARBOSA VIANA³³², que ressalta o fundamento utilizado na maioria das decisões dos tribunais, quando conferem à pessoa jurídica a indenização a título de dano moral: de acordo essa teoria, a honra, apresenta dois aspectos, um interno e outro externo, dividindo-se em honra subjetiva e honra objetiva, respectivamente. Aquela é a honra em sentido estrito, caracterizada pela dignidade, decoro e auto-estima, sentimentos nascidos da consciência de nossas virtudes ou de nosso valor moral, sendo exclusiva do ser humano, que é dotado de psiquismo e suscetível de ser ofendido com atos capazes de causar dor, vexame, humilhação. Já a segunda, a honra objetiva, refletida na reputação, no bom nome e na imagem perante a sociedade, revela-se pelo seu aspecto externo ao sujeito, ou seja, pela estimação que outrem faz de nossas qualidades morais e de nosso valor social, sendo comum à pessoa natural e à pessoa jurídica. Em razão disso, o dano moral é aplicável também à pessoa jurídica.

³³¹ PONTES DE MIRANDA, F. C, *Direito das obrigações, Dever de reparação e danos reparáveis*. Tratado de direito privado, Ed. Borsoi, 1954/1969. Tomo 26, título 5, cap. 3, Rio de Janeiro, pp. 30 /31.

³³² GUERRIERI BARBOSA, VIANA, Patrícia, *Dano Moral à Pessoa Jurídica*, Ed. Lúmen Juris, Rio de Janeiro, 2002, p. 56.

De acordo com ROBERTO BREBBIA³³³, que sempre se manteve favorável à possibilidade da pessoa jurídica sofrer agravo moral, *“o patrimônio moral das pessoas jurídicas e de existência ideal, encontra-se integrado por: o direito à honra; à liberdade de ação; o de segurança pessoal; o direito moral do autor sobre sua obra; o direito à intimidade e à proteção dos valores de afeição, e o direito ao nome. Este patrimônio moral não está composto pela soma dos bens personalíssimos dos membros que integram a pessoa jurídica e lhe servem de sustento, que são independentes e relação aos de ente coletivo. A personalidade moral das pessoas jurídicas, como a personalidade patrimonial, nasce da circunstância de possuir o ente coletivo uma vontade e consciência social próprias, assim como também um patrimônio particular”*.

Levando em consideração todos esses ensinamentos doutrinários, podemos concluir que resta superada a hipótese de que a pessoa jurídica não pode figurar no pólo ativo de uma demanda de indenização por dano moral. De um modo geral podemos dizer, que a pessoa jurídica possui os mesmos direitos das pessoas naturais, apenas respeitando a sua natureza jurídica, pois existem institutos que por óbvio são inapropriados às pessoas jurídicas, como por exemplo, o casamento, o testamento. Por outro lado, é condizente com a sua natureza, a celebração de contratos mercantis, o direito a um nome, etc.

Dentre os direitos que estão passíveis de lesão quando falamos em pessoas jurídicas, está o direito à honra. O direito à honra, tutela o respeito, a consideração, a boa fama e a estima que a pessoa desfruta nas relações sociais. A honra se constrói no ambiente social, de forma que deve ser aferida pelo juiz considerando os valores do lesado em harmonia com os valores cultuados na comunidade em que vive ou atua profissionalmente. A reputação relaciona-se à honra. Em vista disso, o prejuízo sofrido pela pessoa jurídica, relativamente a sua reputação, ao seu bom nome e a sua boa fama, comporta indenização por dano moral.

³³³ BREBBIA, Roberto, La lesión Del patrimônio moral, Derecho de daños, Primeira parte, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1996, p. 253.

Também possui a pessoa jurídica, direito à imagem, que constitui um dos fatores essenciais para o sucesso da empresa no mundo negocial e do próprio consumidor, diante dos quais forma-se um conceito abstrato, e não visual, da entidade, o qual pode ser repentinamente abalado por uma notícia errônea ou um ato doloso que imprima falsas declarações a diretores da pessoa jurídica ou um envolvimento em operações ilícitas.

Sustenta CARLOS ALBERTO BITTAR³³⁴, que a pessoa jurídica possui direito à sua intimidade, uma vez que faz jus à preservação de sua vida interna, sendo vedada divulgação de informações de âmbito restrito, havendo, inclusive, normas legais que proíbem a difusão de dados confidenciais da empresa (como o plano societário e publicitário). Nesse sentido, pode-se citar como exemplo, os artigos que tratam da violação de domicílio e de correspondência, comercial ou não, bens estes protegidos inclusive pela Constituição Federal. Assevera ainda o autor, a distinção existente entre direito à intimidade e direito ao segredo: há elementos identificadores que permitem a particularização do direito ao segredo, podendo-se dizer que, enquanto o direito à intimidade envolve aspectos mais amplos da esfera privada propriamente dita, o sigilo refere-se a fatos específicos, conservados por não convir ao interessado a sua divulgação.

O direito ao segredo deriva, então, da necessidade de respeito a componentes confidenciais da personalidade, sob os prismas da reserva pessoal e negocial, tendo adquirido sua autonomia no âmbito do Direito, destacado que é do complexo jurídico geral da intimidade, frente a peculiaridades inerentes. Para a pessoa jurídica, o bem jurídico protegido é, ordinariamente, o sigilo comercial ou o industrial, o qual é violado por atos de intromissão, divulgação e uso indevido, em proveito próprio ou alheio, dos fatos considerados confidenciais.

³³⁴ BITTAR, Carlos Alberto, *Os Direitos da Personalidade*, Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1989.

Esses, sem dúvida, são os casos mais frequentes encontrados nas decisões dos tribunais³³⁵. Entretanto, vale ressaltar que este é apenas um rol exemplificativo, pois inúmeros outros direitos, que infringidos por terceiros, poderão dar o direito à pessoa jurídica à indenização por danos morais.

3.1 Teorias que negam a possibilidade da figuração ativa da Pessoa Jurídica na ação de indenização por danos morais

Quando falamos de uma pessoa jurídica figurar no pólo ativo de uma demanda de indenização por danos morais, surgem várias teorias argumentando a respeito dos aspectos negativos desta hipótese. Argumentos não faltam: alguns fundamentam sua contrariedade, no fato de que a pessoa jurídica não sente dor, abalo ou outros sentimentos próprios do ser humano. Outros, argumentam dizendo que todo o prejuízo sofrido pela pessoa jurídica se verifica na esfera material, econômica. E, outros ainda levantam a questão de que quem sofre algum “abalo”, são os seus dirigentes e não a pessoa jurídica e si³³⁶.

WILSON MELO DA SILVA é um destes defensores, que nega fervorosamente tal possibilidade. Segundo ele, *“Que as pessoas jurídicas sejam, passivamente, responsáveis por danos morais, compreende-se. Que,*

³³⁵ O tratamento jurisprudencial a respeito da matéria será abordado em tópico específico. Vid. *Capítulo III, “4 Tribunais Brasileiros e Espanhóis: suas posições frente à concessão de Danos Morais à Pessoas Jurídicas”*.

³³⁶ Interessante, neste sentido, transcrever um trecho da justificativa do voto do Dr. Adroaldo Furtado Fabrício no julgamento da Ap. Cív. 593.028.9, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quando afasta a admissibilidade do dano moral à pessoa jurídica: *“(...) nada disso se passa com a pessoa jurídica. Tudo o que se possa imaginar como consequência de uma ofensa, injúria ou insulto tomará a forma de menos valia econômica, na medida em que o conceito e a credibilidade no mundo dos negócios, a oportunidade de ganhos futuros, a redução dos lucros atuais e cessação dos esperados, as restrições ao crédito são sempre valores econômicos e não morais. As pessoas jurídicas só podem ser prejudicadas em suas finalidades, não em sua essência de pessoa: o dano que assim se traduza será sempre dano econômico, inclusive quando se trata do bom-nome, da credibilidade pública e da decorrente redução de oportunidade de ganho. O dano à auto-estima, ao amorpróprio, pode eventualmente alcançar, por via reflexa, os membros de uma sociedade, mas nesse caso, por estes e em seu favor, tem de ser postulada a correspondente indenização.”*

*porém, ativamente, possam reclamar as indenizações conseqüentes deles, é absurdo. (...) Os alicerces sobre que se firmam os danos morais são puramente espirituais. (...) Seriam, pois, assim, para os efeitos dos danos morais, as pessoas jurídicas, meras abstrações (...) Não se angustiam, não sofrem. (...) E assim, só por ficção, se lhe poderia emprestar a faculdade dos danos morais, apanágio das pessoas orgânicas e vivas. Mas tal ficção sancionaria um absurdo, aberraria da realidade*³³⁷.

BUSTAMANTE ALSINA³³⁸, manifesta sua contrariedade no que diz respeito às pessoas jurídicas sofrerem dano moral, argumentando que estas não são suscetíveis de sofrer padecimentos espirituais, e que embora possam sofrer ataques em seus direitos extrapatrimoniais - que não são os mesmos reconhecidos às pessoas físicas, como seres humanos -, estes só serão indenizáveis se afetarem indiretamente o patrimônio. Explica que esses direitos extrapatrimoniais, tais como o nome e a reputação, constituem aspectos sociais de sua personalidade e gozam de proteção jurídica mediante o reconhecimento de direitos subjetivos, que constituem poderes de atuar em sua defesa preventivamente ante à ameaças de violação e para fazer cessar suas causas, porém não legitimam para demandar ressarcimento por dano moral e somente quando houver dano patrimonial indireto.

³³⁷ MELO DA SILVA, Wilson, *O dano moral e sua reparação*, 3a ed., (Ed. Histórica), Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1999, p. 650/652; Também neste sentido, apenas mudando as palavras, o Prof. Augusto Ferraz de Arruda afirma: “Como admitir que sofra ela [pessoa jurídica] dano moral puro se não possui integridade psíquica natural? Está claro, por conseguinte, que, se ela não possui integridade psíquica a ser atingida, não tem sentimento, não pode reclamar da ofensa a algo que não possui” (...) São as palavras do Prof. Augusto Ferraz de Arruda: “O que pode acontecer, contudo, é que o fato-causa da imputação contra a pessoa jurídica pode determinar o fato efeito dano moral puro nas pessoas físicas dos sócios e dirigentes. Nessa hipótese, é claro que estes são os legitimados à competente ação judicial por dano moral puro, em benefício deles próprios e não da pessoa jurídica”. MOTA FERRAZ DE ARRUDA, Augusto Francisco, *Dano moral puro ou psíquico*, 1ª ed., Ed. Juarez de Oliveira, São Paulo, 1999, p. 37/38.

³³⁸ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Responsabilidad civil y otros estudios*, V. 2. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 85.

3.2 Impertinências das Teorias que negam a possibilidade da figuração ativa da Pessoa Jurídica na ação de indenização por danos morais

Sempre que abordamos o instituto da responsabilidade civil, dúvidas, incertezas e controvérsias, estarão presentes. Mais ainda, quando trata-se de danos morais da pessoa jurídica.

Conforme mencionado acima, diversos são os argumentos que negam tal possibilidade. Todavia, cremos que atualmente não há mais como negar esta hipótese, porque os tribunais passaram a admiti-la constantemente. Além disso, como também já se mencionou, a medida em que admite-se a pessoa jurídica como titular de direitos da personalidade, uma série de prerrogativas surgem, dentre elas, o direito de pleitear indenização por danos morais, razão pela qual, sustentamos a impertinência destes argumentos contrários, mas sempre nos mantendo atentos ao real objetivo do instituto, que é buscar a indenização quando caso de dano moral puro, totalmente dissociado de qualquer reflexo patrimonial. Conforme ensinamentos de YVETE F. DA COSTA e ALEXANDRE A. DA SILVA³³⁹, nos termos do que se está a demonstrar, ao jurista não é facultado se escusar das questões complexas pelo simples caminho da recusa de sua existência. Quando se argumenta pela incapacidade de tais entes coletivos sofrerem danos morais *stricto sensu*, não há do que discordar; mas afirmar que não possuem direitos da personalidade que possam vir a ser lesados, com ou sem reflexos em seu patrimônio, parece carecer de fundamento substantivo.

Como já referido, a pessoa jurídica é ente dotado de um patrimônio

³³⁹ FLÁVIO DA COSTA, Yvete; ARAÚJO DA SILVA, Alexandre, in “A reparação por danos morais à pessoa jurídica como forma de tutela aos direitos de sua personalidade”, p. 6 e ss, Artigo baseado em pesquisa financiada pela Fapesp – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, publicado na Revista Jurídica Unicoc.

ideal. Transcende o simples conjunto de seus bens pecuniários, para constituir-se, e também se representar, por um outro conjunto de bens, ideais, abstratos, extrapatrimoniais que formam a essência da sua personalidade. Não mantém apenas relações jurídicas econômicas, mas também intercâmbios políticos e sociais, em seu nome, e para seus fins, de forma semelhante à das pessoas naturais. Na sociedade contemporânea, cada vez mais valorizadora da imagem representativa, a pessoa jurídica, como agente social que se relaciona com o mundo ao seu redor, tem interesse em ser vista segundo a imagem que para si construir, a que mais se coadune com os seus objetivos. E, da mesma maneira, tem interesse em protegê-la.

De outra banda, para manter suas relações políticas dentro da normalidade da vida, facilitando-lhe o trânsito de contatos e interações, é necessário que goze de “boa reputação” perante o meio social. Não são os bens jurídicos objetos materiais ou ideais dotados de valor, erigidos à proteção do direito por sua relevância?

O interesse que tem a pessoa jurídica em manter a sua reputação incólume, ou construir a sua imagem representativa da maneira que lhe aprouver, denota que tais objetos constituem “valores para ela”, e não há porque dizer que lhes deva faltar a tutela jurídica. O princípio *neminem laedere* é o mais abrangente possível, encontrando plena força jurídica no art. 186 do Código Civil Brasileiro vigente. Mas acima de tudo, os valores em questão encontram o amparo da tutela jurídica na maior das leis, a Constituição Federal do Brasil, em seu art. 5º, incs. V e X.

Tais bens jurídicos não possuem qualquer relação com a noção de dor física ou moral. Também não constituem bens econômicos, pecuniários. Sua natureza é extrapatrimonial, e devem figurar no conjunto dos bens morais em sentido amplo. Assim, a afirmação de que o instituto da reparação por dano moral não pode ser aplicado à pessoa jurídica, por lhes faltar a capacidade sensitiva, é falaciosa. Deve-se utilizar o termo reparação moral no sentido de

reparação por dano a bem jurídico não-pecuniário.

E é também por este motivo que a assertiva de que os danos causados à pessoa jurídica somente poderiam ser de natureza patrimonial não procede. Já foi defendido que o patrimônio não abrange todos os bens que esta titulariza. Há até pessoas jurídicas totalmente desprovidas de patrimônio, este não consistindo em elemento essencial de sua formação³⁴⁰.

Para exemplificar, pode-se imaginar uma associação completamente independente de crédito, visto sustentar-se pela contribuição de seus associados, destinada a fins filantrópicos e humanitários; não coloca produtos à venda no mercado, e por isso não pode perder receitas. Ademais, tem uma sólida reputação adquirida durante anos, sendo vista como pessoa jurídica séria, cumpridora de seus encargos tributários, trabalhistas. Como parte de sua atividade destina-se à finalidade de preservação do meio ambiente, construiu uma imagem para si de zelosa preservadora, praticando atos visando à recuperação ecológica, e adequando-se rigorosamente à legislação ambiental.

Tal associação goza de grande consideração pública por sua postura ética, de respeito e trabalho por valores humanos elevados.

Mas a essência de seu labor consiste na educação; para isso, corresponde-se com pessoas de todos os lugares, enviando materiais pedagógicos sobre questões ambientais, como formas de preservação, problemas atuais enfrentados em decorrência de danos ecológicos, etc.

Porém, grande jornal de repercussão nacional lança manchete acusando, injustamente, tal ente de sonegação fiscal, desobediência às normas trabalhistas e, além disso, de ter destinado parte de sua receita, por

³⁴⁰ ALVES, Alexandre F. de A. *A pessoa jurídica e os direitos da personalidade*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1998, p. 35: "(...) sendo perfeitamente possível pessoas jurídicas destituídas de patrimônio, especialmente as associações civis de fins culturais, por exemplo, que muitas vezes carecem de bens em seu nome para o atingimento de seus fins".

meio de doação a uma instituição de pesquisa, a um projeto de estudo visando à obtenção de novas formas de utilização de energia nuclear. Como se sentiria alguém que, depois de ler tal notícia, recebesse em sua residência os referidos ilustrativos distribuídos por tal associação? É óbvio que o conceito social de tal ente coletivo foi, neste caso, drasticamente reduzido. Pode-se falar até em total malogro da atividade, proveniente do descrédito e do desprezo públicos.

Não obstante, tal pessoa jurídica não teve qualquer diminuição de seu patrimônio. Por dele não depender, pouco lhe importa a possível retração do crédito que sofreu. Como não tem fins mercantis, nada vende que pudesse ser motivo de repúdio por eventuais consumidores, não havendo queda de receitas. Pode-se dizer, então, que não houve qualquer tipo de dano? É intuitivo que o referido ente sofreu um prejuízo, uma menos-valia, uma alteração para pior da normalidade de suas relações. Então, qual, ou quais bens foram lesados?

A resposta a esta pergunta é tão evidente que qualquer pessoa, mesmo não conhecedora das leis, prontamente diria: tal ente sofreu um forte abalo na credibilidade que gozava perante o meio social. Agora, todos a encaram sob outra perspectiva; não há mais confiança no trabalho que desenvolve.

Alguém, de forma razoável, poderia dizer que, se não houve dano pecuniário, nada haveria a ser reparado?

É claro que tal pessoa jurídica sofreu prejuízo em seu patrimônio ideal, nos bens jurídicos que determinam o conteúdo deste: os direitos de sua personalidade. As emanações e prolongamentos que de si derivam passaram, abruptamente, a ter forte conotação negativa.

O exemplo ficto relatado acima é extremo, reconhece-se. Mas é idôneo a demonstrar que podem as pessoas jurídicas sofrer danos que em nada se referem à pecúnia ou à dor. E o caráter não mercantil da pessoa em questão é

irrelevante. As pessoas jurídicas mercantis, da mesma maneira, podem vir a sofrer os mesmos danos. Como ficará demonstrado adiante, o abalo de crédito, utilizado pelos tribunais para fundamentar as decisões em que concedem reparação por danos morais à pessoa jurídica, tem natureza eminentemente patrimonial. Porém, tais danos pecuniários acontecem apenas de forma reflexa, secundária; o bem jurídico lesado originariamente é um bem da personalidade. São lesões de natureza distinta, apesar de uma dar causa à outra: a reparação também deve ser distinta.

Cabe verificar qual direito da personalidade foi lesado no exemplo dado. Na verdade foram dois, inconfundíveis, a ensejarem reparações diversas. Quando se afirma que tal associação sonega imposto, e não cumpre os direitos trabalhistas de seus empregados, houve dano à honra objetiva desta; houve depreciação de sua reputação, visto que a sonegação e a indiferença à condição social e econômica dos empregados são condutas evitadas de alto grau de reprovabilidade. Com isso, angariou tal pessoa jurídica o desprezo público, a má fama; alteraram-se os ânimos negativamente contra ela.

Por outro lado, financiar a pesquisa, ainda que para o desenvolvimento de meios de obtenção de energia questionáveis, ou polêmicos, não é conduta considerada reprovável; ao invés disso, muitos até aplaudirão. Porém, a associação em questão sempre se dedicou à causa incompatível com tal atitude: preservação do meio ambiente. A aceitação da mensagem educativa que transmitia sempre dependeu da imagem que cultivava, a qual lhe garantia a credibilidade, facilitando amplamente a consecução de seus fins. O que houve, neste caso, foi um dano à sua imagem-atributo.

A terceira objeção levantada diz respeito ao sujeito realmente atingido, no caso de danos morais às pessoas jurídicas. Argumenta-se, como demonstrado, que as verdadeiras vítimas da ofensa seriam seus membros, e não o próprio ente coletivo em si considerado. Porém, como anteriormente defendido, a pessoa jurídica tem existência completamente autônoma da dos

sujeitos que a integram. É em seu nome que exerce a atividade, obedecendo a uma vontade que destoa da simples soma das vontades individuais dos que a compõem.

O exemplo em tela também pode servir como ilustração para este argumento. No caso, quais os membros que foram imediatamente lesados? A notícia não veiculou qualquer nome, não se dirigiu a qualquer um dos integrantes da referida associação, seja de seu quadro de dirigentes, ou de qualquer um dos associados, ou mesmo de qualquer de seus funcionários. Aliás, todas essas pessoas nem são conhecidas, pulverizando-se no anonimato. Ao contrário, a ofensa foi dirigida contra o próprio ente coletivo em si considerado, sendo abalada a sua personalidade enquanto tal. As pessoas que tiveram contato com a mencionada notícia difamatória poderiam passar por qualquer um de seus membros pela rua, e não teriam a menor idéia de quem seria esta pessoa; de outro modo, ao passarem em frente à sede de tal pessoa jurídica, não poderiam deixar de fazer um juízo de valor negativo.

É claro que eventuais danos a integrantes do ente coletivo também podem ocorrer, de forma reflexa. Nesse caso, comprovado o dano, poderá a pessoa ofendida pleitear a devida indenização em seu nome. Porém, isto não exclui o dever de indenizar também a própria pessoa jurídica, enquanto tal considerada, primeira vítima da ofensa.

Por fim, pode-se argumentar que, neste caso, a reparação por meio de indenização seja inadequada. Se não há dano pecuniário a ressarcir, e não há dor que possa ser compensada, por que se falar em indenização em dinheiro? Isto não seria enriquecimento sem causa?

Primeiramente, deve-se lembrar que a objeção da inadequação da indenização pecuniária também já foi levantada contra a reparação dos danos morais infligidos às pessoas naturais. Durante muito tempo, se discutiu doutrinariamente sobre o cabimento ou não de se aquilatar as dores humanas

pelo dinheiro. Isso para explicitar que tal objeção não é nova.

Deve-se lembrar, porém, que a indenização por danos morais tem outras funções que não só a compensação ou o ressarcimento. Até pode ser que haja dano não patrimonial a ser compensado, mesmo nos casos de danos morais a pessoas jurídicas. Como afirma o percuciente professor PONTES DE MIRANDA, *“O que acima se enunciou sobre o dano moral há de ser entendido a respeito de qualquer dano não patrimonial. Daí a indenizabilidade do dano às pessoas jurídicas. Desde que, com dinheiro, se possa restabelecer o estado anterior que o dano não patrimonial desfez. Se houve calúnia ou difamação da pessoa jurídica e o efeito não patrimonial pode ser pós-eliminado ou diminuído por algum ato ou alguns atos que custem dinheiro, há indenizabilidade”*³⁴¹.

O autor está a se referir aos casos de possibilidade de compensação, obviamente. Exemplo poderia ser o de condenação do ofensor a pagar soma em dinheiro, a fim de que o ofendido possa custear campanha publicitária tendente a atenuar o dano.

Entretanto, não só a esses casos se deve restringir a indenização pecuniária. Deve-se levar em conta que tal instrumento destina-se também à punição do ofensor, tendo nítido caráter de apenação civil. Nem sempre a tutela penal mostra-se eficaz para este fim. A apenação civil, neste caso, converte-se em verdadeiro instrumento político, por evidenciar a presença do Estado a dirimir os conflitos existentes na sociedade, aplacando perniciosos sentimentos de vingança.

Por fim, deve-se considerar o caráter repressivo e pedagógico da indenização por danos morais. O *quantum* indenizatório deve ser tal que desencoraje o ofensor a praticar novos atos lesivos.

³⁴¹ PONTES DE MIRANDA, F. C., *Direitos de personalidade, In: Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954 -1969, Tomo 7, livro 1, p. 32;

3.3 A problemática questão do “abalo de crédito” como fundamento da concessão de dano moral às Pessoas Jurídicas

O abalo de crédito consiste na perda ou na diminuição de credibilidade em seus negócios, suportada pela pessoa, física ou jurídica. De acordo com Aguiar Dias, o abalo de crédito concretiza-se por paralisação dos negócios, retração de fornecedores ou de clientela, desamparo de recursos bancários, etc.³⁴²

Como já referido, os efeitos do abalo de crédito podem alcançar tanto a pessoa física, como a pessoa jurídica. Todavia, algumas considerações devem ser abordadas. Primeiramente, um abalo de crédito suportado por uma pessoa física, não poderá jamais ser comparado àquele sofrido pela pessoa jurídica. A pessoa natural, humana, está suscetível ao sofrimento psicológico, emocional, por isso, eventual abalo de crédito ocasionado injustamente, pode dar lugar à indenização por dano moral. Mas, ressalte-se, o dano moral não é devido pelo abalo de crédito em si (este é reflexo patrimonial), ou seja, ele é devido pelos danos que a conduta ilícita causa no âmbito emocional da vítima, e isso, se comprovado que houve dano psicológico.

Situação diversa ocorre com a pessoa jurídica, em decorrência da sua própria natureza. Esta é uma ficção legal, uma criação da Lei, por isso, não é suscetível de sofrer abalo psicológico. Assim, fica evidente que o abalo de crédito origina repercussões apenas patrimoniais à pessoa jurídica, tendo como efeito menos capital disponível para a manutenção da atividade. E como tal deve ser liquidado e ressarcido. Nos dizeres do Prof. JOSÉ DE AGUIAR DIAS, *“Freqüentemente se confunde o dano moral com certos danos patrimoniais (...)”*

³⁴² AGUIAR DIAS, José de, *Da responsabilidade civil*, 2a ed., Vol. II, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1950, p. 741.

*Exemplo elucidativo a esse respeito é o do dano produzido pelo abalo de crédito. São inúmeras as decisões nesse sentido, tanto dos nossos como dos tribunais estrangeiros. (...) o abalo de crédito é dano patrimonial (...)*³⁴³.

Quando nos referimos à “problemática do abalo de crédito como fundamento da concessão de dano moral às pessoas jurídicas”, estamos nos referindo a um problema frequentemente verificado nas decisões dos tribunais, tanto brasileiros como espanhóis. São decisões que só concedem indenização por danos morais às pessoas jurídicas quando comprovado o abalo de crédito. Cremos estarem estas decisões, tremendamente equivocadas.

Segundo ensinamentos de YVETE F. DA COSTA e ALEXANDRE A. DA SILVA³⁴⁴, a explicação para este fenômeno talvez esteja na confusão feita entre o fato-causa e o fato-efeito do dano. A ofensa em si considerada (o impropério proferido, a difamação veiculada) é fato-causa do dano, que tem como fatos-efeitos dois tipos de *prejuízos*: o dano moral à honra objetiva da pessoa jurídica, puro, que deve ser indenizado enquanto tal; e os reflexos patrimoniais que este acarretar, no caso, o abalo de crédito, que é figura completamente distinta. A este respeito, os autores mencionam o raro fundamento do acórdão 31.236 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, ainda que se esteja, com base nele, negando a reparação do dano moral. O Desembargador relator, Romão C. De Oliveira, ressaltou a distinção existente entre dano moral e abalo de crédito, mencionando que este último pode ser medido objetivamente, enquanto que o dano moral está situado na esfera subjetiva³⁴⁵.

³⁴³ AGUIAR DIAS, José de, *Da responsabilidade civil*, 2a ed., Vol. II, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1950, p. 741.

³⁴⁴ FLÁVIO DA COSTA, Yvete; ARAÚJO DA SILVA, Alexandre, in “*A reparação por danos morais à pessoa jurídica como forma de tutela aos direitos de sua personalidade*”, p. 6 e ss, Artigo baseado em pesquisa financiada pela Fapesp – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, publicado na Revista Jurídica Unicoc.

³⁴⁵ Responsabilidade civil. Banco. Dano moral e abalo de crédito. **D**istinção Responsabilidade civil. Dano material. Dano moral e abalo de crédito. – Inconfundibilidade. Banco – Responsabilidade pelos atos praticados por seus agentes. Os bancos respondem pelos atos praticados por seus dirigentes ou administradores, bem como de seus empregados ou prepostos que, nessa qualidade, causem dano a outrem. Mas não se confunde dano moral

Para tais autores, não se pode dizer que existiu o dano moral porque houve abalo de crédito. Este não é causa, é efeito patrimonial, reflexo da ofensa moral sofrida. Não há como confundir as duas espécies.

4 Tratamento jurisprudencial dos danos morais com respeito às Pessoas Jurídicas

A pessoa jurídica como titular de direitos da personalidade e a conseqüente possibilidade de integrar o pólo ativo de uma demanda em que se pretende indenização por danos morais, tem sido uma questão muito debatida.

Partindo da idéia restritiva de que a concepção do dano moral fundamenta-se no detrimento causado ao espírito, repercutindo no mais

com abalo de crédito. Enquanto o abalo de crédito é uma grandeza, portanto mensurável objetivamente, tomando-se por base certos parâmetros e a matemática, o dano moral está inserido no espaço do subjetivismo, não comportando mensuração objetiva. Apelação parcialmente provida. Ac. 31.236 – Ac. un. T Civ – TJDFT – j. 02-12-93 – rel. Des. ROMÃO C. DE OLIVEIRA.

recôndito dos sentimentos e em simetria com este pensar³⁴⁶, alguns operadores do direito manifestaram-se desfavoráveis a essa possibilidade. Segundo ZAVALA DE GONÇALVES³⁴⁷, os interesses morais (em sentido lato), só podem ser gozados por quem possua uma subjetividade espiritual, e não puramente jurídica, pois as pessoas de existência ideal têm uma realidade jurídica, porém não têm um substrato vital próprio e autônomo sob a vestimenta que o direito lhes confere: a difusão grupal que expressa uma pessoa jurídica não tem entidade naturalmente diversa dos homens que a compõe, e o Direito só lhes confere unidade técnica.

Sob esta ótica também encontramos decisões na jurisprudência.

No Brasil, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em 27 de abril de 1994³⁴⁸ concluiu que a pessoa jurídica não pode ser sujeito passivo de dano moral, considerando que a dor em seu sentido amplo, abrangendo todos os sofrimentos físicos e morais, é o elemento característico do dano moral, e só pode ser verificado em pessoas físicas.

Na Espanha, o Tribunal Supremo na Sentença de 24 de fevereiro de 2005³⁴⁹, disse que a categoria de dano moral e sua própria existência só possui sentido no ser humano e não nas pessoas jurídicas, ontologicamente alheias à dimensão espiritual do ser humano. Além disso, afirmou que a fama, o crédito e a reputação da pessoa jurídica, poderão ser reparados como dano material, mas não moral³⁵⁰.

³⁴⁶ JEOVÁ DOS SANTOS, Antonio, *Dano Moral Indenizável*, 4ª ed, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p. 140.

³⁴⁷ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, *Ressarcimento de Daños*, 2ª ed., Daños a las Personas, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1993, p. 80.

³⁴⁸ 4º grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, julgado em 27 de abril de 1994, RT 716/258.

³⁴⁹ (RJ 2005/2030).

³⁵⁰ Essa decisão foi fortemente criticada por Mª RODRÍGUEZ GUITIÁN, que ressalta que tal decisão é contrária a uma tendência do Tribunal Supremo, que desde 1995, concede indenizações por danos morais às pessoas jurídicas. A crítica recai sobre vários pontos da sentença, dentre os quais, na seguinte fundamentação utilizada pelo Tribunal para negar o

Contudo, atualmente, tanto no Brasil como na Espanha, como regra geral, a jurisprudência admite que uma pessoa jurídica possa pleitear indenização por danos morais. Entretanto, esse entendimento tem seus desdobramentos, e assim como na doutrina, também na jurisprudência encontramos diferentes posicionamentos.

Os fundamentos utilizados para a admissão ou não da pessoa jurídica no pólo ativo da ação de indenização por danos morais, revelam-se os mesmos já elencados e estudados anteriormente.

Assim, alguns julgadores defendem tal possibilidade, e conseqüentemente indenizam a pessoa jurídica, sob o fundamento de que esta possui uma honra objetiva, como o nome, a imagem, a reputação, e por isso, eventual dano ocasionado a esses bens, faz gerar o direito a indenização por danos morais.

Já outros, negam fervorosamente a indenização por danos morais para pessoas jurídicas. Dentre os fundamentos da tese negativista, está que a natureza dela é incompatível com o instituto, já que não é capaz de sentir dor, desânimo e outros sentimentos próprios do ser humano³⁵¹. Para esta corrente a

dano moral: *“Como indica el Ministerio Fiscal, la categoría del daño moral y su propia existencia sólo tiene sentido en el ser humano, no en las personas jurídicas, ontológicamente ajenas a la dimensión espiritual propia del ser humano”*. Importante salientar, que a autora defende a possibilidade de indenização para as pessoas jurídicas por danos morais sofridos, desde que fique provada suficientemente a existência desses danos. O que rechaça, são os fundamentos da Sentença, e não simplesmente o fato de ter negado danos morais. Segundo ela, isso não significa que sempre terá que se conceder dano moral à pessoa jurídica, mas tão somente quando provado que efetivamente ocorreu o prejuízo moral. RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, Daño moral y persona jurídica: *Contradicción entre la doctrina de la Sala 1ª y la Sala 2ª del Tribunal Supremo, Comentario a la STS, 2ª, 24.2.2005, Indret número 334, Barcelona, abril de 2006, p. 9, www.indret.com, consultado em 10.08.2011.*

³⁵¹ Segundo BARRIENTOS, *“Los que consideran el daño moral como una lesión que produce pesar o también llamado pretiun doloris, desde un punto de vista dogmático no podrían considerar que una persona jurídica sufriera daños extrapatrimoniales. Incluso, en el caso de que la concepción sea aquella que considera como daños morales los que producen detrimento de cualquier derecho de la personalidad, las personas jurídicas no logran asimilarse a las personas naturales. Asimismo, si para la procedencia de la indemnización del daño moral, la persona lesionada debe tener conocimiento de la pérdida o variación sobrellevada, la persona jurídica no es titular de acción por daño moral porque no logrará*

pessoa jurídica não é um ser orgânico, vivo, dotado de um sistema nervoso, de uma sensibilidade, e, como tal, apenas poderia subsistir como simples criação ou ficção de direito. Seriam, pois, assim, para os efeitos dos danos morais, as pessoas jurídicas meras abstrações, não tendo mais vida que a que lhes é emprestada pela inteligência ou pelo direito. Seriam vivas apenas para os juristas que lhes não podem comunicar, ao corpo, o quente calor animal e a divina chama da alma, não tendo, pois, capacidade afetiva ou receptividade sensorial. Não se angustiam, não sofrem. Não seriam, jamais, suscetíveis dos danos anímicos que lhes não poderia insuflar a mais sutil casuística³⁵². Além disso, também sustentam, resumidamente, que todo o prejuízo em questão é eminentemente pecuniário, e não moral. E ainda, alguns entendem, que a pessoa jurídica, em si considerada, não é a ofendida pela eventual lesão moral, mas sim os integrantes que a compõem, sobretudo seus sócios diretores.

Levando em conta esses desdobramentos doutrinários a jurisprudência vai assentando seu entendimento. Contudo, ainda carece de um entendimento unânime, seja no Brasil ou na Espanha.

4.1 Pessoa Jurídica e Dano Moral nos Tribunais Brasileiros

Embora ainda tenha alguma resistência por parte da jurisprudência, no sentido de negar a possibilidade de a pessoa jurídica sofrer danos morais, hoje,

*apreciar la lesión soportada, por ser ella em sí misma una categoría abstracta jurídica". Destaca também que "Para otros que consideran al daño moral como una noción objetiva, que se produce por atentados contra atributos de la personalidad, pero con autonomía de la emoción que acarrea para la víctima, han de estar más proclives a pensar que sí tendría derecho a una indemnización por daños morales una persona jurídica. Porque al final lo que se busca es la protección de la persona como fin, por sobre las consideraciones de la misma y su circunstancia de ser jurídica o natural. Por lo tanto, se llegaría a valorar positivamente el otorgamiento de esta acción a las personas jurídicas como demandantes por acciones de indemnizaciones de daño moral cometidos en su contra". BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *El resarcimiento por daño moral em España y Europa*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2007, p. 133/134.*

³⁵² MELO DA SILVA, Wilson, *O Dano moral e sua reparação*, 3. ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1983.

pode-se afirmar que a tendência é reconhecer tal direito.

A CF/1988, ao prever o dano moral, não fez qualquer distinção entre pessoa física ou jurídica, por isso perfeitamente cabível a indenização por dano moral a pessoa jurídica. Além disso, de acordo com o artigo 52 do Código Civil de 2002, *“Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”*.

Ademais, em 1997 a Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça, incorporou no ordenamento jurídico brasileiro tal possibilidade. De acordo com tal Súmula *“A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”*.

Assim, é com fundamento nestes dispositivos legais, que a jurisprudência embasa suas decisões. Todavia, há que se ressaltar, que somente depois da promulgação da Constituição Federal de 1988 é que tal assunto assumiu tal proporção, sem dúvida, porque até então, nem mesmo o instituto dos danos morais era amplamente reconhecido.

A decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no Acórdão nº 2.0000.00. 322016-8/00(1), de 19 de dezembro de 2000, disse que *“Diante inclusive do que pontifica a Súmula 227 do STJ, há que se admitir a suscetibilidade da pessoa jurídica de vir a padecer de danos morais, uma vez que, tem pessoa jurídica honra objetiva a ser protegida, pelo que é parte legítima para ocupar o pólo ativo da ação em que pleiteia indenização por dano moral. A pessoa jurídica é uma realidade, e não uma ficção, podendo ser atingida em sua imagem, conceito público e credibilidade, o que integra a honra objetiva, que merece proteção da lei. Provados, então, os fatos constitutivos do seu direito, devida é a indenização pleiteada, cujo valor deverá observar os objetivos reparatórios e punitivos visados por essa espécie de reparação, as condições financeiras das partes e, ainda, o princípio da razoabilidade e a vedação do enriquecimento sem causa”*.

Contudo, ainda se verifica que existe uma forte tendência dos Tribunais Brasileiros em conceder os danos morais às pessoas jurídicas apenas quando verificado o abalo de crédito, o que está realmente equivocado, e por isso, sofre constantes ataques da doutrina. Como vimos anteriormente, esta é uma prática perigosa, que na verdade, implica em indenizar os reflexos patrimoniais advindos da conduta ilícita praticada pelo agressor, sob a intitulação de danos morais.

Exemplo claro deste fato pode se verificar na Apelação Cível Nº 70042761114, da Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Nesta decisão vislumbra-se um grande equívoco por parte do julgador, que condiciona a concessão da indenização por danos morais à pessoa jurídica, à prova do abalo do crédito. Neste julgado foi negado o dano moral, justamente por este motivo³⁵³.

Assim, a jurisprudência brasileira ainda tem muito que evoluir no que diz respeito ao dano moral sofrido pelas pessoas jurídicas, a fim de aplicar adequadamente o instituto.

4.2 Pessoa Jurídica e Dano Moral nos Tribunais Espanhóis

Na Espanha³⁵⁴ este é um tema muito controvertido, existindo posições

³⁵³ “O encaminhamento de correspondências à autora cobrando débitos inexistentes sem que tenha havido inscrição de seu nome nos órgãos de proteção ao **crédito** não configura **dano moral**, senão mero dissabor da vida cotidiana. Ademais, em se tratando de **pessoa jurídica** no polo ativo do feito, caberia a esta a comprovação do **abalo** à sua imagem e ao seu **crédito**, ônus do qual não se desincumbiu a autora. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70042761114, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Balson Araújo, Julgado em 25/08/2011)”

³⁵⁴ Isso também se verifica na maioria dos países da União Européia. Segundo PROSSER Y KEETON, ao se referir aos Países pertencentes à União Européia, uma pessoa jurídica é objeto de indenização no caso de difamação a sua reputação, se com tal ataque fica abalada a sua capacidade de crédito. Esta, entendida como a eficiência, de maneira genérica, em

doutrinárias em todos os sentidos.

No entanto, segundo a doutrina, existe uma forte tendência do Tribunal Supremo Espanhol, no sentido de alargamento das concessões de indenização por danos morais às pessoas jurídicas, e isso tem sido alvo de críticas acirradas na doutrina, que alega que o objetivo dessas indenizações é não deixar sem sanção certas atuações que constituem na verdade prejuízos mais patrimoniais do que extrapatrimoniais. Segundo este entendimento, a concessão da indenização por dano moral, representa na verdade, uma tentativa de compensar o prejuízo material, que por dificuldade de prova ou outro motivo, não pode indenizado.

Constata-se que o problema de fundo é o mesmo na Espanha e no Brasil, isto é, indenizações concedidas à pessoas jurídicas com base no “abalo de crédito”, já referido anteriormente, o que não condiz com a natureza do

suas relações comerciais. E dependendo ainda, em grande medida, do impacto na opinião pública, a respeito do impacto sofrido pela pessoa jurídica. Em todo caso, a indenização sempre deverá ser medida, com os danos devidamente produzidos e provados no patrimônio da pessoa jurídica. PROSSER Y KEETON, *Law of Torts*, 3ª ed., St. Paul, Min., 1964, p. 778.

A Inglaterra comporta uma posição bem mais conservadora, se comparada aos demais Países da União Européia, posto que a pessoa jurídica somente se beneficiará de indenização, quando a difamação ocasionar conseqüências à condição econômica, e isto deverá ser cabalmente provado em juízo. Não admite-se na Inglaterra que a pessoa jurídica possa ser injuriada em seus sentimentos, mas tão somente em seu patrimônio Vid. *Lord REID* em “*Lewis v. Daily Telegraph* (1964) AC 234, 262, *ROGERS, W. V H., Winfield & Jolowicz: On Tort*, 16ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2002, p. 405.

Já na França, encontramos um sistema um pouco mais flexível, quanto às pessoas jurídicas, de modo que a proteção aos direitos morais não está reservada somente às pessoas físicas, assegurando-lhes os atributos da personalidade como direito ao nome, reputação e o sigilo de seus negócios. Admite-se a pessoa jurídica como sujeito ativo em uma ação de dano moral. Vid. *LE TORNEAU, La responsabilité civile*, Paris, 1996, N. 343 e ss; *VINEY Y JOURDAIN, Les conditions de la responsabilité*, 2ª ed., Paris, 1998, N. 260.

instituto do dano moral. Pois para alcançar as pessoas jurídicas, a interpretação acertada é aquela em que o dano moral é compreendida como todo aquele que não é patrimonial, cujos prejuízos são única e exclusivamente de cunho não-econômico. Do contrário, de dano moral não se trata.

A Sentença do Tribunal Supremo Espanhol de 20 de fevereiro de 2002³⁵⁵, constitui-se num julgado de fundamental importância a respeito do assunto. Esta Sentença deixa claro que uma pessoa jurídica pode ser vítima de dano moral, e portanto, faz jus ao ressarcimento pelos danos sofridos. Ressalta que no caso das pessoas jurídicas, o dano moral se manifesta no prestígio, estima moral e no conceito que o público tem no tocante a empresa.

Em que pese esta decisão do Tribunal Supremo representar um grande avanço quanto aos danos morais sofridos por pessoas jurídicas, ela vem sofrendo ataques constantes da doutrina. Sustentam os doutrinadores, que este julgado demonstra claramente aquela tendência já referida anteriormente, qual seja, a de conferir danos morais que na verdade possuem o cunho de “compensar” danos verdadeiramente patrimoniais, mas que tornam-se impossíveis de indenizar face a dificuldade de prova.

A Sentença referida tratou do seguinte caso: A Revista “*Actualidad Economica*” na edição da primeira quinzena de janeiro de 1990, na seção “*Los Negocios*”, publicou a falsa notícia de que a empresa *Federal Express* pretendia comprar a empresa espanhola *Aerpons*. A referida informação, que veio a ser publicada, foi dada por um empregado que não tinha conhecimentos necessários para confirmar a veracidade da informação. Além disso, a Revista jamais procurou a empresa que supostamente objetivava adquirir a outra empresa espanhola para se certificar de que a informação era verdadeira. Em razão disso, o Tribunal considerou negligente a atuação da revista.

A *Aerpons* alegou prejuízos de milhões de pesetas, dentre prejuízos

³⁵⁵ (RJ 2002/1180).

patrimoniais e morais. Os danos patrimoniais consistiam basicamente nos seguintes: despesas com a divulgação para desmentir a publicação da falsa notícia; danos derivados da suspensão dos fretes que fazia para a empresa IATA; cancelamento de créditos por conhecimentos aéreos e negativa das entidades de crédito em descontar títulos cambiários da empresa até que a situação fosse resolvida; Quanto aos danos extrapatrimoniais alegou que a Revista tinha tratado o logotipo da empresa de maneira vexatória e humilhante (na mesma publicação, junto a notícia constava uma ilustração em que uma Águia – símbolo da *Federal Express* -, tinha entre suas garras o logotipo de *Aerpons*).

Os Tribunais de Justiça, em todas as instâncias, afastaram os danos patrimoniais por ausência de prova, exceto as despesas com veiculação para desmentir a falsa notícia, a qual foi conferida uma indenização de 3.494,28 euros. A título de danos morais, o Tribunal concedeu a indenização de 60.101,21 euros.

As críticas doutrinárias recaem sob o fato de que ante as dificuldades de provar os prejuízos patrimoniais, o Tribunal conferiu indenização por danos morais, como uma tentativa de não deixar irreparados os danos patrimoniais, cuja prova era impossível fazer.

A respeito desta Sentença especificamente, importante estudo realizou GÓMEZ POMAR³⁵⁶. Segundo ele, o Tribunal reforça nesta Sentença, a sua inclinação em incluir no âmbito dos danos morais o ressarcimento de prejuízos de carácter patrimonial difíceis de serem provados, e em particular a conceder indenizações nestas circunstâncias a favor de pessoa jurídicas, sobretudo, empresas. Esta prática por parte do Tribunal, de acordo com o autor, tem sido muito freqüente e possui duplo objetivo, que é sancionar condutas quando

³⁵⁶ GÓMEZ POMAR, Fernando, *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 20.2.2002: el daño moral de las personas jurídicas*, In Dret, Working Paper nº: 105, Barcelona, octubre de 2002.

consideradas repreensíveis quando o dano patrimonial é ínfimo, e contornar as dificuldades de natureza probatória por parte do demandante quanto aos danos patrimoniais.

Essa conduta é duramente criticada por GÓMEZ POMAR, sobretudo nesta sentença, que na opinião do autor, o impacto negativo é bem escasso, considerando que a empresa espanhola seria comprada por uma gigante do setor, o que em geral acarreta a valorização das ações e não a desvalorização. A medida em que a notícia é desmentida, até podem haver alguns prejuízos, ressalta o autor, mas de pequena monta, e ainda assim, de caráter exclusivamente patrimonial.

Enfim, esse doutrinador é absolutamente contra a possibilidade de uma pessoa jurídica sofrer danos morais. Sustenta que só os indivíduos podem sofrer os efeitos negativos de uma notícia e somente eles é que possuem a capacidade de sentir dor, angústia, ansiedade, etc. Para uma empresa, uma notícia pode gerar apenas prejuízos materiais, avaliáveis e perfeitamente compensáveis em dinheiro, o que afasta a indenização por danos morais³⁵⁷.

³⁵⁷ *“Sólo los individuos (tal vez, en función de lo generosos quequeramos ser con otros seres vivos que nos acompañan en el planeta, también los animales) tienen preferencias sobre el mundo que se traducen en funciones de utilidad. Las empresas, desde el punto de vista económico, se analizan como entes que disponen, más modestamente entérminos conceptuales, nada más que de funciones de producción y de ingresos. De esta forma, la diferencia entre unos y otras en cuanto al efecto negativo de una noticia o información falsa es muy notable. Una pérdida de reputación o estima en un individuo puede causar no sólo pérdida de ingresos y oportunidades de relación en el futuro (esto es, perdidas patrimoniales en mercados organizados o informales), sino también dolor, angustia, ansiedad, pena, desesperación, esto es, algo que no se puede compensar en dinero o en bienes que se cambian por dinero. Una pérdida de reputación o estima en una empresa no puede causar más que aumento de costes o pérdida de ingresos en el futuro, todo lo cual es, por definición, compensable por dinero. Creo que no es dudoso que la exigencia anticipada del pago de fletes (aumento de coste financiero), la cancelación de encargos (disminución de ingresos a corto plazo) y la falta de emisión de conocimientos aéreos (disminución de ingresos a largo plazo), y la caída de prestigio y reputación comerciales (disminución de ingresos a largo plazo) constituyen partidas de daño que el dinero puede reparar perfectamente, siempre y cuando la indemnización se calcule de manera adecuada y se conceda efectivamente. Podrá haber en estos casos de pretendido daño no patrimonial causado a una empresa, tal vez (aunque más bien raramente, me parece, salvo en pequeñas empresas familiares en las que casi no hay separación de hecho entre familia y empresa: pero no era éste el caso de Aerpons) dolor o angustia en socios, directivos, trabajadores, clientes o proveedores, pero este daño moral será de un perjuicio de los individuos, nunca de la empresa como tal. ¿Cabría entonces defender la indemnización por –el inexistente, en realidad- daño moral a la empresa como un sustitutivo, imperfecto pero no mejorable, del –existente, pero muy*

Em que pese a doutrina ressaltar essa tendência dos Tribunais, no sentido de alargamento³⁵⁸ das indenizações por danos morais concedidas às pessoas jurídicas, não podemos afirmar que esta é uma posição já consolidada, nem tampouco, que representa a maioria dos Tribunais. Conforme YZQUIERDO TOLSADA³⁵⁹, na jurisprudência espanhola, há abundantes casos em que é reconhecida a legitimidade ativa da pessoa jurídica para reclamar

disperso- daño moral de los seres humanos relacionados con la empresa? Incluso se podría entender que se reducen así los costes de transacción al sustituir múltiples pequeñas reclamaciones de individuos por una sola reclamación de mayor entidad por parte de la persona jurídica. No creo que estos posibles argumentos sean convincentes. El riesgo de que los pretendidos perjuicios morales de las personas relacionadas, aun estrechamente, con la empresa, sean espúreas es enormemente elevado, y la posibilidad de discriminar las fundadas de las infundadas no resulta nada fácil, con el consiguiente peligro de una deriva alocada hacia responsabilidades de gran magnitud derivadas de hechos de escasa trascendencia para la vida, la salud y los patrimonios de los individuos. Piénsese en la posibilidad de reclamar indemnizaciones como consecuencia de comentarios o referencias injustos sobre el Barça o el Real Madrid, basándose en el dolor que puedan generar en las nutridas aficiones de uno y otro club. La acendrada actitud restrictiva de los sistemas jurídicos frente a los daños indirectos, reflejos o de rebote (que se analiza en Economic Loss) resulta, me parece, justificada en este caso: no encuentro buenas razones para renunciar a la prudencia y al rigor sin mecanismos suficientemente precisos para poner coto a la más que esperable frivolidad en las demandas. Otra cosa es que esos daños patrimoniales sufridos por la empresa por efecto de su pérdida de reputación en el mercado sean o no difíciles de acreditar ante un Tribunal. En la mayoría de los casos, la respuesta es sencilla aunque descorazonadora: de ordinario, en especial los que derivan de una pérdida de ganancias futuras prolongadas en el tiempo, son verdaderamente difíciles de evaluar y probar en juicio. Por eso, como ya se ha indicado, el Tribunal Supremo tiene la tentación (en la que, demasiado a menudo, cae) de disfrazar esas pérdidas patrimoniales de ardua prueba como daños no patrimoniales. Con ello hace la vida más fácil a los demandantes, pues aligera la carga de la prueba que pesa en principio sobre ellos (art. 217 LEC), y también aligera el trabajo de los tribunales de instancia, al levantar casi por completo los controles relativos a la de justificación de la fijación de la cuantía indemnizatoria por parte de aquéllos (según reiterada jurisprudencia, no hay criterios explicitables para la valoración económica del daño moral, al contrario que para el patrimonial). El Tribunal Supremo practica en esta como en otras sentencias una generosidad mal entendida. Abrir la espita del daño moral no creo que sea el camino más aconsejable para aliviar los problemas de dificultad probatoria de ciertos daños patrimoniales. Es mejor, y más honesto también, afrontar la cuestión de cara. Aligérese la prueba del lucro cesante, admítase la conexión estadística significativa como prueba bastante para acreditar ganancias futuras, sofistíquense las pericias admitidas por los tribunales para dar mayor entrada a procedimientos estadísticos de valoración de daños. Todo ello es con seguridad muy saludable para el eficaz funcionamiento del Derecho de daños en España, incluso más allá del ámbito específico de los daños a la reputación comercial de las empresas. El atajo de la calificación como daño moral es muy poco recomendable. Este juicio no obedece a prurito académico o pedantería conceptual, ni siquiera a una defensa del rigor teórico en lo que considero uno de los cimientos del entendimiento jurídico del daño (y que precisamente, es extrajurídico, porque nos lo suministra la economía del bienestar). El motivo es mucho más serio, y es de carácter pragmático. La valoración económica de los daños y perjuicios y la construcción en esta materia de criterios razonablemente precisos y, sobre todo, predecibles, son cuestiones demasiado importantes (y que, además, han venido funcionando tradicionalmente de forma

danos morais, e há, outros tantos casos, que não³⁶⁰. E em razão disso, afirma que não é possível extrair do ordenamento espanhol uma resposta firme sobre o assunto, pois inclusive ressalta, que há interpretações diversas entre o Tribunal Supremo e o Tribunal Constitucional.

muy deficiente en el Derecho español de la responsabilidad civil y del contrato) como para esconderlas detrás de categorías ad hoc, como la de daño moral que maneja con excesiva desenvoltura el Tribunal Supremo". (GÓMEZ POMAR, Fernando, Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 20.2.2002: el daño moral de las personas jurídicas, In Dret, Working Paper nº: 105, Barcelona, octubre de 2002).

³⁵⁸ Nesse sentido STS de 31 de maio de 2000 (Ar. 5089): *"Sin duda estamos asistiendo a un nuevo crecimiento de la responsabilidad civil a través de la adopción de este concepto amplio de daño moral, que en algunos casos no está justificada y conduce a una degradación de tal concepto. Dos de las manifestaciones a las que lleva este nuevo concepto de perjuicio moral son, por un lado, el reconocimiento de daños morales a una persona jurídica y, por otro lado, la indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual (pero hay muchas más). La admisión de daños morales en entes sociales implica desde luego un nuevo concepto de daño moral, propio de las personas jurídicas, no reconducible al clásico dolor o sufrimiento físico o psíquico (un intento de precisar tal concepto en la STS, 1ª, 20.2.2002 (Ar. 3501, MP: Martínez-Pereda) (un comentario a la misma en RODRÍGUEZ GUITIÁN [2002], pp. 361 ss). Adelanto mi opinión de que no me opongo con carácter general a dicho reconocimiento, ahora bien, creo que ello exige que los tribunales sean sumamente rigurosos a la hora de comprobar, en función de las circunstancias del caso, si realmente existe y se ha producido un daño moral. Respecto a la indemnización del daño moral contractual pienso lo mismo, el problema no radica tanto en oponerse a la apertura sino en dejar bien claros los límites para reparar este perjuicio derivado del incumplimiento del contrato; lo que en ningún caso puede aceptarse es que por el mero hecho de que se incumpla un contrato el acreedor sufra un daño moral, ya que todo incumplimiento lleva consigo un dolor y una frustración por la pérdida de expectativas. Un examen de tales límites en RODRÍGUEZ GUITIÁN (2003), pp. 829 ss: En primer lugar, debe aplicarse el artículo 1107 CC (criterio de la previsibilidad del daño), con el fin de estudiar si el deudor quedaba obligado en virtud del contrato celebrado a salvaguardar el interés no patrimonial del acreedor. En segundo lugar, habrá que analizar si el daño moral reviste gravedad y tal gravedad se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y al tipo de incumplimiento contractual. En similar sentido véase en el Common Law MCGREGOR (1997), pp. 54-57"*.

³⁵⁹ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de Responsabilidad Civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 181/185.

³⁶⁰ A exemplo da Sentença do Tribunal Constitucional 107, de 8 de junho de 1988 (B.O.E. De 25 de junho de 1988);

CAPÍTULO IV

QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL

1 Problemática da Quantificação

A quantificação do dano é certamente a questão mais importante acerca do dano moral, e também a mais problemática, justamente porque se desenvolve no âmbito daquelas relações jurídicas em que a exatidão matemática não é contemplada. É aquela que ocupa o maior tempo dos juristas, que buscam incansavelmente critérios que auxiliem o julgador nesta tarefa tão delicada, que consiste em compensar a vítima pelo mal suportado, mediante a fixação de um *quantum* pecuniário.

As discussões relacionadas à quantificação do dano moral assumem importante papel teórico, mas acima deste aspecto teórico, impõem-se o campo prático, porque o julgador, afinal de contas, precisa atribuir um valor em dinheiro ao dano que lhe é apresentado. A vítima aguarda uma solução efetiva, e espera que a noção de Justiça conduza o juiz no seu veredito final.

Valores indispensáveis para o ordenamento jurídico e elevados ao mais alto nível normativo na Constituição, como a segurança jurídica, tutela jurisdicional efetiva, igualdade dos cidadãos frente às normas legais, estão constantemente presentes quando nos deparamos com uma ação de indenização por dano moral, o que justifica, sem sombra de dúvidas, toda e qualquer preocupação dedicada à matéria, bem como a busca incessante por um critério que contemple todos esses princípios.

. Essa temática preocupa de longa data os operadores do direito, principalmente diante do constante crescimento das demandas versando sobre esta matéria, e ante a ausência de um critério seguro para chegar a um montante.

Ao longo deste trabalho vem se apontando as dificuldades na fixação do quantum indenizatório quando se trata de danos morais. Ao contrário, os danos materiais são de fácil aferição, pois basta ver quanto foi o prejuízo, ou seja, quanto a vítima teve de efetiva diminuição no patrimônio, e a resposta é justamente a indenização cabível, já que o objetivo é voltar ao *status quo ante*. Isso porém, não ocorre no dano moral, que trata de indenizar o sofrimento experimentado pela vítima. Mas quanto vale o sofrimento?

Certamente pela dificuldade desta resposta e também pela resistência em aceitar a possibilidade de realmente atribuir valor ao sentimento, é que demorou tantos anos para ser reconhecido tal direito. No Brasil, apenas em 1988 foi legalmente contemplado, embora a jurisprudência em alguns poucos casos já o reconhecia. Mas vencida esta etapa, era necessário estabelecer critérios para chegar ao quantum devido de indenização, ainda que tais critérios sejam carecedores de segurança.

O legislador silenciou, nada prevendo a este respeito, razão pela qual, coube aos doutrinadores e à jurisprudência traçar caminhos para a apuração, surgindo então o tarifamento legal, o arbitramento, dentre outros, que serão estudados mais adiante.

2 Caráter Punitivo e Compensatório

A natureza jurídica do dano moral é muito discutida na doutrina. Alguns doutrinadores defendem o caráter compensatório, à medida que satisfaz o dano sofrido pela vítima, sendo ela o ponto central da discussão. Já outros se manifestam pelo caráter punitivo, considerando que o autor do fato não pode ficar sem uma sanção pelo cometido, ou seja, encontra-se aqui, um caráter pedagógico, pois deve servir de lição para que não mais cometa o mesmo deslize. Este caráter punitivo encontra ampla aplicação nos países do *common law*, como nos Estados Unidos – *punitive damages*. No entanto, a ausência de previsão legal expressa, seja no ordenamento jurídico brasileiro, seja no Espanhol, faz com que a discussão aumente no campo doutrinário, restando-nos expor as teorias a respeito.

Na opinião de BARRIENTOS, hoje a responsabilidade civil, e dentro dela

compreendida a indenização por dano moral, não é uma instituição jurídica que busque sancionar o autor de um ilícito, essa é uma função entregue a “*ultima ratio*” do direito penal. Segundo este autor, as indenizações se preocupam hoje, em reparar o prejuízo causado. O dano ou prejuízo é então o pressuposto comum a todas as ordens de responsabilidade. Ao defender este posicionamento cita o professor YZQUIERDO TOLSADA, que por sua vez, prega que “*no existe uma responsabilidad civil derivada de delito y una responsabilidad civil pura, sino sencillamente, responsabilidad civil, tan civil y tan pura em el caso de que el daño haya sido causado com ocasión de un delito o falta como em el caso que no haya sido así*”³⁶¹.

PANTALEÓN se posiciona de uma maneira bem mais radical, insistindo na finalidade unicamente ressarcitória das normas de responsabilidade civil. Diz ele, que as normas possuem uma função preventivo-normativa por lei, estando absolutamente desconectado, o fato de a obrigação de reparar os danos causados induzir ou não, os sujeitos a comportarem-se de forma mais cuidadosa, logo, pode incentivar ou não a prevenção dos danos³⁶².

Para ZANNONI³⁶³, a reparação do dano moral cumpre uma função de justiça corretiva ou sinalagmática, que conjuga ou sintetiza a natureza ressarcitória da indenização do dano moral para a vítima (entidade do bem jurídico lesionado, sua posição social, a reparação do agravo, em seu ser existencial, individual ou pessoal e também de relação intersubjetiva) e a natureza punitória ou sancionatória da reparação para o agente do dano (seu maior ou menor dever de prever as consequências do ato ilícito, sua situação econômica, o fator de atribuição de responsabilidade – dolo ou culpa etc).

³⁶¹ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *El resarcimiento por daño moral em España y Europa*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2007, p. 54.

³⁶² PANTALEON, Prieto, *Del concepto del daño*, tesis doctoral inédita, Universidad Autónoma de Madrid, 1981, p. 742/818, in BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *El resarcimiento por daño moral em España y Europa*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2007, p. 54.

³⁶³ ZANNONI, Eduardo, *El daño em la responsabilidad civil*, 2ª ed, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993.

Na esteira de pensamento de ZANNONI, parece estar a forma mais adequada de tratar o tema, ou seja, não tomar uma posição radical, mas sim, uma que encontre um meio termo. A indenização neste caso apresentará caráter dúplice, isto é, compensatório e punitivo. A respeito disso, já dizia SCOGNAMIGLIO³⁶⁴ que a diferença entre dano e pena, reside no fato de que esta última objetiva essencialmente infligir um mal ao réu ou causante do dano, enquanto que o ressarcimento se dirige exclusivamente ao lesionado para aliviar-lhe o mal sofrido, e na medida em que nos colocamos em um ou outro extremo, aproximamos o dano moral à figura da pena privada e aos *punitives damages*, ou vamos ao *pretium doloris* ou dor sofrido pela vítima. Entretanto, alguns questionamentos podem surgir: considerando a adoção deste posicionamento, uma parcela do montante deve ser destinada à agravação da situação econômica do ofensor. Neste caso, a quem será dirigida tal quantia? Ao Estado, à vítima? Esse é um problema a ser resolvido, pois se alcançado à vítima poderá acarretar o enriquecimento ilícito. Todavia, o ordenamento jurídico brasileiro é silente neste aspecto, nada mencionando. Assim, as decisões condenam o autor do dano ao pagamento da indenização, que é destinada unicamente a vítima.

Segundo ZAVALA DE GONZALEZ e RODOLFO MARTIN³⁶⁵, a vítima não deve lucrar pelo fato lesivo, porém, todavia, mais irritante é que o ofensor seja quem lucre e que, ademais, permaneça em situação que nada o impede (a ele e a outros) reiterar a atividade nociva. Ante o dilema entre danos lucrativos e culpas lucrativas, os autores se inclinam contra estas últimas, que são mais negativas, porque estão cimentadas na causação de um prejuízo que não foi merecido e que é rentável para o ofensor.

³⁶⁴ SCOGNAMIGLIO, Renato, "*Danno morale*", em "*Novissimo Digesto Italiano*", t. V., Ed. Utet, Torino, 1957-1975, pp. 146 e ss.

³⁶⁵ MARTÍN ZAVALA, Rodolfo; ZAVALA GONÇALVES, Matilde, *Indemnización punitiva. Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 192.

3 Teoria do Valor do Desestímulo

A teoria do valor do desestímulo teve origem no direito norte-americano através daquilo que se convencionou chamar de *punitive damages*, que, traduzido para o vernáculo, significa danos punitivos. O escopo de tal instituto se resume em: por meio da atribuição de valores milionários às vítimas lesadas, desestimular o ofensor a não mais praticar atitudes que lesionem o patrimônio moral das pessoas. A um só tempo, punindo o ofensor através do desestímulo que a soma vultosa lhe inflige, e proporcionando, ainda, um exemplo à sociedade para que nenhum outro integrante da mesma venha a praticar atitudes do mesmo jaez.

Os defensores do caráter punitivo da indenização por danos morais invocam a chamada teoria do valor do desestímulo, segundo a qual, na fixação da indenização pelos danos morais sofridos, deve o Magistrado estabelecer um valor capaz de impedir/dissuadir práticas semelhantes, assumindo forma de verdadeira punição criminal no âmbito cível.

No Brasil, um de seus defensores foi CARLOS ALBERTO BITTAR³⁶⁶, segundo o qual, adotada a reparação pecuniária — que, aliás, é a regra na prática, diante dos antecedentes expostos -, vem-se cristalizando orientação na jurisprudência nacional que, já de longo tempo, domina o cenário indenizatório nos direitos norte-americano e inglês. É a da fixação de valor que serve como desestímulo a novas agressões, coerente com o espírito dos referidos punitive ou exemplary damages da jurisprudência daqueles países. Em consonância com essa diretriz, a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante.

O eminente professor JOÃO CASILLO³⁶⁷, ainda tentou justificar tal sistema, dizendo que numa sociedade bastante complexa e interligada como é a norte-americana, já se fazia absolutamente necessária uma maior proteção às vítimas de atos ilícitos, isto porque quanto maior o relacionamento entre os indivíduos, quanto mais sofisticados os elementos materiais colocados à sua disposição, tanto maior o risco, e uma das soluções por certo é, ao invés de dar proteção paternalista ao ofensor, demonstrar-lhe que as conseqüências do seu ato danoso serão pesados.

Entretanto, em que pese a incontestável autoridade dos eminentes professores CARLOS ALBERTO BITTAR e JOÃO CASILLO, data máxima venia, não se pode concordar com tal pretensão e justificação. As lesões que se verificam dentro do âmbito privado, envolvendo, geralmente, duas ou mais

³⁶⁶ BITTAR, Carlos Alberto, *Responsabilidade Civil: teoria e prática*, 3ª ed, rev. E atual. Por Eduardo C. B. Bittar, Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1999, pp. 232/233.

³⁶⁷ CASILLO, João, *Dano à pessoa e sua indenização*, Ed. revista dos Tribunais, São Paulo, 1987, p. 61.

peças, devem ser resolvidas entre estas peças, no âmbito privado. Não há porque envolver toda a sociedade. Os interesses desta apenas são lesados conjuntamente com os interesses particulares no âmbito penal. Adotar a teoria em testilha seria criar um inaceitável sistema paralelo, que se situaria entre o âmbito civil e o penal; seria um sistema misto, um sistema civil-penal, um sistema eclético, inadmissível, e impraticável dentro da técnica jurídica, pois são ramos que possuem particularidades muito específicas que os distinguem e os colocam em lados diametralmente opostos. Evidentemente, e reconheço sem contestar, como já disse alhures, que o setor da responsabilidade é o que mais aproxima esses dois ramos do direito, tão diferentes, mas, que neste ponto, se confundem e se mesclam, formando um sistema incrivelmente homogêneo. Entretanto não podemos perder de vista o fato de que são nas conseqüências, como já dito, que esse ponto de contato volta a se bifurcar, e esses dois grandes rios caudalosos novamente voltam a ter suas particularidades inconfundíveis. Não podemos de forma alguma, e isso me causa grande desconforto, admitir que sejam criados sistemas paralelos, notadamente quando há o envolvimento de um ramo do direito de tão extrema seriedade quanto é o direito penal. Pois o direito penal é um direito repressivo por demais, que afeta um dos mais sagrados e fundamentais direitos da humanidade, a liberdade. Pode-se até defender que a vida é o mais precioso bem jurídico, e concordo com tal assertiva, se a mesma for analisada dentro do plano de valoração que nosso ordenamento jurídico adotou, dando à vida o ápice da valoração. Todavia, analisando a proposição sob o aspecto filosófico, creio não poder concordar de forma tão integral com tal assertiva. De que vale a vida sem liberdade? Melhor morrer de pé e livre, a viver mil anos na escravidão, de joelhos. Uma vida sem liberdade é como um corpo sem alma. Existe, mas não significa nada. Por essa razão, não se pode admitir este sistema paralelo.

Ademais, importantíssimo salientar, que nos EUA, os danos punitivos não se referem à indenização devida em razão de danos materiais e morais sofridos. Os danos punitivos, também chamados de "danos exemplares" ou "danos vingativos" (*exemplary or vindictive damages*), não são estipulados para ressarcir/compensar um dano. Isso ressarcimento/compensação compete aos chamados danos

compensatórios que, nos EUA, compreendem os chamados "danos econômicos" e os "danos não econômicos", que, no Brasil, têm como correspondentes, os danos materiais e os danos morais, respectivamente.

Notem a característica de tal sistema. O absurdo descomedido. Se os norte-americanos admitem tal sistema, e seus tribunais o aplicam, evidentemente é um problema deles. Não nos cabe querer nos intrometer nos sistemas legislativos de outros povos. Pois somente esses podem aquilatar se o sistema que adotam supre suas necessidades ou não. Entretanto a questão é que, no Brasil, essa situação jamais poderá ser admitida ou tolerada.

Tal sistema revela-se uma afronta ao Estado Constitucional e Democrático de Direito que nosso país adota. Veja que, nos EUA, há as seguintes indenizações num pleito judicial, no qual estejam envolvidos os danos morais: há uma indenização por danos morais, que lá são denominados de "danos não-econômicos", plenamente aceitável, pois o dano moral não atinge patrimônio econômico. Existe também indenização por danos materiais, chamados de "danos econômicos", por razões óbvias; essas duas indenizações têm um cunho de ressarcimento/ compensação, o que é totalmente compatível com o sistema brasileiro, pois deveras, a função da indenização é reparar o mal sofrido e dar à vítima uma compensação pela injusta lesão que sofreu. E há uma terceira categoria de reparação, traduzida numa reparação com caráter punitivo, denominada de "danos punitivos" ou "danos vingativos". Ora! Punir é função do direito penal, não do direito civil.

Ademais, este sistema, se aplicado à nossa sistemática jurídica, feriria de forma flagrante e brutal o princípio da legalidade, insculpido no inciso XXXIX de nossa Magna Lei, reproduzido no art. 1º do Código Penal, que assim reza de forma lúcida e clara: *"não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal"*. Uma pena só pode ser aplicada, conforme este princípio se houver lei anterior que a comine. E mais, uma pena não pode ser aplicada ao acaso, frente a qualquer ato, mas somente frente ao fato típico, é dizer, frente a um crime, e este somente se configura como atitude punível se lei

anterior o definir como tal. Caso contrário, estaremos diante de incontestável ilegalidade, de desrespeito ao Estado Democrático de Direito, e aos princípios que lhe dão sustentação, abrindo ensejos para que a ditadura e a tirania, sistemas que tantas vítimas fizeram ao longo dos anos, e que tanto sangue lançaram nas páginas da história da humanidade, se instaurem novamente. Desta forma, mais uma vez, o Direito servirá, não de garantia à paz social e à coexistência pacífica, mas como já ocorreu tantas vezes, servirá aos interesses de minorias que, com sentimentos mórbidos e sórdidos recorrerão ao judiciário tão simplesmente para se enriquecer, para se locupletar, alegando danos inexistentes, contando histórias fantasiosas e estapafúrdias, não se importando se sua pretensão vai causar ruína ao seu adversário ou não, pois são pessoas que jamais se preocuparam com o bem estar social. Portanto, a punição em âmbito civil, não nos afigura como atitude muito lúcida e legal. Até porque é cediço que, quando há o deferimento de indenização, seja por danos morais ou seja por danos materiais, seja por ambos, no bojo da indenização já se encontra a punição. Quando o agente causador do dano sabe que terá que desembolsar determinada quantia para ressarcir um prejuízo que causou, evidentemente que se sentirá punido. A sensação da perda é inevitável. E, conjuntamente com a perda pecuniária virá o sentimento de punição, pois somente estará perdendo dinheiro porque sua atitude veio a macular direito alheio. Isso já servirá, ademais como aviso, como um freio para que não volte a cometer o mesmo ato, pois se vier a reincidir no erro, nova perda terá.

Outro designativo, dado a esta terceira categoria de indenização é "*danos vingativos*". Isso representa um retrocesso sem precedentes. O que o sistema legislado tenta fazer é, justamente, evitar a vingança, chamada pelos romanos de *vindicta*. Justamente em razão do fato de que a vingança sempre traz em suas entranhas o gérmen da desproporcionalidade, da reação descomedida, violenta, brutal, selvagem, nefasta. A vingança pública assume um papel ainda mais deletério, pois, como uma sociedade pode pregar e almejar a paz e a ordem sociais se se utiliza de um instrumento tão retrógrado e mesquinho, quanto a vingança? Como um povo que se vinga, pode ser chamado de civilizado? A irracionalidade que a vingança traz, faz de seus praticantes,

animais, ou melhor, algo pior do que animais, pois a prática demonstra que os animais apenas se defendem, quando são provocados, e o fazem na medida certa, para afastarem de si o mal injusto. O sistema da teoria do valor do desestímulo lançará nossa evolução jurídica no retrocesso. Assim como vem lançando a dos EUA.

O que tal teoria procura ressarcir ainda, é o que se chama de "*punitive damages*", ou seja, os danos exemplares. Com a soma milionária que é deferida à pretensa vítima, procura-se dar um exemplo à toda sociedade para que os integrantes desta se sintam, como o próprio nome diz, desestimulados a praticar a mesma atitude que um de seus integrantes praticou. Isso é tão contraproducente quanto ilógico. Quer dizer, para que se dê um exemplo à sociedade, alguém tem que se enriquecer do dia para a noite e, no mesmo sentido, alguém deve sofrer uma ruína financeira. O agente causador do dano deve arriscar sua sobrevivência e de toda sua família quando se tratar de pessoa física; ou uma empresa deve correr risco de abrir falência e gerar, por consequência, grande desemprego, em razão de uma tentativa errônea, irracional, mesquinha, de se dar um exemplo a uma sociedade que, efetivamente, nenhum dano sofreu, em decorrência de um problema que se travou em seara particular. Com certeza, muitos integrantes da sociedade nem mesmo tomariam conhecimento de tal fato, não fosse, evidentemente, a sempre sensacionalista e insensível imprensa que faria um verdadeiro espetáculo circense para divulgar o caso. O envolvimento de toda a sociedade, como se nota claramente, é um grande risco.

Cada vez que se envolve, em um julgamento toda a sociedade, permitindo que a mesma participe, há uma utilização excessiva de parâmetros subjetivos, em detrimento dos parâmetros objetivos, lógico-jurídicos, enfim, dos paradigmas da ciência jurídica, construídos ao longo de anos para a solução do caso concreto. A comoção social, e isso a prática tem demonstrado com inúmeros exemplos tem, não raras vezes, perturbado os julgamentos que se verificam nos pretórios. O fervor social, apesar de ter grande e inafastável relevância pois está a demonstrar a satisfação ou insatisfação da sociedade, e ainda, de seu

elemento primordial, o povo, apresenta também um lado negativo. Este lado negativo, forçoso que se reconheça, é fruto de uma educação defasada, de um sistema educacional que não vem preparando seus cidadãos suficientemente, para a defesa da democracia e das demais instituições dela decorrentes. Nota-se o senso comum, do povo naquilo que é dito de boca em boca, e que, cada vez que se conta, o fato ele é, enormemente aumentado. Mas, falta ao povo o principal, o bom senso, que é colhido e formado através da análise, da pesquisa, do estudo, de parâmetros lógicos e racionais. Uma mazela que, infelizmente, frente ao sistema educacional que aí está, ainda perdurará por muito tempo.

Dessa forma, por dois motivos fundamentais, a inclusão da defesa da sociedade não se justifica dentro do âmbito privado das indenizações por danos morais: em primeiro lugar, em razão das querelas privadas deverem ser resolvidas, privativamente, por seus contendores e responsáveis, sob pena de se estar concedendo indenização a quem a ela não faz jus e, obviamente, por não terem sido alvo da lesão, afinal, sabe-se que, na maioria das vezes há uma total indiferença pelo sofrimento alheio, pois cada qual está envolvido demais com seus próprios problemas. Se se visa indenizar a sociedade, o que deveria ocorrer na sentença é a determinação do rateio do valor da indenização por todos os membros da sociedade. Só no caso do Brasil, o valor da indenização, seguindo-se, cegamente esta teoria, deve ser dividido por mais de cento e sessenta milhões de pessoas, o que já demonstra, às escancaras, a impertinência de tal sistema. E, para isso, evidentemente, não há justificativa, pois a sociedade não participa, ou melhor, não deve participar do âmbito privado, como já ressaltado alhures. E, em segundo lugar porque, até o presente momento, a sociedade, globalmente considerada, não possui um arcabouço educacional suficientemente desenvolvido para participar de muitas questões, que à mesma toquem diretamente.

É óbvio que não podemos descurar do fato de que, hodiernamente está havendo uma mudança substancial na forma como a sociedade vem enfrentando os problemas que a afligem. Entretanto esta evolução é gradual. Ainda levará algum tempo para que a sociedade brasileira se adapte aos

padrões de civilidade e educação, para que, realmente, possa atuar democraticamente. Até lá, a cautela deverá ser sempre necessária. E, ainda que a sociedade atinja altos níveis de civilidade e educação, mesmo assim, as questões atinentes a danos morais sempre deverão ser resolvidas no âmbito privado, sem ingerência dos tumultos sociais. Até porque, ao se punir um indivíduo, de forma direta e imediata, estar-se-á colocando o restante da sociedade em sobreaviso, de forma indireta e mediata. Estar-se-á a demonstrar que atitudes daquele jaez não serão admitidas. O que é do público é do público, o que é do privado, do privado.

Desta forma, em linhas gerais, a teoria do valor do desestímulo é um instituto que através da condenação a uma soma milionária, pretende obter, a um só tempo, a punição do ofensor, desestimulando-o a reincidir no erro e proporcionar um exemplo à sociedade como meio preventivo. Na teoria proposta, a figura da vítima é lançada numa zona de esfumaçamento. Fica um tanto apagada. E óbvio que nos Estados Unidos, de onde a teoria é copiada, a vítima sempre sai dos tribunais imersa em milhares ou milhões de dólares. Entretanto este é justamente o problema. Ao não se considerar a pessoa da vítima, fica fácil o deferimento de um "*quantum*" que lhe seja sinônimo de enriquecimento desmedido. Não se pode mensurar o momento em que o processo deixa de ser um meio de resguardo e satisfação de um direito e aquele em que se degenera em mero jogo, mera fonte de enriquecimento. Sobre a definição deste perigoso sistema, assim fazem constar os doutrinadores Manente e Neto³⁶⁸: "*Sobre a definição de danos punitivos, confiram-se a tradução livre do verbete Exemplary orpunitive damages, presente no respeitável Dicionário Jurídico "Black 's Law Dictionary" (1): "Danos exemplares referem-se a uma indenização em escala elevada, concedida ao Autor em patamar superior ao valor necessário para compensá-lo pela perda patrimonial. Destinam-se a punir o Réu por sua conduta perniciososa ou para servir de exemplo, razão pela qual são também denominados danos "punitivos" ou "vingativos".*

³⁶⁸ PENTEADO MANENTE, Luiz Virgílio P., Antonio Marzagão Barbuto, *Indenizações milionárias*, www. Conjur.com.br, 2002, acessado em 17/07/02.

Apenas como forma de demonstrar as quantias demasiadas da indenização, seguem alguns exemplos enumerados na obra do eminente Professor WILSON MELO DA SILVA³⁶⁹: Um indivíduo, só por haver atirado ao chão o chapéu de outro, foi condenado a pagar cerca de 500 libras de indenização; Uma companhia de estrada de ferro foi condenada a pagar a um passageiro, 4.500 dólares, tão somente porque seu condutor o levou, intencionalmente, cerca de 400 jardas além da estação final.

Esse é o tipo de postura adotada por um povo de sentimento e modo de vida extremamente patrimonialista como o norte-americano.

Analisando o direito comparado, em especial o direito norte-americano, outra não é a conclusão do professor CLAYTON REIS³⁷⁰. Segundo ele, essa postura deve-se ao espírito pragmático dos povos anglo-americanos, e decorre, igualmente, do estilo de vida eminentemente patrimonialista da sociedade americana, no caso específico dos Estados Unidos da América do Norte.

Assim, no Brasil tal teoria revela-se totalmente inapropriada, porque além de macular a Constituição Federal de 1988, que prevê tão somente a indenização por dano moral e material³⁷¹ (jamais danos punitivos), fere também os princípios norteadores da responsabilidade civil, dentre os quais, o princípio do ressarcimento e o princípio da reparação, aplicáveis quanto à indenização por dano material e moral, respectivamente.

³⁶⁹ MELO DA SILVA, Wilson, *O dano moral e sua reparação*, 3ª ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1983, p. 24.

³⁷⁰ REIS, Clayton, *Dano Moral*, 4ª ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 43.

³⁷¹ Art. 5º, inciso X da Constituição Federal: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrentes de sua violação”.

4 Critérios para Apuração do *quantum* Indenizatório

4.1 Sistema da Tarifação

Sabe-se perfeitamente bem que, por mais experimentado que seja o legislador, por mais que detenha uma vasta e exímia cultura jurídica, jamais será capaz de elaborar um sistema normativo perfeito. Perfeição no sentido de prever todos os casos possíveis de ocorrerem no dia-a-dia. Tanto é verdade que as lacunas estão aí, justamente, para confirmar esta assertiva.

A pretensão de se criar uma tabela que abrangesse, não apenas todos os eventos possíveis, ocasionadores de danos morais, mas, inclusive, que previsse um valor específico para cada dano, encontra sua explicação nos julgados que fixam importâncias diferentes, em casos semelhantes, senão iguais em muitas vezes. Assim, para os defensores desta teoria, a tarifação seria uma maneira de conferir equidade aos julgados, evitando injustiças.

A Tarifação consiste num sistema, através do qual, o legislador, previamente, estabelece casos em que o dano moral se produz, e um valor para cada caso específico, ou seja, um tabelamento. É a fixação rígida, prevista em lei, de um piso mínimo e um teto máximo para pagamento de

determinadas infrações, de modo que o juiz fica adstrito a tais valores sempre que fixe o montante do ressarcimento.

4.1.1 No Brasil

A doutrina brasileira predominante sustenta a impertinência de tal sistema, sob o argumento de que o juiz com seu livre arbítrio, é capaz de lançar uma decisão mais justa, ao passo que está diante do caso concreto, e portanto, pode visualizar de forma mais clara o conflito, bem como a sua solução. Ademais, sustentam a impossibilidade de prever todos os casos possíveis de ocorrência de danos morais, haja vista que a dinâmica social cria novos fatos geradores de circunstâncias suscetíveis de produção dos eventos danosos que causam lesões de ordem moral. Dizem que jamais se poderia obter, com êxito, um valor exato estipulado "*a priori*", visto que cada caso é um caso específico, com suas próprias particulares, devendo-se levar em consideração, não apenas as circunstâncias fáticas nas quais o dano se verificou, mas também, e, principalmente, as condições pessoais das partes envolvidas.

Assim, pela análise de tais circunstâncias, os valores, com larga margem de certeza, se apresentariam incompatíveis com o caso concreto. Ora por preverem um valor exorbitante, tendo por parâmetros as partes envolvidas e a repercussão do evento lesivo, ora por preverem um valor irrisório. Desta forma, o objetivo maior de justiça se distanciaria cada vez mais. E, neste esteio de conseqüências, ora uma parte sofreria um enriquecimento indevido, em detrimento da outra, e ora, a parte ofensora sairia impune e a vítima irressarcida.

De acordo com ARNALDO MARMITT³⁷², muitos propugnam por um

³⁷² MARMITT, Arnaldo, *Dano Moral*, Ed. Aide, Rio de Janeiro, 1999, pp. 209/228.

sistema tarifado, na perspectiva de poderem determinar melhor o quantum devido. No entanto, o preestabelecimento de limites em muitas situações não satisfaz. Tudo dependerá das circunstâncias e das peculiaridades que emolduram o caso concreto, que em suas nuances difere sempre de outros assemelhados. Certamente a utilização indiscriminada da tarificação não é o critério adequado, mormente no sistema brasileiro, em que a aceitação dos danos extrapatrimoniais é bastante recente uma vez que tal critério depende muito da prática judicial da matéria.

Essa uma primeira parte do risco do sistema tarifário.

Um segundo ponto que deve ser analisado com muito mais acuidade, e que, com toda certeza, traduz uma possibilidade muito mais repulsiva, concerne à possibilidade de pretensos ofensores assumirem o ônus de produzir o evento lesivo após procederem a uma análise do parâmetro custo-benefício. Tornou-se comum, principalmente no Brasil, em épocas eleitoreiras, a montagem, por parte dos políticos, de verdadeiros espetáculos circenses, nos quais, um político tenta desmoralizar seu adversário com a propagação de mentiras ou situações que possam causar vergonha e descrédito ao adversário, no intuito de expô-lo à execração pública e, conseqüentemente, levar vantagem no momento da votação. Assim, por meio do sistema de tarificação que previsse, antecipadamente, um preço determinado para os danos morais ocasionados a um determinado político, em decorrência de notícia falsa sobre o mesmo, o adversário, por meio de uma análise entre o valor a ser pago e os benefícios que tal notícia viesse a proporcionar à sua futura candidatura, poderia optar por pagar o valor previamente estipulado. Haja vista o fato de que as vantagens que obteria com a notícia falsa sobre seu adversário seriam muito superiores ao valor a ser pago ao mesmo pelo dano sofrido.

Na opinião de RAMÓN DANIEL PIZARRO³⁷³, sob o rótulo de uma tarifa ou determinação legal, ou de pautas meramente indicativas, podem esconder-se

³⁷³ PIZARRO, Ramón Daniel, *Daño Moral*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 350.

indenizações que são inaptas para reparar integralmente o prejuízo causado, com inevitável seqüela de anarquia e injustiça. Isso conspira contra a vítima e gera, na maioria dos casos, um benefício indevido ao ofensor, que poderá liberar-se pagando menos do que deveria.

Na visão de ANTONIO JEOVÁ DOS SANTOS³⁷⁴, a inconveniência da determinação inflexível de quantias que servirão como ressarcimento, em um primeiro momento é verificada na ausência de Justiça e equitatividade porque em situações dessemelhantes, a solução será idêntica. Só por esse fato, afirma o autor, rompido estará um dos grandes pilares do Direito que é atribuir a cada um aquilo que é seu. Em um sistema que propugne pelo ressarcimento integral, jamais será possível considerar danos iguais em suas conseqüências e extensão, para efeitos de encontrar-se a quantia justa para minorar o mal causado à vítima.

O Brasil possuiu dois importantes diplomas legislativos que adotaram a tarifação como forma de fixação do *quantum* indenizatório: A Lei de Imprensa³⁷⁵ (Lei 5.250/67) e o Código Brasileiro de Telecomunicações³⁷⁶ (Lei 4.117/62).

Assim, por muito tempo, os Tribunais Brasileiros utilizaram-se da Lei de Imprensa e do Código Brasileiro de Telecomunicações para avaliar o dano moral. Chegaram a aplicar tais diplomas legislativos até em casos que não

³⁷⁴ JEOVÁ DOS SANTOS, Antonio, *Dano Moral Indenizável*, 4ª ed, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, pp. 165/166.

³⁷⁵ Art. 53 da Lei 5.250/67: No arbitramento da indenização em reparação de dano moral, o juiz terá em conta, notadamente: I – a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e a 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 por esse meio obtida pelo ofendido.

³⁷⁶ Art. 81 da Lei 4.117/62: Independentemente da ação penal, o ofendido pela calúnia, difamação ou injúria cometida por meio de radiodifusão, poderá demandar, no juízo cível, a reparação do dano moral, respondendo por este solidariamente, o ofensor, a concessionária ou permissionária, quando culpada por ação ou omissão, e quem quer que, favorecido pelo crime, haja de qualquer modo contribuído para ele.

versavam sobre Imprensa e Telecomunicações³⁷⁷. Porém, pouco a pouco, os pretórios deixaram de eleger a tarifa referida nas Leis para apurar o dano moral. Essa não aplicação de tais diplomas ocorreu, sobretudo, devido a dois fatores: primeiramente, porque há muito já se entendia que os valores fixados pelo legislador eram ínfimos; e depois da promulgação da nova Constituição Brasileira de 1988, a maioria da jurisprudência passou a entender que tal dispositivo não foi por ela recepcionado, a medida em que a carta magna proibiu qualquer vinculação ao salário mínimo³⁷⁸. E, por fim, O STF na ADPF 130-7 (DOU e DJE 05.03.2088), referendou a liminar deferida pelo relator para o efeito de suspender a vigência dos artigos 51 e 52 da Lei de Imprensa.

O Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62) estipulava multa que variava de 5 a 100 salários mínimos. Não obstante a tarifação do dano moral havida, os arts. 81 a 88 da Lei 4.117/62 foram expressamente revogados pelo art. 3º do Decreto-lei nº. 236/1967, fazendo com que fossem extintos “os critérios de tarifação ou limitação do dano moral”. Além disso, o Código Brasileiro de Telecomunicações foi revogado pela Lei 9.472 de 16 de julho de 1997, que deixou vigente apenas a matéria penal não tratada na atual legislação das telecomunicações, e no que diz respeito aos preceitos relativos à radiofusão.

A Lei de Imprensa apresentava um sistema de tarifação que previa para

³⁷⁷ Nesse sentido o Tribunal de Alçada de São Paulo: “No que concerne ao quantum, tem esta Egrégia Câmara, considerando apresentar-se inafastável certo grau de subjetivismo (REsp. 3.003, rel. desig. Min. Athos Gusmão Carneiro, DJU 09.12.1991), lançado mão do critério para indenização de dano moral fixado no Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117 de 27.08.1962), que prevê a reparação por injúria ou calúnia divulgadas pela imprensa, estabelecendo a quantia entre 5 e 100 vezes o maior salário mínimo vigente no País, Assim, afastado o critério preconizado pelo apelante e ficando o salário mínimo como balizador, parâmetro, aliás, utilizado pelo d. Magistrado, fixam o montante de 60 salários mínimos, a título de reparação pelo dano moral. A adoção do parâmetro estipulado na citada lei, a par desta Colenda Câmara, tem precedentes julgamentos de outras Câmaras desta Corte”. (Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo 147/131, LEX).

³⁷⁸ “A responsabilidade tarifada prevista na Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição de 1988; desse modo, o valor da indenização por danos morais não está sujeita aos limites nela previstos, tampouco admissível tarifação anômala, por via transversa ou oblíqua, a partir das tabelas praticadas pelo órgão de divulgação, para tempo ou espaço, continentes de valores para cuja definição convergem múltiplos fatores, alusivos a custos operacionais embutidos na atividade-fim da empresa, que nada têm a ver com os que informam a avaliação do dano moral”. (REsp 579.157/MT, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 04/12/2007, DJ 11/02/2008 p. 1).

cada ato infracional uma determinada pena pecuniária, expressa em salários mínimos. Os artigos 51 e 52 da Lei 5.250/67 preceituavam que a responsabilidade do jornalista seria de 2 a 20 salários mínimos, e a responsabilidade da empresa poderia ser de até dez vezes o valor máximo previsto para a responsabilidade do jornalista, ou seja, 200 salários mínimos.

Entretanto, o sistema de tarifação previsto em tal Lei, não deve ser aplicado, em razão dos motivos anteriormente expostos, e porque, teve sua vigência suspensa pelo Supremo Tribunal Federal.

Ademais, a Súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça proibiu expressamente a aplicação da referida Lei para os danos morais³⁷⁹, alegando a sua inconstitucionalidade, bem como o valor irrisório nela expresso. Evidentemente que, defendendo a inaplicabilidade da Teoria do Valor do Desestímulo, devemos dizer que, há situações e situações. Duzentos salários mínimos, em uma determinada situação pode ser algo extremamente exorbitante e em outras circunstâncias, ser ínfimo. Tudo dependerá do caso concreto. Na verdade, cremos que o grande móvel que deva supedanear a repulsa a tal sistema seja, precipuamente, o que foi dito acima, a inconveniência do estabelecimento apriorístico de um valor tabelado. Ínfimo, ou não ínfimo, tão somente o caso concreto poderá dizer com certeza, se o valor deferido pode ser taxado de ínfimo ou de exorbitante, consoante os parâmetros que serão adiante analisados. Note-se que não estamos defendendo valores exorbitantes, pois se o estivéssemos fazendo, evidentemente estaríamos tropeçando em contradições. Em casos especialíssimos a indenização exorbitante pode até se justificar. O que a Teoria do Valor do Desestímulo prega é a atribuição de valores exorbitantes em qualquer ação indenizatória, sem distinções, com o que jamais concordamos.

Antes mesmo de haver pacificação jurisprudencial, a doutrina já se manifestava pela inaplicabilidade da tarifação prevista na Lei de imprensa.

³⁷⁹ Súmula 281 do STJ: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

JOSÉ OSÓRIO DE AZEVEDO JÚNIOR³⁸⁰, já dizia que os limites de valor das indenizações lá previstos não precisavam nem deviam ser observados. Serviam como orientação. Esses limites até sugeriam indenização superior. Isto porque, nos casos dessas leis especiais, existe um outro e relevante valor jurídico-social que o legislador quer salvaguardar, isto é, a liberdade de informação.

Corroborando esse posicionamento de forma magistral e clara, estas as lúcidas palavras de WILSON MELO DA SILVA³⁸¹: *Já procuramos deixar demonstrado, em lugar próprio, o equívoco em que laboram, os que assim pensam. Nenhum adepto da reparação dos danos morais, teve jamais, a pretensão de haver inventado, para essa reparabilidade, a medida ideal de sua extensão ou qualidade, assim como, jamais, alguém pretendeu que a dor pudesse ser passível de mercadejamento. O que se proclama, o que se repete a cada passo, é que os sofrimentos morais não se devem pesar ou medir segundo as regras clássicas da equivalência econômica ou segundo os mesmos modelos ou cânones usuais na pesagem dos puros danos patrimoniais*³⁸².

³⁸⁰ OSÓRIO DE AZEVEDO JÚNIOR, José, *O Dano Moral e sua avaliação*, 1996, nº 49, p. 12.

³⁸¹ MELO DA SILVA, Wilson, *O dano moral e sua reparação*, 3ª ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1983, p. 558.

³⁸² Ademais, solvendo definitivamente esta questão, o Superior Tribunal de Justiça se pronunciou pela não aplicação dos limites estabelecidos na Lei de Imprensa, pronunciando-sc no sentido de que o sistema de tarifação adotado por esta lei não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Assim dispõe a ementa do julgamento que foi proferida no REsp 153.512, publicada no dia 25/08/98, no site www.stj.gov.br, cujo relator foi o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, *in verbis*: CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. LEI DE IMPRENSA. NOTÍCIA JORNALÍSTICA. ABUSO DO DIREITO DE NARRAR. RESPONSABILIDADE TARIFADA. INAPLICABILIDADE. NÃO-RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. PRECEDENTES. VERBETE Nº 282 DA SÚMULA/ STF. RECURSO DESACOLHIDO. I- A responsabilidade tarifada da Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição de 1988, não se podendo admitir, no tema, a interpretação da lei conforme a Constituição. II - Ausente o debate da norma tida como violada no acórdão recorrido, impossível examinar-se o recurso especial no ponto, por faltar o requisito do prequestionamento, consoante dispõe o enunciado nº 282 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

E, confirmando tal decisão, o mesmo Ministro, em recente julgamento, no REsp 295.175, publicado no mesmo site em 13/02/01, assim fez constar na ementa do julgamento: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. IMPRENSA. NOTÍCIA JORNALÍSTICA IMPUTANDO LEVIANA E INVERÍDICA A JUÍZA FEDERAL. FRAUDE DO INSS. PÁLIDA RETRATAÇÃO. RESPONSABILIDADE TARIFADA. INAPLICABILIDADE. NÃO-RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CONTROLE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRECEDENTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - A responsabilidade tarifada da Lei de Imprensa não foi recepcionada pela

Destarte, como podemos verificar a doutrina brasileira, se manifesta no sentido de que é impossível um tabelamento perfeito de todos os casos possíveis de ocorrência de dano moral e mais, de um valor exato para cada evento. Prever, o que pode ser considerado evento capaz de produzir dano moral é impossível, e a pretensão de, aprioristicamente, prever um valor exato, tabelado, é arriscado e contraproducente. Cada evento repercutirá de forma diferente em cada pessoa. Se uma pessoa, diante de um determinado evento não sentir qualquer constrangimento ou dor moral, qualquer abalo em sua psique, não terá direito a pleitear uma indenização a título de dano moral. Muitos são os que, diante de um determinado acontecimento, não esboçam qualquer reação de mágoa, ressentimento, abalo, nem mesmo chegando a recorrer ao judiciário. E caso recorram à previsão tabelada de um valor, é muito contraproducente, pois a repercussão poderá exigir um valor maior ou menor do que o previsto na tabela.

Outro ponto, ainda de mais seriedade, concerne a esta questão de se querer dar um valor à dor, através de um reprovável tabelamento. Se isso se verificar, estar-se-á a cancelar aquilo que a doutrina nacional, tão bravamente, lutou para rechaçar, ou seja, atribuir-se um preço à dor, a chamada "*pretium doloris*". A indenização por danos morais somente foi aceita em sede doutrinária, pelos que, inicialmente, a combateram com todas as forças e, jurisprudencialmente, por nossos tribunais, a partir do momento em que, doutrinadores e magistrados se convenceram de que, deveras, conceder a indenização por dano moral não era dar um preço à dor, transformar a honra, a moral em objeto de mercância, mas sim e, fundamentalmente, compensar a vítima por todo o sofrimento moral a que, injustamente, foi submetida.

Como não é possível restabelecer a vítima ao estado anterior em que se encontrava antes do evento lesivo, houveram por bem os doutrinadores defender, e os tribunais, conceder um valor, uma indenização em dinheiro, pois, como ressaltado alhures, foi o melhor instrumento encontrado para se atribuir como indenização, uma vez que é aceita por todos, uma cifra, a título de compensação.

Constituição de 1988.

Não obstante este ser o entendimento predominante na doutrina brasileira, alguns doutrinadores se posicionam no sentido de que tal sistema seja adotado. Tais doutrinadores são levados a tal atitude, evidentemente, por motivos muito nobres, tentando, com esse sistema, acabar com a incerteza da fixação do valor a ser deferido a título de indenização.

Nesse sentido, se expressa o doutrinador VILSON FERRETO³⁸³, dizendo que *“Há necessidade, também, com vistas à tranqüilidade que deve imperar na sociedade e a garantia contra os excessos, de que se estabeleçam parâmetros legislativos específicos tarifando entre um máximo e um mínimo o valor indenizável do dano moral, hipóteses de incidência, definindo-se critérios objetivos para sua quantificação, fatores de conveniência e possibilidade de ressarcimento, como o fazem os diplomas legais antes mencionados e algumas legislações de outros países, para que não fiquem as partes adstritas ao subjetivismo do julgador, sua maior ou menor impressionabilidade pelo fato, suas vivências e experiências pessoais, nem sempre boas conselheiras, podendo recair-se no arbítrio, que não corresponde ao melhor caminho para se fazer uma boa e efetiva justiça”*.

Como já ressaltado, o objetivo do nobre mestre em defender tal tese se escuda num motivo muito mais do que nobre, até louvável, qual seja, evitar os excessos e abusos que, como se pode constatar no cotidiano forense, vêm aumentando de forma progressiva. Uma tentativa de buscar a tão almejada segurança jurídica. Todavia, a corrente que defende o sistema de tarifação, é minoritária no Brasil, pois a doutrina predominante entende que outros instrumentos existem em nosso ordenamento jurídico que possibilitam barrar essas nefastas pretensões. Inclusive, cumpre ressaltar que, uma vez constatada a má-fé de uma das partes, deve o magistrado condenar a mesma como litigante de má-fé, advindo disso todos os consectários legais.

Outro ponto, em relação ao qual, não podemos concordar com o insigne professor, tange à questão de se querer evitar o arbítrio do juiz. Acreditamos que isso seja impossível. Ao julgar, o magistrado deve ter liberdade para decidir

³⁸³ FERRETO, Vilson, em artigo intitulado "A Indústria do Dano Moral", publicado no Informativo ADV, 1996, do COAD, Boletim Semanal n.º 33, ano 16, pp. 406/407.

da melhor forma possível o caso concreto que lhe é submetido. Lembramos aqui que não se pode confundir arbítrio com arbitrariedade. O arbítrio é uma liberdade condicionada pela lei. É a lei que traça os lindes, dentro dos quais o magistrado poderá se locomover. Fora destes lindes o magistrado estará incorrendo em abuso, o que pode e deve ser evitado. Portanto, o arbítrio é inevitável, mas a arbitrariedade, sempre um mal que pode e deve ser extirpado.

É de fundamental importância ainda, referir o Projeto de lei nº 150/99, renumerado, tomando assim o nº 7.124/02, que pretendia criar uma tabela para os danos morais, cujos valores se situariam entre R\$ 20 mil reais e R\$ 180 mil reais. Todavia, tal projeto não passou para o plano concreto, restando arquivado na casa legislativa. O Art. 7º do citado projeto tinha a incumbência de instituir tal tabelamento. Conforme se depreende do citado projeto, assim reza de forma textual seu citado art. 7º, in verbis:

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).

As lesões eram classificadas em leves, médias e graves. Mas quem poderia ter condições de classificar uma lesão moral em um dos três níveis? Muito provavelmente, nem os psicólogos possuem tal capacidade, ou osem tal desiderato. Nem mesmo a vítima tem condições de dizer se seu sofrimento

foi leve, médio ou grave. Claro que, por uma questão de lógica e bom senso, possa-se aferir a gravidade do sofrimento, e, sinceramente, é o que se deve esperar do magistrado ao analisar o caso concreto, mas, daí a querer estabelecer uma classificação rigorosa, passa dos limites do razoável. Um mesmo evento pode repercutir de formas variadas em relação às pessoas. Dentro de um conjunto de várias pessoas, um mesmo evento pode produzir uma gama muito variada de reações. Desde pessoas que terão um sofrimento extremado, até os que nada sofrerão em relação ao evento.

A pretensão de se classificar em níveis, a dor alheia, apresenta-se uma pretensão sem explicação. Que haja formas variadas de intensidade de sofrimento, isso é ponto incontroverso até mesmo para os que são leigos nessa temática. Todavia o reconhecimento dessa assertiva não pode se erigir em supedâneo para justificar a pretensão de se dar um valor à dor. Qual o valor exato a se atribuir ao sofrimento de uma mãe que perde seu filho de tenra idade? Qual o valor a ser atribuído à dor de uma pessoa que perde um braço ou uma perna em razão da imprudência de um motorista? Qual o valor a ser atribuído à dor de uma pessoa que passa a sofrer de problemas mentais sérios, após uma intervenção cirúrgica, em que, por negligencia, ficou sem suficiente oxigenação do cérebro por longo período? Ou daquele que ficou parapléxico ou tetrapléxico, ou do que ficou cego, ou surdo, depois de um acidente? É possível nesses, e em mais uns cem números de casos, se aquilatar de forma exata, por meio de uma tabela, aprioristicamente confeccionada, em qual categoria da tabela o dano se amolda melhor? Cremos, sincera e humanamente, que não.

Destarte o citado projeto não se encontra mais em tramitação no Congresso Nacional, ante a ausência de consenso entre os parlamentares. A grande preocupação com a justiça e com a segurança jurídica tornou-se impasse nas casas legislativas.

Mas é interessante notar o grande contra-senso que se instaurou no Congresso Nacional. Enquanto uns optam pelo estabelecimento da teoria do valor do desestímulo que prevê a imposição de valores ilimitados por danos

morais, permitindo, mesmo de forma implícita, o enriquecimento sem causa do outro lado, diametralmente oposto, situam-se os que pretendem o estabelecimento de uma tabela para os danos morais, limitando-os, além do que se pode ter como razoável.

Criou-se uma situação de paralelismo jurídico e legal sem precedentes. Percebe-se que a questão do dano moral, da mais extrema seriedade, tornou-se uma disputa política. São interesses políticos que estão sendo colocados de ambos os lados, quando em realidade deveriam ser os interesses sociais e humanos. Algo lamentável. E pergunta-se: e se os dois projetos forem aprovados? O que, em se tratando de Brasil é plenamente possível. Como se irá resolver esse dissenso legal? Algo impensável!

O Novo Código Civil brasileiro, de forma expressa, se bem que já tivesse de forma implícita, contem um regramento muito seguro para instrumentalizar os magistrados na dosimetria, na quantificação do dano moral, ou melhor, na indenização, como será analisado logo adiante, dispensando assim, qualquer projeto contraditório.

Projetos distanciados da realidade não têm o mérito de conferir qualquer forma de prestígio a ninguém, mas apenas o de criar tumulto e insegurança nas mais variadas relações que se processam no cotidiano. As verdadeiras leis, eivadas do verdadeiro espírito social, humano e democrático são as que resolvem os mais variados problemas, extinguindo-os definitivamente. Quando a lei resolve apenas o conflito, ou cria ainda mais insegurança e instabilidade nas relações sociais, essa lei certamente não é adequada ao meio social no qual tem origem. Ao agir em sociedade, as pessoas devem agir pensando sempre coletivamente e não de forma egoísta e individualista.

Por essas razões, o sistema da tarifação deve ser cuidadosamente abordado.

4.1.2 Na Espanha: os “baremos de daño”

Na Espanha o *quantum* da indenização por danos não patrimoniais será apurado pelos tribunais de acordo com as circunstâncias do caso, tomando por base o critério da prudência e razoabilidade na determinação final da indenização. Esta é a regra geral, e em muito se aproxima da solução apontada pelos Tribunais Brasileiros. Contudo, também no ordenamento jurídico espanhol, encontramos a previsão legal do tabelamento dos danos causados às pessoas envolvendo acidentes com veículo automotor, são os chamados “*Baremos de Daño*”, e, neste caso, até mesmo os danos morais ficam restritos ao disposto na lei.

Este sistema de baremo objetivo para danos pessoais e corporais derivados de acidentes de veículo automotor, foi introduzido na Espanha pela Lei 30/1995, que atualmente encontra-se substituída pelo Real Decreto 8/2004 de 29 de outubro. As razões que levaram o legislador espanhol de 1995 a introduzir tal sistema, situam-se sobretudo no campo da insegurança jurídica. A disparidade de julgados que fixavam importâncias diferentes em casos assemelhados, ditava a necessidade de incluir em seu ordenamento jurídico um critério objetivo.

Na opinião de BARRIENTOS³⁸⁴, a origem do sistema de baremos espanhol teve seu ponto de partida na ausência, insuficiência e ineficácia de critérios ou diretrizes para poder quantificar o dano indenizável em geral e o dano extrapatrimonial, em particular. A insegurança jurídica, segundo ele, levou o legislador espanhol a substituir a quase absoluta discricionariedade judicial, por um baremo que pondera os danos pessoais, morais e patrimoniais. Foi assim que surgiu o baremo, que nada mais é do que um sistema normativo

³⁸⁴ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *El resarcimiento por daño moral em España y Europa*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2007, p. 468.

detalhado de predeterminação e quantificação legal dos danos à pessoa ou danos corporais, que possuem sua causa em acidentes produzidos pela circulação de veículos automotor.

Em se tratando de baremos vinculantes, como é o caso da Espanha no que se refere ao RDL 8/2004, os juízes não possuem discricionariedade para valorar a prova, pois devem aplicar aquilo que foi previamente estabelecido pelo legislador no baremo.

O baremo apresenta algumas características básicas: é geral, podendo ser aplicado a qualquer vítima que cumpra com seu âmbito de aplicação material; está predeterminado, de modo que é possível conhecer *ex ante* a indenização previsível para o caso de acidente; e esgota a avaliação do dano quantificado. Dois critérios servem para a individualização dos danos sujeitos ao sistema de baremos previstos no decreto RDL 8/2004: o tipo de dano e o critério de imputação da responsabilidade. Assim, pode se deduzir do conteúdo dos apartados 5 e 7 do artigo 1º do anexo do RDL 8/2004, que estão sujeitos ao sistema de baremos do referido dispositivo legal, os danos pessoais, que compreendem a morte, os danos corporais e o dano moral, bem como os danos de conteúdo econômico que sejam conseqüências daqueles, incluindo desde o lucro cessante até as despesas associadas com a necessidade de adequar a moradia ou assistência a outra pessoa³⁸⁵.

No que diz respeito ao critério de imputação da responsabilidade, importante ressaltar que referido dispositivo legal só é aplicável aos eventos danosos causados mediante a atuação culposa, civil ou penal, atribuível ao

³⁸⁵ YERGA Álvaro Luna; GONZÁLEZ, Sonia Ramos González; MARÍN GARCIA, Ignacio, *Guía de Baremos, Valoración de daños causados por accidentes de circulación, de navegación aérea y por prisión indebida*, *Indret* número 370, Barcelona, julho de 2006, p. 4/5, www.indret.com, consultado em 20.01.2012.

condutor do veículo, ficando excluídos³⁸⁶ os danos produzidos com dolo³⁸⁷ e os danos materiais produzidos nos bens da vítima.

O Tribunal Constitucional na STC 181/2000 de 29 de junho, faz importante esclarecimento, no sentido de explicar porque os danos produzidos nos bens não estão compreendidos no âmbito dos baremos: *“Los daños en las cosas no ofrecen especiales dificultades en orden a su valoración y cuantificación, puesto que son daños producidos en bienes que se encuentran en el tráfico comercial y que, como tales, cuentan con un valor-precio susceptible de ser objetivamente evaluado con arreglo a criterios ciertos que determina el mercado. Obviamente, no puede decirse lo mismo respecto de los daños a las personas o daños corporales, cuya traducción a valores de mercado, por ser res extra commercium, depende de pautas ajenas a la mera consideración económica, mucho más estimativas y difíciles de objetivar. Dificultad en la valoración y en la cuantificación que se muestra en toda su intensidad cuando se trata de compensar, mediante el pago de una indemnización, el denominado daño moral”.*

4.1.2.1 Constitucionalidade dos **“baremos de daño”**

Durante algum tempo o sistema de *“baremos de daño”* introduzido pela Lei 30/1995, atualmente substituída pelo RDL 8/2004, foi objeto de questionamento a respeito da sua constitucionalidade.

Dentre os vários argumentos de inconstitucionalidade estava o fato de que tal dispositivo legal, contrariava o princípio constitucional da igualdade,

³⁸⁶ Importante ressaltar, que a culpa exclusiva da vítima impede a incidência do RDL 8/2004 nos prejuízos econômicos derivados de incapacidade temporal, conforme o apartado “c” do artigo segundo Anexo RDL 8/2004: *“Indemnizaciones por incapacidades temporales (tabla V). Estas indemnizaciones (...) se determinan por un importe diario (...) multiplicado por los días que tarda en sanar la lesión y corregido conforme a los factores que expresa la propia tabla, salvo que se apreciara en la conducta del causante del daño culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada”.*

³⁸⁷ O apartado 1 do artigo primeiro Anexo RDL 8/2004 exclui expressamente os danos causados dolosamente: *“Este sistema se aplicará a la valoración de los daños y perjuicios a las personas ocasionados en accidente de circulación, salvo que sean consecuencia de delito doloso (...)”.*

consubstanciado no artigo 14 da Constituição Espanhola, a medida em que o baremo dispensa um trato desigual e discriminatório entre as diferentes vítimas de acidentes, isto é, aplica-se somente às vítima de trânsito, e não às vítimas de acidentes aéreos ou marítimos, por exemplo. Assim, a mesma lesão tem efeitos indenizatórios diferentes e isso, cria uma discriminação constitucionalmente inadmissível.

Outro argumento utilizado era a contrariedade ao artigo 15 da Constituição Espanhola, que protege o direito à vida e à integridade física, direitos esses, que merecem o máximo de proteção do legislador, o que o sistema de baremos deixa a desejar, porque limita a compensação dos danos sofridos pela vítima.

Além disso, ainda se argumentou a afronta ao artigo 24 da Constituição, a medida em que o baremo restringe as faculdades jurisdicionais dos tribunais e o direito a obter uma resposta plena e fundamentada, tendo em vista que as vítimas só recebem como resposta aquilo que já está preestabelecido no baremo.

De forma bastante sintética, esses são os principais motivos que levaram o próprio Tribunal Supremo Espanhol, em seus julgados, a relutar na aplicação dos baremos. A Sentença 280/1997, de 26 de março de 1997, da Sala Primeira do Tribunal Supremo, retrata bem esse momento jurídico, afastando a aplicação do sistema de baremos, em prol da livre apreciação da prova pelo julgador, e a conseqüente fixação do quantum indenizatório de acordo com ela, e não com o sistema de baremo³⁸⁸.

³⁸⁸ Sentença 280/1997, de 26 de março de 1997, da Sala Primeira do Tribunal Supremo: *“Pero también es cierto que los órganos de instancia tan solo cumplirán estrictamente su función jurisdiccional cuando el resultado de la prueba permita, por su coincidencia relativa con los términos del baremo, aceptar lo consignado en el mismo. Cuando, por el contrario, las probanzas practicadas en juicio arrojen un resultado sensiblemente diferente de los términos que se recogen en el baremo, el juzgador de instancia deberá, en cumplimiento de su función jurisdiccional, y para evitar que la discrecionalidad que le concede la doctrina jurisprudencial se torne en arbitrariedad, recoger el resultado concreto de lo probado en autos, desdeñando la solución normativa que, por su carácter general, no se adapta a todos los casos contemplados en las actuaciones judiciales. Todo ello, desde luego, sin perjuicio de la eventual revisión de la cuantificación, por la vía de los recursos de casación, cuando la*

Toda essa recusa em aplicar o baremo instituído pela Lei 30/1995 (atual RDL 8/2004), resultou em diversos incidentes de inconstitucionalidade frente ao Tribunal Constitucional. Este por sua vez, através da Sentença 182/2000 de 29 de junho, decidiu todas as questões suscitadas, colocando um ponto final nas discussões acerca do tema, declarando a constitucionalidade do sistema de *baremos de daño*.³⁸⁹ Isso obrigou o Tribunal Supremo a modificar o entendimento nas suas decisões, para o fim de adequar-se ao conteúdo da Lei 30/1995 (atual RDL 8/2004), aplicando-a de forma vinculante sempre que envolver acidente na circulação de veículo automotor.

Os argumentos que sustentaram a Sentença 181/2000 do Tribunal Constitucional, são resumidos por ÁLVARO LUNA YERGA³⁹⁰, da seguinte forma: 1) A quantificação dos danos conforme o sistema de baremos não viola o direito à vida e nem mesmo o direito à integridade física e moral (art. 15 da CE), pois os baremos respeitam a dignidade de todo o ser humano (art. 10.1 da CE) e são completos, na medida que incluem qualquer lesão física ou padecimentos morais (FJ. 9º); 2). Os baremos tampouco vulneram o princípio da igualdade (art. 14 da CE), pelo fato de excluir os acidentes causados fora do âmbito da circulação de veículos automotores e os danos materiais: só

materia y la cuantía del litigio permitan su acceso a esta vía. Toda vez que es doctrina de esta Sala que, aún cuando la cuantificación de las indemnizaciones es función de los Tribunales de instancia, no revisable en casación, excepcionalmente se permite la misma cuando se combaten adecuadamente las bases en que se apoya la cuantificación. Y no cabe duda que la utilización de un baremo, en lugar de basar aquella en el resultado de las pruebas, comporta una mutación de las bases que puede acceder a la casación”.

³⁸⁹ “Sin embargo, en la Sentencia 181/2000, el Tribunal Constitucional encuentra difícil el encaje de la culpa exclusiva del causante en el sistema de baremos. Ahora bien, frente a la alternativa de excluir los baremos en estos supuestos, se limitó a declarar inconstitucional su aplicación a los perjuicios económicos derivados del daño personal de la Tabla V, relativa a la incapacidad temporal, pues consideró que la falta de individualización del lucro cesante era arbitraria y suponía una desprotección de los bienes de la personalidad previstos en el art. 15 CE” (YERGA Álvaro Luna; GONZÁLEZ, Sonia Ramos González; MARÍN GARCIA, Ignacio, *Guía de Baremos, Valoración de daños causados por accidentes de circulación, de navegación aérea y por prisión indebida*, Indret número 370, Barcelona, julho de 2006, p. 13, www.indret.com, consultado em 20.01.2012).

³⁹⁰ YERGA Álvaro Luna; GONZÁLEZ, Sonia Ramos González; MARÍN GARCIA, Ignacio, *Guía de Baremos, Valoración de daños causados por accidentes de circulación, de navegación aérea y por prisión indebida*, Indret número 370, Barcelona, julho de 2006, p. 12/13, www.indret.com, consultado em 20.01.2012.

violariam se distinguísse, ademais, entre categorias de pessoas (FJ. 11º); 3) O sistema de baremos não restringe as faculdades de juízes e tribunais para o exercício exclusivo das autoridades judiciais (art. 117.3 da CE): primeiro, porque referido artigo não impõe limitações ao legislador no momento de decidir o grau de regulação de uma determinada matéria; e segundo, porque corresponde a cada juiz e tribunal a aplicação ao caso concreto dos baremos de acordo com a prova praticada em juízo; 4) Por fim, a decisão do legislador de *baremar* os danos causados em acidente com veículo automotor, não é arbitrária (art. 9.3 da CE), pois existem poderosas razões para justificar objetivamente um regime jurídico específico e diferenciado neste âmbito: o alto índice de acidentes, a natureza dos danos ocasionados e sua relativa homogeneidade, o seguro obrigatório de risco, a criação de fundos de garantia supervisionados pela Administração (Consórcio de Compensação de Seguros) e a tendência a unidade normativa dos distintos ordenamentos dos Estados-membros da União Européia.

4.1.2.2 A questão da obrigatoriedade dos “baremos de daño” e a sua aplicação fora do âmbito de acidentes envolvendo circulação de veículos automotores

Antes da manifestação do Tribunal Constitucional, por meio da Sentença 181/2000, de 29 de junho, que declarou obrigatório e vinculante o sistema de baremos instituído pela Lei 30/1995 (atual RDL 8/2004), muitas decisões, sobretudo em matéria civil - inclusive do Tribunal Supremo -, não reconheciam a sua obrigatoriedade, limitando-se a admitir um caráter meramente orientativo, mesmo no âmbito de acidentes envolvendo veículo automotor.

Na jurisprudência, encontramos decisões relutantes em reconhecer essa aplicação obrigatória dos baremos, sobretudo porque uma vez reconhecido

esse caráter vinculante, os tribunais tinham a sua atuação restringida, especialmente no que diz respeito à apreciação da prova apresentada pelas partes em juízo.

Como exemplo podemos mencionar a Sentença do Tribunal Supremo de 19 de março de 1997³⁹¹: *“ciertamente que la discrecionalidad con que en ejercicio de esta función de cuantificación del daño actúan los Tribunales no impide que el órgano jurisdiccional acuda, como criterio orientativo, a lo consignado en un baremo. Pero también es cierto que los órganos de instancia tan sólo cumplirán estrictamente su función jurisdiccional cuando el resultado de la prueba permitida, por su coincidencia relativa con los términos del baremo, aceptar lo consignado em el mismo. Cuando, por el contrario, las probanzas practicadas em juicio arrojen un resultado sensiblemente diferente de los términos que se recogen en el baremo, el juzgador de instancia deberá, em cumplimiento de su función jurisdiccional, y para evitar que la discrecionalidad que le concede la doctrina jurisprudencial se torne em arbitrariedad, recoger el resultado concreto de lo probado em autos, desdeñando la solución normativa que, por su carácter general, no se adapta a todos los casos contemplados em las actuaciones judiciales”*³⁹².

Também de fundamental importância a STS de 26 de março de 1997, em que o Tribunal manifesta verdadeira afronta ao legislador, dizendo que o baremo não era vinculante.

Outrossim, com a Sentença 181/2000 do Tribunal Constitucional, essa realidade acabou modificada, e a jurisprudência teve que acertar o passo com a determinação do Tribunal Constitucional, passando a reconhecer o caráter vinculante dos baremos em matéria de circulação de veículos automotores na Espanha³⁹³.

³⁹¹ Também STS, 1ª, 26.3.1997 (Ar. 1864) e STS 24.5.1997 (Ar. 4323);

³⁹² Comentada por GOMEZ CALLE, Esther, *Los sujetos de la responsabilidad Civil. La responsabilidad por el hecho ajeno*, em FERNANDO REGLERO CAMPOS (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2ª ed., Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, p. 423.

³⁹³ A Espanha é o único país europeu que possui um sistema de tabelamento vinculante de

Assim, podemos afirmar que o sistema de baremos introduzido pela lei 30/1995, hoje substituída pelo RDL 8/2000, possui aplicação obrigatória somente para aqueles casos que envolvem acidentes com veículos automotores, e desde que não esteja presente o dolo, hipótese em que fica excluída a sua aplicação. Entretanto, tem se verificado uma tendência por parte da jurisprudência espanhola, que consiste em aplicar analogicamente o sistema de baremos para outros casos. Não com caráter obrigatório, mas sim orientativo. Contudo, em que pese esta ser uma prática utilizada com certa freqüência pelos julgadores, ainda não se pode dizer que é algo absolutamente pacífico na jurisprudência.

No âmbito da jurisprudência penal e contencioso-administrativa, aplicam-se os parâmetros fixados pelo sistema de baremos sem nenhuma resistência a qualquer caso de responsabilidade civil, independentemente de serem ou não vinculados à circulação de veículos automotores.

Nesse sentido³⁹⁴ encontramos a STS 4 de maio de 2005 (Ar. 2005\4903),

responsabilidade civil, pois outros países como Itália, França, Alemanha etc, até possuem a previsão do tabelamento, mas este tem o cunho apenas de orientar, não se revelando obrigatório.

³⁹⁴ También a STS de 22 de outubro de 2004 (Ar. 2004\6583), recurso de cassação n. 6777/2000, em que num caso de suicídio de interno em centro penitenciário, são utilizados os baremos previstos para acidente de circulação como critério para fixação do *quantum*: “No puede perderse de vista que mediante la indemnización se resarce fundamentalmente el daño moral, no susceptible de una determinación cuantitativa, sino es mediante la referencia a precedentes judiciales y a criterios legales de tasación, como ocurre en el ámbito de los daños corporales sufridos con ocasión de la circulación de vehículos de motor. Ello determina que el importe de la indemnización que se fijará, se haga teniendo en cuenta las circunstancias –joven edad del interno que quedó afectado de una paraplejia ya especificada, edad de su esposa que quedó como única fuente de ingresos de la familia y de sus hijos menores– y que dicha cantidad sea similar a la que esta misma Sala ha venido reconociendo en casos análogos de suicidios o intentos de suicidios de internos, sin alejarse de la que pudiera resultar aplicable en su ámbito como consecuencia de los criterios legales de tasación a que se ha hecho referencia. A ello debe añadirse como dice la Sentencia de 4 de mayo de 1999 (Rec. Casación 733/95 [Ar. 1999\4910]) que en un orden razonable de las relaciones humanas, esta Sala debe presumir que los vinculos de afecto y economías propios de la unidad familiar se mantenían, de tal suerte que hubiera conrrespondido a la Administración denostar la inexistencia de dicha relación o la ausencia de efectivo daño oral o perjuicio patrimonial”; STS, 3ª, 7.10.2003 (Ar. 8228), que trata de danos sofridos por um paciente com problema psiquiátrico, que tentou o suicídio dentro de um hospital.

em um caso de gravíssimas seqüelas de um menor, que caiu de um muro durante o recreio: *“Tales baremos, que tienen una función orientativa y no vinculante, al ser su ámbito propio la valoración de daños personales en el seguro de responsabilidad, sirven de referencia por la seguridad y objetividad jurídica que implica, un sistema objetivo de resarcimiento, razón por la que se suele invocar en el ámbito de la Seguridad Social; por ello, el importe de la indemnización ha de fijarse estimativamente por el Tribunal teniendo en cuenta las cantidades reconocidas en casos análogos y las que pudieran resultar aplicables, en su ámbito, como consecuencia de los criterios legales, de la tasación mencionada”*.

A jurisprudência penal, assim como ocorre com o contencioso-administrativo, também tem lançado decisões no sentido de admitir a aplicação dos baremos como critério orientativo. Assim, a STS 723/2005, de 7 junho, (Ar. 2005\9666): *“(…) la aplicación del baremo de la Ley 30/95 como tal no infringe los preceptos del Código Penal sobre responsabilidad civil, además la Sala ha atemperado las sumas reclamadas. Solo las bases de la indemnización puedan ser revisadas en casación”*.

Importante ainda salientar, que no âmbito penal, não raramente, encontramos decisões, que adotam o sistema de baremos do RDL 8/2004, inclusive quando se trata de danos causados dolosamente, o que está excluído expressamente do apartado 1º, ponto 1 do Anexo RDL 8/2004. A título de exemplo, podemos mencionar a STS, 2ª, 14.11.2003 (Ar. 8024), em que uma mãe, dolosamente, causou lesões em sua filha, ao jogar ácido sulfúrico em seu rosto³⁹⁵.

³⁹⁵ Também nesse sentido a STS de 15 abril, recurso de casación n.337/2004,(Ar. 2005\9766), que aceita a aplicação orientativa de um baremo em um homicídio doloso, assim declarando: *“Nada, pues, impide que el Sistema de Baremización del daño corporal que opera como vinculante en los casos de siniestros de la circulación de vehículos, pueda operar como referente, y por tanto sin el carácter obligatorio que tiene en aquel campo, en relación a las indemnizaciones que se deban acordar en casos de delitos dolosos. La doctrina de esta Sala que así lo declara, siendo por otra parte, práctica relativamente frecuente en resoluciones de las Audiencias y Juzgados de lo Penal dada la minuciosa y detallada descripción de los diversos daños corporales, su correspondiente baremización y coeficientes de incremento, que, obviamente, pueden ser incrementados en la forma que razonadamente se justifique en la resolución judicial ante el concreto caso en el que se deba aplicar, toda vez que no*

De outra banda, quando falamos da jurisprudência no âmbito civil, não há a mesma pacificidade. A aplicação orientativa dos baremos fora do âmbito dos acidentes de circulação de veículos automotores, encontra forte discussão entre os julgadores.

Aqueles que manifestam relutância contra essa possibilidade, se apegam sobretudo no princípio da livre valoração da prova, bem como no poder discricionário do julgador para fixar o *quantum* indenizatório. A sala primeira do Tribunal Supremo, em um primeiro momento, se manifestou por afastar a aplicação dos baremos para casos que não versam sobre acidentes de circulação.

Na STS de 20 de junho de 2003 (Ar. 4250), o Tribunal justificou a inaplicação analógica dos baremos com base na heterogeneidade entre o acidente objeto do litígio e os acidentes de circulação: *“Acudir en parte a dicho sistema [esto es, a los baremos], normativamente configurado para un específico sector de la responsabilidad civil dotado de peculiaridades tan propias como ajenas al caso enjuiciado, inevitablemente suponía un constreñimiento del tribunal a límites cuantitativos legalmente establecidos para un grupo de supuestos de hecho homogéneos entre sí pero heterogéneos en relación con el enjuiciado por la sentencia impugnada”*³⁹⁶.

Todavia, parece que a jurisprudência mais recente, inclusive da Sala primeira, do Tribunal Superior, modificou os critérios inicialmente adotados, aceitando a aplicação dos baremos para valorar os danos pessoais em âmbito

operaría tal sistema indemnizatorio con el carácter vinculante que tiene en relación a la circulación de vehículo. En tal sentido podemos citar entre las últimas la STS 649/2002 de 12 de abril (Ar. 2002\4769), y la STS 1541/2002, de 24 de septiembre (Ar. 2002\9008). En consecuencia, el motivo y con él, el recurso completo, no puede prosperar”. Ainda, SSTS de 23.1.2003 (Ar. 1994), em que houve lesão dolosa mediante utilização de arma de caça; STS 1564/2005, de 27 de dezembro, recurso de casación n. 647/2004 (Ar. 2006\2602).

³⁹⁶ YERGA Álvaro Luna; GONZÁLEZ, Sonia Ramos González; MARÍN GARCIA, Ignacio, *Guía de Baremos, Valoración de daños causados por accidentes de circulación, de navegación aérea y por prisión indebida*, Indret número 370, Barcelona, julho de 2006, p. 18, www.indret.com, consultado em 20.01.2012.

distinto dos acidentes de circulação. A STS de 11 de novembro de 2005 (Ar. 9883), a STS de 10 de fevereiro de 2006 (Ar. 674), e a STS de 19 de maio de 2006 (Ar. 3276) são exemplos típicos desta mudança.

De acordo com a STS de 10 de fevereiro de 2006, *“La jurisprudencia más reciente (rectificando criterios iniciales) ha aceptado que los criterios cuantitativos que resultan de aplicación de los sistemas basados en valoración, y en especial el que rige respecto de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor, pueden resultar orientativos para la fijación del pretium doloris teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso. Este criterio hermenéutico se funda en la necesidad de respetar los cánones de equidad e igualdad en la fijación de las respectivas cuantías para hacer efectivo el principio de íntegra reparación del daño sin discriminación ni arbitrariedad” (FD. 2º).*

Ademais, em que pese não ser o objetivo desta tese abordar aspectos processuais da responsabilidade civil, nos permitimos, de forma muito breve, mencionar a possibilidade de *“revisión casacional de la aplicación analógica de baremos”*, porque tem sido muito discutida na doutrina e na jurisprudência espanholas. Assim, de acordo com MARTÍN-CASALS y SOLÉ FELIU³⁹⁷, utilizar o sistema dos baremos fora do âmbito de aplicação dos acidentes de circulação de veículos automotores, supõe a impossibilidade de sua revisão pela via de recurso de apelação, já que trata-se da presença de uma questão de fato ou *quaestio facti*. Entretanto tem se entendido, que mediante uma análise do ponto de vista processual, é possível recorrer à aplicação analógica dos *“baremos em casación”*. O fundamento para tal assertiva encontra-se no art. 477 da Ley 1/2000, de 7 de janeiro, de *Enjuiciamiento Civil*, e é possível, desde que o recorrente esteja impugnando as bases de cálculo manejadas pelo Tribunal a quo, e quando alegue a impossibilidade de aplicar os baremos fora dos acidentes de circulação de veículos automotores, utilizando o mesmo

³⁹⁷ MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep, *“20 Problemas en la aplicación de la Ley de responsabilidad por productos defectuosos y algunas propuestas de solución (II)”*, Práctica de derecho de daños: Revista de responsabilidad civil y seguros, nº 10, pp. 5/25, p. 16.

artigo em relação ao artigo 4.1 do Código Civil Espanhol³⁹⁸.

4.1.2.3 “*Las Tablas del Anexo del RDL 8/2004*”

Certamente comentar o conteúdo das *Tablas*, a fim de que possamos entender um pouco melhor o sistema dos baremos de dano, não é algo muito simples, principalmente pelo grau de detalhamento contido em cada uma das seis *Tablas*. No entanto, o que pretendemos é fornecer um panorama geral a respeito do assunto, e resumidamente, mencionar o conteúdo de cada uma delas.

O anexo do RDL 8/2004 possui seis *Tablas*, assim dispostas: *Tabla I* – Indenizações básicas por morte incluindo os danos morais; *Tabla II* – Fatores de correção para as indenizações básicas por morte; *Tabla III* – Indenizações básicas por lesões permanentes incluindo os danos morais; *Tabla IV* – Fatores de correção para as indenizações básicas por lesões permanentes; *Tabla V* – Indenizações por incapacidade temporária; *Tabla VI* – Classificação e valoração de seqüela.

É possível verificar que as *Tablas* prevêm três modalidades de danos: dano ocasionado pela morte da vítima, dano ocasionado por lesões físicas permanentes e dano ocasionado por incapacidade temporária da vítima.

A *Tabla I*, que trata das indenizações por morte (incluindo os danos morais), adota como critério para fixação do *quantum* da indenização básica, a situação familiar e a idade. Assim, a indenização vai variar tendo em conta a idade do falecido e o grau de parentesco, bem como a idade e condição de beneficiário da indenização. A *Tabla I*, está dividida em cinco grupos: vítimas

³⁹⁸ STS 723/2005, de 7 junho, (Ar. 2005\9666): “[...] la aplicación del baremo de la Ley 30/95 como tal no infringe los preceptos del Código Penal sobre responsabilidad civil, además la Sala ha atemperado las sumas reclamadas. **Solo las bases de la indemnización puedan ser revisadas en casación**”.

com cônjuge; sem cônjuge e com filhos menores; sem cônjuge e com todos os filhos maiores; sem cônjuge, nem filhos e com ascendentes; e por fim, vítima somente com irmãos. Assim, por exemplo, considerando que a vítima tinha 50 anos, seu cônjuge receberá de indenização básica o valor de 108.846,51 euros; Em outro exemplo, se a vítima, com idade até 65 anos, não possuía cônjuge, mas tinha um filho menor, este receberá de indenização 163.269,75 euros.

A *Tabla II* estabelece uma série de fatores de correção, que podem ser resumidos em três tipos: a) derivados do nível de renda da vítima: elenca quatro grupos de renda, e, em função do grupo a que pertença os falecidos, se eleva a indenização base; b) circunstâncias especiais do prejudicado: existência de incapacitação física ou psíquica, maior ou menor de idade, se perde ambos os pais, etc; c) circunstâncias ou fatores especiais do falecido, como por exemplo, gravidez.

As indenizações por lesões corporais permanentes (incluindo o dano moral), estão previstas nas *Tablas III* e *IV*, que devem ser interpretadas conjuntamente com a *Tabla VI*. O legislador criou um sistema de pontos, em que o valor da indenização resulta da multiplicação dos pontos que a *Tabla VI* atribui à lesão da vítima, que vai variar de acordo com a idade da vítima e a gravidade da lesão. Uma vez apurados os pontos, então recorre-se à *Tabla III*, que expressa o valor dos pontos em euros, sempre considerando a idade da vítima, pois quanto maior a idade, menor valor tem os pontos.

Além disso, a *Tabla IV* estabelece fatores de correção das indenizações por lesões permanentes, em que considera-se situações especiais, como o nível de renda da vítima, a gravidade da lesão, ou seja, se as seqüelas permanentes vão implicar em limitação absoluta ou parcial do exercício das tarefas ou ocupações habituais da vítima, o fato de a vítima estar grávida, bem como prejuízos com a adequação da casa, do veículo, necessidade de auxílio de outras pessoas, etc. Ademais, ainda elenca uma outra causa importantíssima, que diz respeito ao dano moral, que é a possibilidade de

aumentar o valor da indenização levando em conta o sofrimento da família da vítima.

A *Tabla V* diz respeito às indenizações por incapacidade temporária (incluindo os danos morais), que são apuradas mediante a multiplicação do número de dias que dura a lesão, pelo valor fixado na *Tabla V*, “A”, atentando para o fato de que se for necessária internação hospitalar o valor da diária é maior. Todavia, se não for necessária internação hospitalar, deve ser considerado se houve ou não incapacidade para desenvolver suas ocupações habituais.

Quanto ao fator de correção previsto na *Tabla V* “B”, computa-se apenas o nível de renda auferido por aquele que sofreu o dano, de modo que a indenização se eleva em função desta.

Por fim, cumpre ainda salientar que as indenizações previstas na *Tabla V* (incapacidade temporária), são cumuláveis com outras indenizações.

4.2 Arbítrio Judicial

O arbítrio judicial diz respeito ao poder outorgado ao juiz, pelo próprio ordenamento jurídico que possibilita ao mesmo nortear-se, ao decidir o caso concreto, pelo seu livre convencimento.

O juiz não está amarrado ao conjunto probatório que lhe é apresentado pelas partes, ou aos argumentos esposados pelas mesmas. Pode e deve manter uma conduta imparcial e livre no julgamento de cada caso. E óbvio que, consoante expressa previsão legal, o juiz deve se manter dentro dos limites traçados pelas partes no processo. Não pode decidir a questão nem *ultra, infra*

ou *extra petita*³⁹⁹. Entretanto, dentro dos limites previamente traçados pelas partes, pode se movimentar livremente, analisando as provas que foram colacionadas e carreadas ao processo, sem qualquer óbice. Não deve haver mordanças, sendo que, qualquer que seja o seu convencimento, o mesmo deve ser fundamentado. Consoante o disposto no art. 131 do CPC, que assim reza: "*Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.* "

Entretanto, é mais óbvio ainda que não se deve confundir arbítrio com arbitrariedade, como já ressaltado alhures. O juiz não pode decidir por meio de argumentos esdrúxulos, ilógicos, incoerentes e, totalmente, divorciados do conjunto processual que lhe é submetido. Todo processo deve ter um objeto, que é previamente definido pelas partes na petição inicial e, posteriormente, na contestação. Assim, delimitado o objeto, o juiz pode se movimentar, dentro deste orbe definido com liberdade, utilizando-se, não apenas de seus conhecimentos jurídico-legalistas, mas também e, fundamentalmente, de seus conhecimentos filosóficos, sociológicos, históricos e humanos. Deve entender o procedimento em sua totalidade. Deve se conscientizar de que, o que tem em mãos não é apenas um calhamaço de papéis, mas sim, as vidas de duas ou mais pessoas (no caso de litisconsórcio) que estão em jogo, necessitando de uma decisão justa.

Em linhas gerais, é nisto que se traduz o arbítrio judicial.

Assim, o juiz tem o poder de decidir o caso concreto de acordo com seu livre convencimento, seu arbítrio, talvez, melhor do que arbítrio, seja mais apropriado designarmos esta faculdade do juiz de discricionariedade judicial, pois o arbítrio sempre pressupõe e acaba por se degenerar em tirania, em se decidir de acordo com os próprios caprichos e vontades, isso a exemplo do que ocorreu na Idade Média, com o absolutismo, sistema em que o rei era o juiz, o

³⁹⁹ *Ultra* - acima do pedido, *Infra* - abaixo do pedido e *Extra* - fora do pedido.

júri e o executor das sentenças que prolatava. Essas sentenças eram arbitrárias, no sentido de se colocarem, totalmente, em desacordo com os mais basilares princípios do direito; por essa razão a palavra arbítrio traz em seu bojo este risco, que lhe é inextricável. Essa questão, reconheço, é tão simplesmente terminológica. O arbítrio é uma liberdade excessiva, sem parâmetros, sem freios, já a discricionariedade é uma liberdade mais condicionada. Condicionada à observação dos preceitos legais. Há, inegavelmente, uma liberdade de se agir, mas é uma liberdade amoldada em certos parâmetros, certos limites, que estão aprioristicamente previstos na lei. Assim, prefiro dizer que o juiz possui uma discricionariedade judicial, mas a expressão arbítrio já se consagrou pela praxe. No entanto jamais deverá ser confundida com arbitrariedade, com o julgar de acordo com as próprias vontades pessoais, em total desacordo com a lei e os princípios fundamentais do direito. Até porque, como dito acima, o corpo do processo delimita o território dentro do qual o magistrado deverá se mover.

Se o juiz tiver de conhecer fatos que reclamem conhecimentos científicos e técnicos específicos, não deverá, por isso, sentir o menor receio ou constrangimento. Para tanto poderá se valer de peritos, escolhendo os expertos dos mais variados ramos do conhecimento humano para que o auxiliem na elucidação dos fatos apresentados. Poderá, ainda, se valer dos dados sociológicos do lugar onde o evento se deu, para buscar a solução mais justa, valendo-se dos usos e costumes.

MARTINHO GARCEZ NETO⁴⁰⁰ ressalta que na avaliação dos danos não deve o juiz atemorizar-se ante os perigos de uma "*plus petitio*", pois, atuando livremente, com o auxílio de peritos, o magistrado poderá recorrer ao arbítrio do bom varão e valer-se dos usos e costumes do lugar, a fim de encontrar uma solução justa e adequada ao caso concreto - "*ex aequo ei bono*". A doutrina já assentou, aliás, que o juiz não está sequer obrigado a declarar os fundamentos em que se baseia para determinar a extensão do dano, como também não está subordinado

⁴⁰⁰ GARCEZ NETO, Martinho, *Prática da responsabilidade civil*, 2 ed, Ed. Jurídica e Universitária, São Paulo, 1972, pp. 38/40.

às regras da normal ordenação dos fatos e das provas: pode abstrair das circunstâncias do caso, sem necessidade de enunciar pela ordem do seu valor causal os diferentes fatores que influíram no seu julgamento. Aliás, o arbítrio judicial é, de resto uma contingência da vida jurídica, e ele existe e se impõe inexoravelmente não apenas na jurisdição civil, mas também na criminal e mesmo na administrativa, como reconhece SAVATIER, sendo, pois, vã e inútil qualquer veleidade de fugir à sua esfera de atuação.

De posse de todos os elementos necessários estará o magistrado apto a estabelecer um valor que considere ser suficiente para indenizar os danos morais.

O arbitramento de sua parte é, por excelência, o critério de indenizar o dano moral, aliás, o único possível, em face da impossibilidade de avaliar matematicamente o quantitativo pecuniário que satisfaça o *pretium doloris*.⁴⁰¹

Corroborando o entendimento copioso de JOSÉ DE AGUIAR DIAS, assim se manifesta com a mesma mestria SÉRGIO SAHIONE FADEL⁴⁰²: “*Em certos casos, porém, a própria natureza do objeto da liquidação, impõe seja ela feita por arbitramento, como naquelas hipóteses em que a fixação do quantum depende do juízo especial de técnicos, como a aferição da redução da capacidade laborativa do acidentado, o cálculo dos danos causados por ato ilícito, etc, sempre que o fato já estiver devidamente comprovado nos autos e perfeitamente delimitados os pontos que devem ser objeto do arbitramento*”.

JOÃO CASILLO e SILVIO RODRIGUES, também possuem este mesmo entendimento. Sustenta CASILLO⁴⁰³, que salvo naquelas hipóteses onde a lei expressamente fixe determinados valores ou pontos de referência, sempre

⁴⁰¹ AGUIAR DIAS, José de, *Da Responsabilidade Civil*, 8ª ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, v. II, 1987, p. 882.

⁴⁰² SAHIONE FADEL, Sergio, *Código de processo civil comentado*, 1ª ed, 3º tri, José Confiro Editor, tomo III, São Paulo, 1972, p. 286.

⁴⁰³ CASILLO, João, *Dano à pessoa e sua indenização*, Ed. revista dos Tribunais, São Paulo, 1987, p. 98.

prevalecerá a liberdade do magistrado para aferir o dano e indicar a correspondente indenização, isto porque será muito difícil encontrarem-se vítimas iguais e danos exatamente equivalentes, em circunstâncias idênticas. E na lição de SILVIO RODRIGUES⁴⁰⁴ considerando a impossibilidade de se estabelecer uma avaliação em dinheiro da dor experimentada pela vítima, fez com que a maioria, senão a totalidade dos estudiosos, sustentasse que a indenização do dano moral seja confiada ao arbítrio do juiz. É a este que cabe, com moderação e prudência, fixar o montante de encargo imposto ao réu.

Ocorre, às vezes, estarmos diante de uma lide, na qual uma das partes pleiteia uma indenização por danos morais, devido ao fato de que referido dano é de difícil constatação, uma vez que não se materializa no mundo material, concreto. Nesses casos, o arbítrio judicial na compreensão e análise da questão necessita de uma certa dose de sensibilidade, que é fundamental e *conditio sine qua non* para um satisfatório desfecho que não esteja divorciado da realidade.

Aliás, nesses casos, como, magistralmente, salientou o grande professor JOSÉ DE AGUIAR DIAS⁴⁰⁵, *o arbítrio é até de sua essência*.

Todavia, apesar de ser de sua essência, o magistrado deve proceder com cautela. Jamais deve permitir que meros "*achismos*" e convicções pessoais interfiram no justo julgamento. E jamais se deixar pressionar pela mídia. Claro que a importância da mídia é indiscutível. Sua contribuição para a democracia é ímpar. Quantos criminosos já não desmascarou, denunciou, perseguiu. Quantos casos já não ajudou a solucionar. Mas, infelizmente, há os sensacionalistas que se esquecem da essência de uma palavra muito simples e de poucas sílabas: "ética". E com esses, deve-se ter cuidado.

Assim, ao mensurar o "*quantum*", em caso de indenização por danos morais, o juiz deverá, mais do que em qualquer situação, se respaldar num juízo lógico-objetivo e humano ao mesmo tempo. Deverá analisar cada caso

⁴⁰⁴ RODRIGUES, Silvio, *Direito Civil aplicado*, Ed. Saraiva, São Paulo, v. 7, 1996, p. 228.

⁴⁰⁵ AGUIAR DIAS, José de, *Da responsabilidade civil*, 2a ed., V. II, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1950.

que lhe é submetido, como se fosse único, Aliás, nestes casos, muito mais do que em outros, o juiz deve se abster, completamente, da tentação de buscar sentenças já prontas nas memórias dos computadores e, após a mudança, muitas vezes, apenas dos nomes das partes, transcrevê-las "*ipsis litteris et verbi*" ao novo caso.

Cada situação apresenta protagonistas diversos. Com vidas diversas. Com sentimentos e necessidades diversos. Com níveis cultural, intelectual, econômico e social diversos. O "*quantum*" a ser arbitrado em cada caso será único, e deverá corresponder aos seus característicos próprios.

Assim, o arbítrio judicial é de fundamental importância na apreciação dos danos morais. Daí a necessidade de juizes preparados, vivenciados e experimentados nas mais importantes ciências humanas, como a filosofia, a sociologia e a psicologia. A lei, analisada friamente, donde resultam apenas os legalistas, pessoas extremamente apegadas à letra fria da lei, não têm o condão de aplicar ao caso concreto a tão almejada justiça. Pois o caso apresentado ao magistrado é muito mais do que, tão somente, uma peça de quebra-cabeças a ser encaixada em um texto legal. Como também o processo é muito mais do que apenas um calhamaço de papel sem vida e sem conteúdo humano. Muito pelo contrário, é o destino de pessoas que estão em jogo e que deve ser analisado com humanidade, sentimento e muita parcimônia. Aplaudimos magistrados que têm a decência de se colocar no lugar das partes e sentir na pele o peso do *decisum* que irão proferir, evitando, obviamente, os excessos que a aplicação da letra fria da lei causa. Jamais o livre convencimento poderá ser substituído.

4.3 Proposta de Equação Matemática

As dificuldades em encontrar um critério justo para a fixação do quantum indenizatório nos danos morais, fizeram surgir várias posições doutrinárias, dentre as quais, uma delas que sustenta a fixação de uma equação matemática para auxiliar o juiz na apuração da indenização devida à vítima⁴⁰⁶.

Essa teoria surgiu como um protesto ao sistema do tarifamento legal, o qual foi aplicado no direito brasileiro por certo período de tempo, com fundamento sobretudo na Lei de Imprensa (Lei 5250/67) e no Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4117/62). Os argumentos utilizados pelos defensores da equação recaiam principalmente na inconstitucionalidade do tarifamento ou tabelamento do dano, a medida que a Constituição não previu tal sistema, não cabendo à legislação infraconstitucional fazê-lo.

A proposta consistente na adoção de tal fórmula é na verdade um arbitramento judicial, e por isso, este ponto foi estrategicamente colocado logo abaixo do ponto que tratou do “arbítrio judicial”. Todavia, de acordo com esta posição doutrinária, o puro e simples arbitramento judicial desapegado de qualquer parâmetro poderia levar a injustiças, considerando a hipótese de o juiz julgar casos semelhantes de maneiras muito distintas.

Segundo os defensores da equação matemática, a doutrina aponta alguns critérios que o juiz deve analisar no caso concreto, tais como: a) a natureza específica da ofensa sofrida; b) a intensidade real, concreta e efetiva do sofrimento do ofendido; c) a repercussão da ofensa no meio social em que vive o ofendido; d) a existência de dolo por parte do ofensor, na prática do ato danoso e o grau de sua culpa; e) a situação econômica do ofensor; f) a prática anterior do ofensor relativa ao mesmo fato danoso, ou seja, se ele já cometeu a mesma falta; g) as práticas atenuantes realizadas pelo ofensor visando diminuir a dor do ofendido.

⁴⁰⁶ D'ANGELO CALDEIRA, Mirella; FERRAZ, Ariate; QUILLES, José Fernando S.; PEREIRA LEMOS, Leandro E.; BARRETO DAMACENO, Régina M.; e SOTO RIVA, Rosa Maria, *in* Revista Mestrado em Direito Osasco, Ano 7, n.1, 2007, pp. 147/166.

Entretanto, mesmo analisando essas situações, fica o juiz na dúvida, sem saber qual valor atribuir a cada um desses vetores. Por isso, segundo essa corrente doutrinária é preciso uma fórmula matemática, mas que dentre outras coisas, não engesse a atuação do magistrado⁴⁰⁷.

A fórmula apresentada é de autoria do professor CLAYTON REIS⁴⁰⁸. Segundo ele a seguinte equação deve ser considerada:

$$VI = \frac{SE(v) + (MD)^2 - QE(r)}{SE(r)}$$

VI = Valor da indenização.

SE(v) = Situação econômica da vítima.

SE(r) = Situação econômica do réu.

MD = Magnitude do dano.

QE(r) = Quociente de entendimento do réu.

TABELA DE VALORES:

Situação econômica do RÉU - SE (r)

- Péssima = 90 - 100

- Ruim = 70 - 80

- Razoável = 50 - 60

- Boa = 30 - 40

- Excelente = 1 - 20

Magnitude do dano (MD):

- Levíssimo = 0 - 25

⁴⁰⁷ D'ANGELO CALDEIRA, Mirella; FERRAZ, Ariate; QUILLES, José Fernando S.; PEREIRA LEMOS, Leandro E.; BARRETO DAMACENO, Régina M.; e SOTO RIVA, Rosa Maria, *in* Revista Mestrado em Direito Osasco, Ano 7, n.1, 2007, pp. 147/166.

⁴⁰⁸ REIS, Clayton, *Avaliação do dano moral*, 1ª ed, Ed. Forense, 1998, Rio de Janeiro, pp. 113/114.

- Leve = 26 - 50
- Grave = 51 - 75
- Gravíssimo = 76 - 100

Situação econômica da vítima (SE-v):

- Péssima = 800 - 1.000
- Ruim = 1.001 - 1.200
- Razoável = 1.201 - 1.400
- Ótima = 1.401 - 1.600
- Excelente = 1.601 - 1.800

Quociente de entendimento do lesionador-réu

(QE-r):

- Inferior = 700 - 1.000
- Médio = 500 - 700
- Elevado = 300 - 100
- Superior = 100 - 0

De acordo com ensinamentos do autor da fórmula matemática, professor CLAYTON REIS⁴⁰⁹, na aferição da magnitude do dano, deve-se levar em consideração a intensidade da lesão sofrida pela vítima. Não é difícil para o magistrado considerar que a perda de um órgão, consequência, p. ex., da irresponsabilidade de motorista no trânsito, representa um traumatismo de grande magnitude para o lesionado. Por sua vez, os reflexos decorrentes do extravio de bagagem no exterior, não constituem angústias que possam gerar, como no caso anterior, repercussões expressivas nas vítimas, serão insatisfações e desgostos no estado emocional das pessoas envolvidas nessa situação. Por sua vez, o quociente de entendimento do lesionador mede o seu grau de compreensão a respeito do ato lesivo. Ele será proporcional ao seu nível social, educacional e religioso do agente, porque, quanto maior o estado de consciência das pessoas sobre os fatos da vida e do mundo (leis, dinâmica social, relacionamento, compreensão religiosa, educação, respeito pelos

⁴⁰⁹ REIS, Clayton, *Avaliação do dano moral*, 1ª ed, Ed. Forense, 1998, Rio de Janeiro, pp. 114/116.

direitos do próximo, conhecimento das leis, grau de cultura, sociabilidade, sentimento de fraternidade etc.), certamente maior será a responsabilidade do agente na previsão e diligência dos acontecimentos da vida. Assim, uma pessoa de quociente de entendimento elevado demonstra ser um cidadão altamente responsável e consciente dos seus deveres para com a sociedade. Segundo a expressão usual no Código Civil Espanhol (art. 1.104), e no Português (art. 487, 2) como outros códigos europeus, o seu proceder será equivalente ao de um - *bonus pater familiae* -, ou seja, um pai de família diligente, consciente de seus direitos e deveres. Por isso, a pessoa absolutamente responsável e diligente que possua determinado grau de compreensão a respeito dos fatos da vida social, terá a obrigação de agir com previsibilidade para forcejar no sentido de evitar a ocorrência de fatos que coloquem em risco os seus direitos e os do seu próximo. Portanto, todas as pessoas cônscias dos seus direitos e deveres são, no geral, capazes de entender a extensão do remoto axioma romano, consistente no - *alterum non laedere* - a outro não prejudicar. O quociente de entendimento é, assim, uma forma de compreensão dos elementos que cimentam as pessoas em torno dos valores da sociedade. É o exato e preciso entendimento que todos devem possuir, do seu dever moral perante o seu semelhante. Na composição dos elementos integrantes da equação proposta, será possível estabelecer valores mais precisos ou mais próximos da realidade de cada caso⁴¹⁰.

Os defensores da equação como meio de fixação do quantum no dano moral, ainda sugerem outra fórmula, de autoria de CESAR REINALDO OFFA BASILE⁴¹¹, que não admite a inclusão da situação econômica da vítima:

$$\text{Dano Moral} = \frac{Vr \cdot [(n + 1) \cdot i \cdot r] \cdot (\text{dolo} \cdot \text{Se}) \cdot pa}{At}$$

⁴¹⁰ REIS, Clayton, *Avaliação do dano moral*, 1ª ed, Ed. Forense, 1998, Rio de Janeiro, pp. 114/116.

⁴¹¹ Fórmula apresentada em trabalho monográfico, sob o título: "A quantificação dano moral", elaborado para obtenção de crédito no Programa de Pós-Graduação da Unimes.

Vr = valor de referência (base é o salário mínimo)
n = natureza específica: 1 (leve), 2 (média), 3 (grave) e 4 (gravíssima)
i = intensidade: 1 (pequena), 2 (média), 3 (grande)
r = repercussão: 1 (não) e 2 (sim)
dolo = 1 (sem culpa), 2 (culpa), 3 (grave) e 4 (dolo)
Se = situação econômica do ofensor: 1, 2, 3, 4, 5
at = atenuante: 2 (praticou) e 1 (não praticou)

pa = prática anterior: 2 (praticou) e 1 (não praticou)

4.4 **Standards Jurídicos**

O standard jurídico é um critério de avaliação das relações jurídicas concretas que exprime a conduta social média e deriva ou da lei ou da jurisprudência⁴¹².

O professor MARCUS CLÁUDIO ACQUAVIVA⁴¹³, define tal instituto como a expressão que denomina a conduta da média das pessoas, e que atua como referencial para decisão judicial sobre fatos novos, não previstos na lei. O art. 335 do CPC enseja a invocação, pelo juiz, dos standards, assim: "Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras da experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial". Tais regras ou máximas de experiência, no dizer de Stein, consistem "nas

⁴¹² WILLI ROTHMANN, Gerd, *Standard jurídico, Enciclopédia Saraiva do Direito*, Ed. Saraiva, v. 70, São Paulo, 1977, pp. 487/501.

⁴¹³ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio, *Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva*, 9ª ed, Ed. Jurídica Brasileira, São Paulo, 1998, pp. 1179/1180.

definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, independentes do caso concreto que se tem de julgar e de seus elementos particulares, e que são adquiridos pela experiência, mas que são autônomos em face dos casos particulares, de cuja observação se deduzem e que pretendem ter valor em relação aos novos casos"⁴¹⁴.

O standard jurídico seria um meio-termo, que exsurge do confronto entre a lei e o meio social no qual esta lei está inserida. Como é notório, a lei não pode prever todos os fatos que se verificam no dia-a-dia. Assim, quando é editada pode, inclusive, ser extremamente rígida para a sociedade na qual foi inserida, necessitando de certa flexibilização para atender a situação fática a que é destinada para regular.

A utilidade dos standards pode ser facilmente verificada por meio de alguns conceitos jurídicos básicos que são constantemente utilizados no cotidiano forense. Conceitos como "boa-fé", "*bônus pater familias*", "*prudente arbitrio*", dentre outros.

Se observarmos alguns standards, como o de "boa-fé", de "*bônus pater familias*", de "*prudente arbitrio*", da "*racionalidade*" das restrições contratuais etc, verificaremos que todos revelam uma idéia comum de racionalidade ou lealdade e justiça. Por isso mesmo, eles devem encontrar uma aplicação variável conforme o tempo, o lugar e as circunstâncias. Além disso, a maioria deles contêm um amplo elemento moral, de modo que a sua aplicação reclama mais pelo senso comum⁴¹⁵ ou o juízo moral médio que pela lógica dedutiva. Em vez de uma regra genérica e abstrata, os standards jurídicos exprimem a conduta média. Tanto é assim, que se impõe estabelecer um certo paralelo entre os standards jurídicos e as normas de

⁴¹⁴ La Scienza Privata Del Giudice, 1983, pp. 103 e ss.

⁴¹⁵ O senso comum que o autor defende não deve, evidentemente, sei confundido com o senso comum que combatemos, ou seja, aquele senso comum extremado, divorciado da lógica e da razão. O senso comum, expresso no modo de vida corriqueiro das pessoas e o conjunto de opiniões e concepções naturais e necessárias. E para ele que a lei deve se amoldar, não para a comoção social, pelo sentimentalismo exacerbado e cego de pessoas que, não podendo ou não querendo entender a realidade fenomenológica que as cerca, agem por mero desprante, mero capricho, mera irracionalidade.

conduta. Afirmar a doutrina que geralmente se reconhece uma certa relação de causa e efeito entre a lei e conduta média. Vista deste ângulo, podemos dizer que a lei é *common sense*. E, portanto, no standard jurídico que a conduta social média encontra sua expressão mais direta no âmbito do direito⁴¹⁶.

Desta forma, somente com a aplicação da norma ao caso concreto, teremos elementos para averiguar se a mesma atende aos reclamos sociais ou não. Caso não se preste a regular o caso concreto, que se a revogue. Caso seja plenamente compatível com a realidade, que seja aplicada, integralmente. Entretanto, caso se verifique que a norma se presta à regulamentação do caso concreto, desde que, com certa atenuação, através de um processo que se respalde no bom senso, na lógica, na razoabilidade e na proporcionalidade, então que se crie um "standard" jurídico. Que não substitua a lei, uma vez que deverá decorrer da mesma, nem muito menos que funcione como um precedente, um *case law*, pois é incompatível com o nosso sistema de codificação, mas que funcione como bússola norteadora das futuras decisões jurídicas. Isto porque, como bem salientado acima por Marcus Cláudio Acquaviva, o ordenamento jurídico já prevê esta possibilidade, conforme se infere do art. 335 do Código de Processo Civil. Que sirva como um padrão médio de aceitação. Se bem que, se se for proceder a uma análise da jurisprudência, poderemos detectar vários "*standards*" jurídicos que servem de supedâneo às decisões, cabendo ao magistrado analisá-los e dar-lhes a melhor aplicação possível ao caso concreto.

A norma possui rigidez e abstração. Algo que não se verifica com o "standard", que expressa um caso concreto e é destituído da inflexibilidade, que inquina todas as leis.

É a lógica que supedanea a aplicação dos comandos legais. De forma mecânica, ao se infringir uma determinada disposição legal, haverá uma consequência que irá incidir no caso concreto, pois já estava descrita *aprioá* no

⁴¹⁶ WILLI ROTHMANN, Gerd, *Standard jurídico*, Enciclopédia Saraiva do Direito, Ed. Saraiva, v. 70, São Paulo, 1977, p. 491.

ordenamento jurídico. Os standards jurídicos comportam uma flexibilização inspirada pela prática cotidiana. Neste sentido continua o professor WILLI ROTHMANN⁴¹⁷, in Enciclopédia Saraiva do Direito:

Também quanto ao seu funcionamento, o standard difere da norma jurídica. A lógica dedutiva domina a aplicação da norma jurídica ao caso concreto. O standard não se presta a uma tal aplicação mecânica. Na sua aplicação, o juiz não se utiliza da lógica pura, mas é inspirado pela intuição e pela experiência prática. A intuição e a experiência tomam o lugar da lógica.

São as regras práticas e o bom senso que imperam em sua aplicação.

Desta forma, em se tratando de indenização por danos morais, a criação de standards jurídicos, sem sombra de dúvidas, auxiliará os julgadores no estabelecimento de cifras justas e, principalmente, consentâneas com a realidade brasileira.

Mas uma ponderação extremamente importante deve ser posta em evidência. Os *standards* não são de observação obrigatória, pois, se o fossem estaríamos anulando a discricionariedade judicial, o poder do juiz de decidir consoante seu livre convencimento, estabelecendo a tão temida e combatida súmula vinculante, ou, o que é pior, de forma indireta e mascarada, estaria estabelecendo um tabelamento dos casos, notadamente, de danos morais, com valores previamente fixados. Desta forma, o *standard* jurídico é um parâmetro a auxiliar o magistrado ao lado dos demais.

4.5 Condições Pessoais das Partes

⁴¹⁷ WILLI ROTHMANN, Gerd, *Standard jurídico*, Enciclopédia Saraiva do Direito, Ed. Saraiva, v. 70, São Paulo, 1977, pp. 491/492.

Um dos critérios que se reputa da mais alta valia e de decisiva apreciação para a determinação do "*quantum*" da indenização por danos morais é o critério pessoal. A análise das condições pessoais, e, portanto, subjetivas das partes envolvidas. Ofensor e ofendido, na generalidade dos casos que se apresentam ao Judiciário, são diferentes. Em alguns casos, inclusive, diametralmente diferentes.

As condições pessoais de um indivíduo dizem respeito à forma pessoal com a qual se apresenta. Tange a sua condição intelectual, educacional, econômica, social, política, enfim, a tudo que diga respeito à sua imagem perante o meio social no qual vive e perante si mesmo.

Há que se reconhecer que todas as pessoas do mundo possuem características peculiares. Não há no mundo duas pessoas iguais. Principalmente no que concerne à sensibilidade, personalidade, modo de pensar e encarar a vida. Há os otimistas, os pessimistas, os sensíveis, os insensíveis, os normais, os anormais⁴¹⁸ e psicopatas, enfim, uma gama muito grande de pessoas e personalidades. Apenas com esta constatação já se verifica a pertinência de se levar em consideração as características pessoais das pessoas envolvidas. E isso, por uma questão, deveras, simples. Somente sentirá necessidade de obter reparação a pessoa que realmente sofreu um abalo, um dano moral. O dano moral, como foi dito acima, tange, exclusivamente, à esfera privada. Evidentemente que, apenas ante um evento danoso poderá o juiz deferir a indenização. Afinal, ante o dano, a pessoa que realmente sofreu grandes agruras, decepções, estados sentimentais desconfortáveis, fará jus a uma indenização. Se a pessoa é, na expressão de muitos, "dura de coração", que não se abala com nada e, ante o evento danoso não sofreu, não sentiu dano algum, não haverá o que ser reparado, a título de danos morais.

⁴¹⁸ Claro que, ao mencionar a palavra normal, estou me referindo ao padrão social estabelecido por uma determinada sociedade, em determinado momento histórico. Esse padrão é um padrão sociológico, que sofre a influência das peculiaridades da sociedade, seja de ordem moral, religiosa, econômica, etc. Claro que, psicologicamente, o limite entre a normalidade e a anormalidade é muito tênue. Psicologicamente, penso, que normalidade seja um conceito ambíguo e incerto, além de impreciso.

Segundo WILSON MELO DA SILVA⁴¹⁹, a ciência ainda não descobriu a fórmula segura para medir as emoções de cada qual. Tudo depende, em alta dose, da receptividade de cada qual, de sua organização, do grau de sensibilidade. A mesma melodia musical, a mesma obra de arte, o mesmo drama teatral ou cinematográfico, repercute, dos modos mais variados, nas platéias. Há os que se enternecem até as lágrimas, há os indiferentes e há os sardônicos, os que se deixam tomar até pela sensação do ridículo frente à mesma cena. O cultivo intelectual de cada qual entraria, aí, como fator ponderável, e a capacidade artística de cada um também. Mas se a dificuldade é grande, raiando mesmo pela impossibilidade quando se trata, ao mesmo tempo, de pessoas diversas, de grupos diversos, reduz-se enormemente, se se tem em vista cada caso singular.

Há outros casos ainda, em que os danos morais não se podem verificar, em razão, principalmente, de condições peculiares de determinadas pessoas, em determinados momentos. Os problemas ou patologias da mente criam um estado mental em que a pessoa não consegue aquilatar o que está acontecendo à sua volta. Assim tratando-se de Direito Penal pode-se extrair deste campo do conhecimento jurídico o conceito de inimputável: aquele que não tem condições de entender aquilo que faz, ou de conduzir-se de acordo com este entendimento. Não será penalizada a pessoa que age na condição de inimputável, condição esta que pode ser devida a vários fatores de ordem psico-mental. Isto conforme comando insculpido no art. 26 do Código Penal, que assim reza: *"É isento de pena 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"*.

Na esfera civil, há que se perguntar: como se pode ofender a honra de uma pessoa débil mental, imbecil ou idiota, através de xingamentos, ou gestos, ou ainda, com escritos, sendo que a mesma não tem condição nem mesmo de conceber o que seja honra? Assim, ante esse quadro, em Direito Penal o

⁴¹⁹ MELO DA SILVA, Wilson, *O dano moral e sua reparação*, 3ª ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1983, pp. 657/658.

ofensor inimputável não será penalizado; perfilha-se pelo entendimento de que, na esfera Civil, o inimputável também não poderá ser vítima de dano moral, pois se manterá indiferente ante a situação.

Neste sentido, assim se expressa WILSON MELO DA SILVA⁴²⁰: *“A idiotice, a imbecilidade, as paradas da evolução intelectual e os estados crepusculares, provocando, um estreitamento do campo da consciência, essencialmente, em sua motivação afetiva e ideativa, bem como a sensibilidade pronunciada, tudo isso contribui para que não haja, em certas circunstâncias, danos morais, ainda que motivos de monta existissem, geradores deles, em casos comuns. Como, por exemplo, se pode falar em sofrimento íntimo do imbecil ou do idiota em virtude do homicídio de um parente próximo? E aqueles que, na sua insanidade, às vezes chegam a assassinar pessoas de seu próprio lar? Assim, pois, via de regra, os doidos seriam sempre insuscetíveis de experimentar os danos morais, resultantes de representações mentais dolorosas”.*

Assim, nota-se, claramente que a sensibilidade é um pressuposto fundamental para que o dano moral se produza, sensibilidade esta vista sob o enfoque do entendimento. No momento em que os fatos geradores do pretense dano moral se deram, é necessário que se perquiria sobre o caráter de entendimento do lesado em relação aos acontecimentos. O dano moral será aquele evento danoso que terá o condão de arranhar esta sensibilidade, esta consciência de honra, de bom conceito social, de boa fama. Sem consciência do que sejam esses conceitos, não há como se verificar os eventos danosos. O lesado, no caso de ausência de entendimento, poderá ser beneficiado por uma pensão alimentícia, em caso de homicídio, se a pessoa vitimada a sustentava, por exemplo. E é claro, o competente processo criminal será instaurado. Entretanto, malgrado isso, não terá direito a uma indenização por danos morais, pois, moral e intimamente, dano algum sofreu, pois não tinha como entender o que aconteceu.

⁴²⁰ MELO DA SILVA, Wilson, *O dano moral e sua reparação*, 3ª ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1983, pp. 657/658.

Entretanto, uma ponderação se faz absolutamente necessária. No direito penal há uma categoria de pessoas que não são inimputáveis, mas não estão, totalmente, fora do campo de inimputabilidade. São os chamados fronteirços, ou ainda, semi-imputáveis. São pessoas que ora possuem momentos de lucidez, ora passam por interstícios em que perdem a consciência da realidade.

Se, no momento da produção do dano moral, o ofendido tinha condições de avaliar o que estava acontecendo, se podia, naquele momento em que foi ofendido, sentir que sua honra foi maculada, seu nome vilipendiado, sofrendo, em decorrência disto, profundo abalo moral, não importa que, em momento posterior tenha se tornado inimputável, que em momento posterior, tenha perdido a noção da realidade. O que importa é o momento da infração. E, se no momento da infração, a pessoa tinha condições de aquilatar a gravidade da atitude que foi perpetrada contra sua pessoa, sofrendo, em decorrência, profundo abalo moral, deverá, evidentemente, ser ressarcida.

Quando se estiver ante uma pessoa de atuação intelectual intensa, evidentemente, que a situação será outra. A educação é o instrumento capaz de atribuir às pessoas, um poder de discernimento muito grande. Possibilita um sensível aumento da consciência e, portanto, do poder de compreender a realidade. Quanto maior for o poder de discernimento de uma pessoa, mais ela compreenderá a realidade circundante, como também terá maior sensibilidade, o que pode facilitar a produção de um evento danoso. Assim, ela poderá ser vítima de um dano, sofrendo por conseguinte todos os desdobramentos peculiares àquela categoria de danos. Por exemplo, uma pessoa de notória atuação intelectual, de educação requintada e de uma conduta ilibada, sofre um arraso moral muito mais intenso e devastador do que a pessoa humilde, semi-alfabetizada ou analfabeta, conhecida por um orbe social reduzido e que passou toda a sua vida dentro de uma fazenda ou sítio, se dedicando à lavoura. Assim, estas condições pessoais são de relevantíssima importância na determinação do valor indenizatório, e mais, constatação da existência do dano. É bom lembrar que sem dano não há reparação, pois ausente se encontra um dos pressupostos ensejadores do dever de reparar.

Analisando o lado do ofensor, daquele que causou o dano, a mesma circunstância se apresenta. Por exemplo, uma ofensa feita por um homem de reconhecimento amplo em sua sociedade, como um político que publica e divulga ostensivamente uma notícia caluniosa ou injuriosa sobre algum adversário seu, chamando-o de ladrão ou corrupto, tem um caráter diferente daquela quando um homem do povo, humilde e indignado com a realidade brasileira, faz o mesmo comentário sobre um determinado político. Em ambos os casos, é inconteste que um dano de ordem moral houve. Entretanto, são situações, diametralmente opostas e inconfundíveis. O político, homem de cultura, de nível educacional, tem plenas condições de entender o caráter ilícito de sua conduta e de determinar-se consoante este entendimento. Sabe, perfeitamente bem que a notícia que faz circular é falsa e que causará a seu adversário nefastas conseqüências que produzirão danos que poderão jamais ser esquecidos. Já a situação do homem humilde, de escassa bagagem educacional e ínfima iniciação intelectual, que tantas agruras tem de suportar em seu cotidiano, que enfrenta um sistema de saúde doente e ineficaz, é diferente. Desempregado, com filhos para sustentar e dívidas a saldar, é declaradamente um desesperado e um indignado com a realidade. Suas condições de aquilatar as conseqüências de seus atos são nulas. Não possui, além do mais, condições de se determinar de acordo com um entendimento, que não possui. Circunstância que se agrava pelo fato de achar normais as condições de sua vida e de viver em ambientes sociais e familiares desgastados e degradados, onde o tratamento rústico e ríspido é usual e faz parte de seu relacionamento social e humano. Assim, como dar a esse homem o mesmo tratamento do que àquele que se acha bem posicionado cultural e socialmente? Afinal, o homem sem educação e sem cultura é mantido em seu estágio primitivo e bestial.

De acordo com SÉRGIO SEVERO⁴²¹ a condição social implica a análise da atividade profissional da vítima e dos demais aspectos que representam a sua atividade dentro da sociedade. Deve também se analisar os aspectos familiares da vítima, como o estado civil, o número de filhos, a idade e a ocupação dos

⁴²¹ SEVERO, Sérgio, *Os Danos Extrapatrimoniais*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1996, p. 211.

mesmos, o que será de grande valia na determinação de alguns danos com o prejuízo de afeição.

Logo, a necessidade de se levar em consideração os atributos pessoais e subjetivos das partes envolvidas justifica-se por si mesma. E dar uma visão sociológica à realidade, que é simplesmente inafastável. Classicamente, sabe-se que aos desiguais deve-se dispensar um tratamento desigual, evitando-se ao máximo, obviamente, que este critério se degenere para o sentimentalismo exacerbado, com envolvimento pessoal com o caso e, principalmente, com as partes envolvidas.

Numa outra vertente de análise, o juiz pode se valer dos critérios objetivos, que dizem respeito às circunstâncias concretas de cada caso. Respalda-se, fundamentalmente, na análise do prejuízo sofrido, a causa geradora do mesmo e, também, do nexos de causalidade, além da culpa. Assim, há uma análise fria do caso subjudice. Detecta-se a conduta do ofensor, o prejuízo sofrido pela vítima e o nexos de causalidade entre um elemento e outro, somando-se uma análise, muitas vezes, incompleta da culpa, e disso deflui o dever de indenizar. Este critério se esquece, todavia, da análise das condições pessoais dos envolvidos. É, como se disse acima, uma análise fria e, eminentemente pragmática, principalmente do elemento culpa, quando, de fato, assim não deveria ser. Deve-se levar também em conta, a repercussão dos danos ocasionados à vítima. Sob esta ótica, a questão se potencializa em conveniência e oportunidade. Realmente a questão da repercussão do dano é muito importante. Vejamos dois exemplos: 1º) Uma mulher, que goza de grande reputação na cidade em que mora, sendo ainda uma intelectual de peso e renome, com constante participação, através de artigos, na Imprensa local, é acusada de mal pagadora de suas dívidas, de receber homens em sua casa e de ter comportamentos dúbios no que tange à sua moralidade. 2º) Uma outra mulher, semi-alfabetizada ou até mesmo analfabeta, que nasceu e vive no meio rural, dedicando-se a vida toda à lavoura, é acusada de sempre ser vista na casa de seu vizinho, havendo a suspeita de que trai seu namorado ou marido.

Ora, depreende-se às escancaradas que, no primeiro caso, a repercussão do evento danoso se espalha com tanta violência e profusão quanto a detonação de uma “bomba”. Os efeitos nefastos que vão se produzir no primeiro exemplo marcarão de forma indelével a pessoa lesada, sendo que o boato, por mais desmentido que seja, jamais se apagará do meio social e da lembrança das pessoas. Esse evento desagradável sempre estará presente na memória e na boca das pessoas. Não raras vezes, o poder de um desmentido não consegue apagar os efeitos deletérios de uma mentira. Já no segundo caso mencionado, a repercussão é muito mais restrita, não apenas pelo meio no qual se deu o fato, mas também e fundamentalmente, pelo fato de que estas pessoas mais humildes se esquecem com muito mais facilidade e com muito mais rapidez destas circunstâncias, considerando que certamente não terão suas faces expostas na mídia, como no primeiro caso. Não raras vezes, há até o perdão da parte ofensora pela ofendida, sem que o Judiciário jamais seja acionado para dirimir tal questão. E somente tomarão ciência do fato as pessoas que viviam naquele meio e naquela época. É o tipo da história que somente os privilegiados pelo momento tomam conhecimento.

Assim, o critério objetivo possui sua pertinência e necessidade. Havendo todavia, como dito anteriormente, o risco da possibilidade de tal critério sofrer também uma degenerescência e se transmutar em uma mera regra rigidamente pragmática e fria.

Por esta razão, perfilha-se pelo entendimento, esposado por alguns doutrinadores, da adoção do sistema misto, que também se poderia chamar de eclético, que se traduz na conjugação de ambos os sistemas acima descritos. Assim, na utilização do critério misto ou eclético, o magistrado deverá analisar não apenas as circunstâncias pessoais do ofendido e do ofensor, tais como condição intelectual, cultural, sócio-econômica, mas também os critérios objetivos da situação, tais como repercussão da ofensa, o meio no qual o fato lesivo se deu, a reputação que o ofendido goza perante o meio social no qual vive, e demais circunstâncias.

Neste sentido, de forma magistral se posiciona SÉRGIO SEVERO⁴²²: *"No estabelecimento dos critérios de satisfação dos danos extrapatrimoniais, dois métodos de aferição se contrapõem: a) o método objetivo - apreciação in abstracto -, que objetiva a busca, de critérios fixos que garantam a segurança jurídica, e a isonomia de tratamento das pessoas lesadas; e b) o método subjetivo - apreciação in concreto -, voltado para a busca do prejuízo real sofrido pela vítima. Busca-se, através de um método híbrido de determinação da satisfação, o ajuste dos efeitos da responsabilidade civil à realidade concreta, sem deixar de considerar a necessidade de garantir um tratamento proporcional às vítimas de danos extrapatrimoniais, como forma de preservar a segurança jurídica. Neste mister deve-se ainda, ressaltar que os tipos de dano apresentam índoles específicas. Deste modo, os critérios devem enquadrar-se às particularidades do dano específico".*

Assim, perfilha-se pelo entendimento da adoção do critério misto, eclético ou híbrido, empreendendo-se uma busca constante a um critério que propicie ao magistrado as melhores e mais seguras condições de determinar um *"quantum"* que satisfaça os critérios da proporcionalidade, razoabilidade, que compense o lesado e puna o lesante, sem causar a ruína do segundo, ou a locupletação incomensurável do primeiro.

Ao lado do fator pessoal, um outro, da mais alta relevância não pode deixar de ser registrado: o fator temporal. Inegável é que, quando uma pessoa que diga ter sofrido um abalo moral, retarda sua reação de acionar o ofensor e, portanto, retarda a ação de se ressarcir do prejuízo que eventualmente tenha sofrido, deverá contar com as conseqüências de sua demora que irão influir no julgamento do magistrado ao analisar o caso concreto.

É conhecido o ditado que diz que o tempo é o melhor remédio. Não entrando em minúcias no debate desta preposição, inquestionável é que, quanto mais tempo se passa, mais a alma humana tende a assimilar os fatos que se processam à sua volta.

⁴²² SEVERO, Sérgio, *Os Danos Extrapatrimoniais*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1996, pp. 230/231.

Fique-se com o seguinte exemplo: uma pessoa, depois de dezessete anos, vai a juízo propor ação para ressarcimento de danos morais, a um determinado ofensor, por ter sido o mesmo o responsável pela morte de seu pai. Diante desta circunstância, sábio será se o magistrado não se limitar a deferir uma cifra irrisória, mas sim, a indeferir o pedido por falta de interesse em agir. Claro está que dano moral não houve, pois se tivesse havido, a vítima não teria se mantido inerte por tanto tempo. Se tivesse havido um real dano, a reação deveria ter sido imediata. Depois de dezessete anos a pessoa já assimilou, perfeitamente bem, a perda sofrida.

Nesse caso, o indeferimento da pretensão da vítima é uma consequência inafastável de sua inércia.

Obviamente que a reação imediata deve ser interpretada de forma não absoluta. Necessário se faz que se conceda à vítima um prazo para que se refaça do impacto inicial. Todavia, no exemplo citado, os dezessete anos não podem ser encarados como prazo razoável, pois, nesse caso, a vítima teve tempo, não apenas para se refazer do impacto inicial, como para assimilar e aceitar a perda sofrida, de forma a restabelecer sua vida sem nenhum transtorno psicológico decorrente da perda de um ente querido. É um tempo mais do que plausível para tal desiderato.

Dentre os pontos positivos do projeto de lei nº 7.124/02, ora arquivado, que pretendia tabelar os danos morais, encontrava-se o art. 8º, que assim reza:

Art. 8º - Prescreve em 6 (seis) meses o prazo para o ajuizamento de ação indenizatória por danos morais, a contar da data do conhecimento do ato ou omissão lesivos ao patrimônio moral.

O projeto trazia um prazo decadencial, dentro do qual, o lesado que se dizia sofredor de um dano moral, deveria agir. Tratava-se de prazo decadencial, pois, uma vez cumprido, uma vez expirado, não apenas aniquilaria a ação a que o lesado tinha direito para pleitear eventual indenização por danos morais, mas aniquilaria o próprio direito do lesado de acionar o agente causador do evento

danoso. Assim, nesse ponto, merecia o projeto, elogio. Contudo, vigora no direito civil brasileiro o prazo prescricional de três anos para ajuizar ação de reparação por dano moral, face ao artigo 206, parágrafo 3º, inciso V do Código Civil.

Por fim, assunto muito polêmico, é a questão da relevância da situação econômica do ofensor e do ofendido na hora de quantificar o valor do dano a ser reparado. Principalmente no que diz respeito à situação econômica da vítima, pois é neste ponto que pairam as dúvidas. Parece que a situação econômica do ofensor não há como ser desprezada na hora da quantificação, eis que não pode este suportar uma condenação maior do que o seu patrimônio, e também não parece justo condená-lo a um valor que lhe causaria ruína, sem possibilidade de manter dignamente. Já considerar a situação econômica da vítima pode ocasionar uma discriminação econômica. E por outro lado, desconsiderar tal situação, pode acarretar um enriquecimento ilícito.

Assim, compartilhamos da idéia de que tanto o comportamento do ofensor, como da vítima deve ser considerado para chegar ao *quantum* indenizatório.

5 Equidade como critério de mensuração da indenização

Sempre acreditamos que a equidade era sinônimo de equilíbrio. De forma muito singela, seria dar a cada um o que é seu, consoante os princípios mais basilares do bom senso, da racionalidade, da lógica. E aqui abrimos parênteses, para que se faça uma primeira distinção entre o bom senso e o senso comum. O senso comum é aquele adquirido no dia-a-dia, pela experiência do povo, de

acordo com suas expectativas, seus vícios e necessidades. Nem sempre esse tipo de conhecimento corresponde à realidade. Afinal, de acordo com o grau de evolução, de educação de um povo, os conceitos que escopam explicar a realidade, geralmente, são elaborados sem qualquer critério e, totalmente divorciados da verdade, da ciência. Algo muito comum na construção dos mitos. Os mitos são histórias engendradas para se tentar explicar a realidade. Fenômenos perfeitamente explicáveis cientificamente acabam sendo deturpados, justamente em razão da ausência do conhecimento necessário para se perceber a verdade, buscando-a pelos mais recônditos caminhos. Fiquemos com um exemplo para confirmarmos esta assertiva: o fenômeno do fogo-fátuo. Quando uma pessoa morre, seu corpo começa a sofrer certas transformações que são os fenômenos cadavéricos, dentre os quais a eliminação de certos gases provenientes do fenômeno putrefativo, da decomposição do corpo. Esses gases, notadamente, o metano, ao entrar em contato com o ar, podem produzir chamas. Uma simples reação química. Todavia, antes de se esclarecer esse fenômeno, cientificamente, as pessoas mais simples que viam esse fenômeno nos cemitérios, saíam apavoradas, pois acreditavam que era a alma do defunto que estava se levantando, ou alguma assombração que estava rondando o túmulo. Assim, o senso comum é o conhecimento popular, que não deve ser ridicularizado, pois faz parte da própria história de um povo, mas também nem sempre pode ser levado a sério, sob pena de se deturpar a realidade. O senso comum é muito interessante e rico para o folclore de um povo, faz parte de sua realidade sociológica, de suas tradições, de seu folclore, de sua cultura. Mas em certos casos, nomeadamente nos de extrema seriedade, quando se deve aplicar o direito mais justo e consentâneo com a realidade, deve imperar o bom senso e não o senso comum. O bom senso é o conhecimento científico, fruto de estudo, de suor intelectual, de anos, décadas ou séculos de pesquisa e intensas elucubrações. É aquela categoria de conhecimento que, submetido aos mais variados testes, às mais variadas dúvidas, saiu ileso, confirmando a verdade. E aqui vislumbro um teste para que se possa diferenciar o bom senso do senso comum, o teste da dúvida, que, em realidade, é fruto da Dúvida Metódica enunciada por René Descartes, filósofo francês, que diz que, só se pode aceitar

como critério de verdade tudo aquilo onde não se possa inculcar a dúvida. Se um dado que nos é fornecido comporta dúvida, não poderá ser verdadeiro, somente aquilo que não comporta a dúvida pode ser tomado como critério de verdade. A verdade é aquele conjunto de fatos, de informações, que dão certeza sobre uma determinada realidade. E é sobre a verdade que a equidade deverá fincar suas bases. O equilíbrio somente pode ser encontrado onde a verdade se faça presente, caso contrário estará tateando em terreno movediço, que não oferece solidez para um julgamento. Estar-se-á em terreno que pertence ao senso comum, mas não ao bom senso e, portanto, a equidade não poderá se fazer presente.

AURÉLIO⁴²³ assim faz constar sobre a definição de equidade: "*equidade. [Do lat. aequitate] S. J. 1. Disposição de reconhecer igualmente o direito de cada um. 2. Conjunto de princípios imutáveis de justiça que induzem o juiz a um critério de moderação e de igualdade, ainda que em detrimento do direito objetivo. 3. Sentimento de justiça avesso a um critério de julgamento ou tratamento rigoroso e estritamente legal. 4. Igualdade, retidão, equanimidade. [Var. prós.: equidade.]*". O item dois confirma e corrobora o que foi dito acima, sobre o que a equidade deve se assentar, ou seja, em princípios imutáveis de justiça. Como somente a verdade é imutável, válida a qualquer momento, em qualquer sociedade, em qualquer momento histórico, a equidade deve se assentar sobre a verdade que também é uma, imutável e universal, portanto decorrente do bom senso, do conhecimento racional, lógico, objetivo, fruto de estudo e pesquisa.

A equidade na esfera da responsabilidade civil, e sobretudo no que diz respeito aos danos morais, assume papel importantíssimo, porque certamente é o maior instrumento do qual se poderá valer o juiz para a solução do caso concreto, principalmente, dos que envolvam danos morais. Dirimindo o conflito de interesses, qualificado por uma pretensão resistida, a lide, de forma muito

⁴²³ BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, Aurélio, *Novo Aurélio: o dicionário da língua portuguesa*, 3ª ed, Ed. Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 2001, p. 675.

mais cônica, e certo de que a justiça foi aplicada ao caso concreto, desde que, se comprometa a seguir, religiosamente, os preceitos inspiradores da equidade. Na verdade, a equidade anda lado a lado com a problemática do *quantum indenizatório*. A equidade pode e deve ser utilizada, conjuntamente, com o Arbítrio Judicial, aliás, é justamente por esse instrumento que deverá ser aplicada ao caso concreto. É o juiz quem, investido do poder jurisdicional, está habilitado a agir de forma equitativa. É por meio da equidade, que os "standards" jurídicos poderão ser formados e consolidados. Quando um mesmo caso é submetido aos tribunais, por exemplo, um pedido de indenização de danos morais em razão de indevida inclusão de um correntista (cliente bancário) nos cadastros negativadores do SERASA ou SPC, os tribunais, através da similitude dos casos, podem acabar por estabelecer um padrão de julgamento, um modelo, e, mais especificamente, um valor-padrão, mas, evidentemente, que nada fixo, imutável, tabelado. Esse valor-padrão pode e deve mudar consoante as circunstâncias do caso concreto. Assim como em uma bússola, esse valor-padrão deverá funcionar como um Norte, nada mais. Todo o caso que enfeixe em si as mesmas características, como as mesmas circunstâncias em que tal inclusão indevida se deu, propiciarão dar ao caso concreto o mesmo tratamento. Isso não deve conduzir à tão propalada súmula vinculante, que acredito ser um verdadeiro empecilho para o avanço do direito, pois obsta sua evolução e a liberdade de convencimento do juiz. Uma forma contraproducente de se conduzir o Judiciário. Os mais antigos, que ocupam os altos cargos da magistratura, merecem o mais total e amplo respeito, entretanto não podem querer que a sua forma de julgamento se imponha de forma veemente e inconteste. São juizes, desembargadores ou ministros, não deuses⁴²⁴. Sua vida é transitória, são

⁴²⁴ A magistratura brasileira vem desempenhando papel fundamental no aperfeiçoamento do Brasil, deste Estado Democrático e Constitucional de Direito. Homens e mulheres que estão fazendo um esforço hercúleo para resolver com a maior rapidez possível os vários casos que lhes são submetidos diariamente. Mesmo sendo o Brasil um país com tantas dificuldades, com problemas cada vez mais crescentes, com leis que, não raras vezes deixam muito a desejar, com conflitos intermináveis, dão o máximo de si mesmos. Certamente, esses magistrados não são deuses, mas, certamente vêm sendo heróis em inúmeras circunstâncias. Claro que ainda há os que, munidos de grande sentimento de superioridade, ainda mantidos dentro de uma estrutura egóica, sentem-se superiores a tudo e a todos, e há ainda os que agem de forma contrária à Ética, como os noticiários vêm demonstrando, mas fico satisfeito em saber que ampla maioria é constituída de homens de honra. Maus profissionais há em todos os ramos do conhecimento humano, mas os frutos ruins não podem colocar em descrédito os bons.

conclamados a exercer um mister extremamente importante, de uma significação transcendente, mas, assim como outros que um dia estiveram no lugar que ocupam, um dia, outros ocuparão seus lugares. A nós é permitido viver em um determinado momento histórico, com suas próprias características e particularidades, mas a sociedade é mutável, deve se transformar, deve evoluir, deve mudar. A forma pela qual se julga e se decide hoje, é uma forma totalmente diferente daquela pela qual se decidia ontem e, certamente, será diferente da forma pela qual se decidirá amanhã. E assim deve ser, pois isso significa que a sociedade está mudando, precisa mudar.

Esse padrão pode servir como referência, mas nunca como obrigatoriedade, o standard jurídico também não deve ser encarado como tentativa disfarçada de se impor o sistema da tarifação, do tabelamento do dano moral, a exemplo do que pretendia o projeto de lei nº 7.124/02, renumeração dada ao projeto de lei nº 150/99. Este standard, a ser construído, servirá apenas como sugestão, jamais como obrigação para o magistrado, como ressaltado acima.

A equidade se compatibiliza ainda, com o item 4.4, no qual tratei das condições pessoais das pessoas envolvidas. Tanto do ofensor quanto do ofendido. As condições pessoais de um e de outro devem ser preponderantes também na análise do caso concreto. Isso, inegavelmente, privilegia a equidade, o equilíbrio. Uma ofensa irrogada à uma pessoa que viva no meio rural é total e diametralmente diferente daquela que é dirigida a uma pessoa que viva no meio urbano. Principalmente, quando, além de viver no meio urbano ainda desempenhe uma função ou profissão que a faça conhecida de todos. No meio rural, somente os vizinhos tomarão conhecimento do eventual entrevero no qual uma injúria foi cometida. Entrementes, no meio urbano, quando a pessoa goza de notoriedade, um número indeterminado de pessoas ficará sabendo do acontecido, isso quando as palavras ofensivas não são divulgadas pela

Verdadeiro juiz será aquele que se sentir inferior ao seu próximo, pois os que se mantêm humildes permanecem no caminho da retidão. Cristo já advertia: os que quiserem ser os maiores, comecem por serem os menores dentre os menores, pois quem se humilhar será exaltado, mas os que se exaltarem serão humilhados.

imprensa, fazendo com que o evento tome uma repercussão ainda maior. Evidentemente que, nesse caso o bom senso e, portanto, a equidade deverá se fazer presente. A indenização a ser dada àquele que reside no meio rural, ao homem do campo, deverá ser diferente daquela a ser dada ao que vive e desenvolve suas atividades no meio urbano. A deste, evidentemente, deverá ser bem maior, porque o grau de lesividade e a repercussão social que o dano moral teve são, deveras, muito maiores. Claro que, confirmando o que defendi durante todo este trabalho, nunca deverá ser uma fonte de enriquecimento à vítima, pois isso feriria os princípios norteadores da responsabilidade civil e acabaria por comprometer o sistema, a exemplo do que ocorreu nos EUA.

Assim, numa primeira conclusão, a equidade é o equilíbrio, é o decidir de acordo com os princípios do bom senso, da razão humana e, mais do que tudo, consoante o direito, os princípios gerais que dão supedâneo ao mesmo. O rigor da lei, e isso defendemos de forma incontestada, deve ser mitigado pelo bom senso e pelas particularidades do caso concreto.

Desta forma, a equidade deve andar de braços dados com o Arbítrio judicial, com os standards jurídicos e com as condições pessoais e reais dos envolvidos.

Assim, a equidade pressupõe, ou melhor, conduz ao equilíbrio. E, no caso da interpretação, o equilíbrio é conseguido quando a lei se adapta ao caso concreto.

PAULO DOURADO DE GUSMÃO⁴²⁵, em sua obra, faz constar, que a equidade ainda não estava presente no direito positivo. Fez constar ainda, que tal instrumento de julgamento era apenas fonte do direito do trabalho, do direito internacional, também sendo fonte no juízo arbitral, tão somente isto. Porém hoje, essa ausência, certamente, muito sentida pelos magistrados nacionais, foi sanada. Finalmente, com o novo Código Civil, a equidade se faz presente de forma expressa. O parágrafo único do art. 944 é muito claro e indúbio em

⁴²⁵ DOURADO DE GUSMÃO, Paulo, *Introdução ao estudo do direito*, 20 ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1997, p. 69.

sua dicção, nestes termos:

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Vários entendimentos foram sendo exarados, no concernente sobre o que seria a eqüidade. Do que se trata este indigitado, e por que não dizer, tão almejado e procurado instrumento? Os romanos identificavam a eqüidade com o direito natural. Consoante Paulo DOURADO DE GUSMÃO⁴²⁶: "os romanos tinham sempre presente a *aequitas naturalis*, chegando a afirmar que *quod semper bonum et aequum est, jus dicitur* (o direito é sempre o que é bom e equitativo)".

É inegável que a eqüidade deflui da história de um povo. Se a mesma está a significar equilíbrio é inegável e forçoso que se reconheça que cada sociedade, em cada época possui pontos e condições diversas para atingir o equilíbrio. O que é bom para uma sociedade, pode não ser, e geralmente não o é para outra. Cada realidade é consolidada como decorrência de um processo paulatino, jamais abrupto. Nada na história que dependa do homem, portanto, sendo um fenômeno humano, ocorre de inopino. Tudo é fruto de uma constante evolução.

É cediço que nem todas as sociedades evoluem, se desenvolvem de forma eqüanime, no mesmo passo e atingindo os mesmos patamares, ao mesmo tempo. Há vários e diversificados espaços e tempos sociais. Isso significa que: cada sociedade apresenta uma característica espacial própria de desenvolvimento, umas são mais avançadas, tecnologicamente do que outras. Até mesmo o tempo social é diferente, inclusive dentro de uma mesma sociedade. Essa variabilidade de tempos e espaços sociais se deve, fundamentalmente, a um fator de impostergável preponderância e influência, a Educação, que desemboca na Cultura.

As pessoas podem estar convivendo dentro de um mesmo espaço físico e

⁴²⁶ DOURADO DE GUSMÃO, Paulo, *Introdução ao estudo do direito*, 20 ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1997, p. 70.

no mesmo tempo cronológico, mas podem pertencer a espaços e tempos sociais distintos. Os vários estamentos sociais são uma prova cabal e incontestada desta assertiva. Um rico empresário, por exemplo, que frequenta as mais importantes festas, os grandes restaurantes e tem um padrão de vida elevado, pode viver no mesmo espaço geográfico e tempo cronológico que um trabalhador braçal que viva na favela, todavia, inegavelmente, pertencem a espaços e tempos sociais completamente distintos, distantes e antagônicos. Em algumas circunstâncias, dado o estado da mais total e lamentável miserabilidade em que vive o pobre trabalhador, diria que vivem em universos diferentes, diametralmente opostos.

E, sendo o direito um fenômeno social, fruto do relacionamento humano e, originado, gestado para regulá-lo, é forçoso que se conclua e que se reconheça que, a cada tempo e espaço social, corresponderá um direito. Do exposto pode-se concluir corresponder a cada espaço social um tipo cultural de direito. Ora, inegável, assim, que o direito, consoante constitua, de certa forma "uma moral histórica", isso porque a moral é um conjunto de procedimentos, de condutas adotadas por certa sociedade e que se situa em determinado momento histórico⁴²⁷. Se a equidade é uma forma de equilíbrio, de adaptação do direito ao caso concreto e, assim, acredito que o seja, para a correta e justa aplicação da mesma, dever-se-á levar em consideração, no momento de sua aplicação, o tempo e o espaço social nos quais a mesma é conclamada a produzir seus efeitos. Equitativo e, portanto, justo, será o que atender aos reclamos sociais, de tal forma que cada cidadão, ou cada parte da relação processual, tenha a convicção de que, no caso concreto, o direito foi, efetivamente, aplicado e que a solução dada não poderia ser outra, que não fosse aquela. Essa a meta suprema da ciência jurídica, ciência que tem por missão dirimir os conflitos de interesses de forma racional, justa, restabelecendo o equilíbrio social, e por que não dizer, a equidade social.

⁴²⁷ DOURADO DE GUSMÃO, Paulo, *Introdução ao estudo do direito*, 20 ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1997, p. 41.

5.1 Modalidades de Equidade

Ainda nos valendo dos ensinamentos de PAULO DOURADO DE GUSMÃO⁴²⁸, "*a equidade (...) é a justa aplicação da norma jurídica geral ao caso concreto, que impede a transformação do summum jus em summa injuria*".

Todo excesso traz sérias conseqüências, e o que é bom, pode se tornar ruim e, extremamente, prejudicial ao homem. Um exemplo muito simples pode confirmar esta afirmação. A água é fundamental à vida do homem. Isso porque seu corpo é formado de mais de 60% desse precioso líquido. A ausência desse líquido pode causar a morte do homem em razão da desidratação. Por isso, constantemente precisamos estar ingerindo esta substância. Todavia, sempre em pequenas quantidades. A água é muito importante, disso não resta dúvida, mas se uma pessoa ingerir 20 litros de água de uma vez, poderá morrer. As paredes do estômago simplesmente se rompem. Mesmo diante de sua elasticidade, as mesmas não agüentam, justamente em decorrência do excesso a que são expostas. Estamos diante de algo bom, imprescindível para a vida, mas que, em excesso, pode ser extremamente prejudicial. Assim também pode ocorrer com o direito. Para o relacionamento humano, para a vida em sociedade, o Direito é de uma importância transcendente. Creio que seja impossível descrever por palavras o quão fundamental é o Direito. Não concebo a vida em sociedade sem o direito. Talvez assim possa definir a impostergável necessidade do direito. Afinal, *ubi societas, ibi jus* - onde há sociedade deve haver direito.

E aqui se faz necessária uma distinção. O direito não se confunde com a lei. A lei é uma petrificação do direito. Claro que a lei representa uma garantia muito importante, mas não entrarei no mérito desta discussão filosófica no momento. Uma pequena diferenciação deve ser feita entre direito, lei e justiça. Cria-se a lei, como uma forma de se buscar a aproximação máxima com o direito. Este, presume-se, esteja na lei que se cria, sendo esta, pelo menos em tese, a

⁴²⁸ DOURADO DE GUSMÃO, Paulo, *Introdução ao estudo do direito*, 20 ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1997, p. 41.

manifestação da vontade popular. Assim, o direito é a manifestação daquilo que a população de determinada sociedade, em determinado momento histórico, julga como sendo o conjunto de regras de que necessita para a estabilidade e equilíbrio de seu relacionamento. Mas pode ser que a lei vigente não corresponda ao Direito que deveria estar produzindo seus efeitos. Isso porque a lei pode estar muito aquém, ou além do que a sociedade, na qual deva produzir seus efeitos, realmente precise. Assim, a lei é um meio através do qual presumivelmente, a meta, que é o Direito, possa ser atingida. O Direito, por sua vez, não se confunde com a Justiça. Esta é a meta suprema, a que o Direito visa atingir. Pode acontecer que o Direito almejado e pregado por certa sociedade, em determinado momento histórico e, consoante determinados parâmetros, muitas vezes deturpados, não possibilite à sociedade alcançar o fim almejado e por todos perseguido, a Justiça. A lei corresponde ao direito que se almeja, mas este, por se fundar em parâmetros deturpados, não atinge a Justiça, meta suprema. A lei pode variar e, geralmente, varia ao sabor das disputas políticas. O que se pode notar nos últimos anos é uma tendência, cada vez maior, de se querer projetar o próprio nome, e não o de buscar o bem-estar de toda a sociedade, quando se elabora um projeto de lei. O Direito igualmente, também pode ser deturpado de acordo com os parâmetros que se adotam e consoante os quais se busca viver.

Mas, a Justiça, esta é imutável. Em qualquer época, em qualquer sociedade, seja qual for o momento histórico, a Justiça permanecerá imutável⁴²⁹. A Justiça, creio, deve encetar em seu bojo os conceitos da igualdade e da proporcionalidade, como já defendia Aristóteles. Ora, não importa o momento histórico, todos querem ser tratados com igualdade. Avocando a si a titularidade dos mesmos direitos e recebendo a mesma carga obrigacional. Sob este prisma, a diferença entre o *Neanderthalis aferensis*, ou o homem de *Cro-Magnon* e o *Homo sapiens* contemporâneo é nenhuma, pois

⁴²⁹ Claro que aqui estou laborando o conceito de justiça voltado para a ciência jurídica, não descurando do fato de que, uma discussão nitidamente filosófica renderia um livro e, mesmo assim, não poderia esgotar o conceito do que seja justiça, notadamente, se procedesse à análise da Justiça pela ótica dos grandes filósofos. Assim, juridicamente, defendo a imutabilidade do conceito de Justiça.

todos almejam e almejam um tratamento isonômico, igualitário. O homem de *Cro-Magnon* não admitia comer ou beber menos do que seu companheiro de caça, assim como o *Homo sapiens* do mundo contemporâneo não admite ter menos oportunidades de sucesso profissional do que seu semelhante, ou melhor, do que *seu colega de trabalho*. Assim, passem os anos, os séculos ou os milênios, todos almejarão a igualdade. Como se nota de forma muito clara, este primeiro postulado da Justiça é imutável. O que coloca a Justiça num patamar mais elevado. Em não raras situações a aplicação do Direito não impõe a Justiça ao caso concreto. Algo, aliás, plenamente possível, pois o direito é o instrumento para a obtenção da justiça, mas isso não quer dizer que sempre a justiça, por meio do direito, será alcançada. Muitas vezes, uma decisão legal pode ser injusta. Fiquemos com um exemplo bem simples: uma pessoa que empregue em seu estabelecimento comercial ou empresarial uma pessoa de 16 ou 17 anos está prestando um favor social relevante, retirando-a das ruas e ensinando-lhe o valor do trabalho. Entrementes, vejamos o caso de não empregar esse jovem com registro em carteira profissional, pagando-lhe o salário mínimo e garantindo-lhe todos os direitos trabalhistas. Se esse jovem for dispensado, com ou sem justa causa, como por exemplo devido a uma crise financeira do empregador que não tenha mais como mantê-lo, esse jovem poderá acionar seu patrão, seu empregador, judicialmente, e obter uma indenização por falta de registro, a eventual diferença salarial que tenha havido entre o salário, legalmente previsto e o que, efetivamente, ganhava, 13º salário, férias proporcionais, etc. Por mais que esse empregador tenha sido um bom patrão, que tenha ajudado esse jovem, ensinando-lhe uma profissão, preparando-o para o mercado de trabalho, mesmo que tenha ajudado sua família, em um momento de dificuldade, será condenado a arcar com todos os consectários legais. Essa condenação é justa? Pode até não ser justa, mas é legal.

A questão é: nem sempre a letra da lei, aplicada de forma fria, criogênica, traz ao caso concreto a solução mais justa. E aqui se vislumbra a necessidade de um fator de equilíbrio entre a aplicação da letra da lei e os meandros, as particularidades do caso concreto, a necessidade da equidade, deste vetor que

adapta, molda a lei ao caso concreto e que permite a justa aplicação da norma.

Desta forma, como deflui da própria realidade jurídica, a lei, em não raras ocasiões, necessita sofrer esse processo de adaptação ao caso concreto. Afinal, a lei é um produto social, feito da sociedade para esta mesma sociedade. É fato notório que a sociedade evolui em velocidade superior à da lei. Está sempre um passo à frente. Aliás, a lei só evolui, se atualiza, depois que a sociedade evolui. O inverso é inadmissível. Porque a lei tem que atender às necessidades sociais e não a sociedade às necessidades legais. Quando a sociedade é criada para atender à lei, está-se diante do despotismo, da tirania, dos caprichos e desmandos de um imperador qualquer, a exemplo do que, efetivamente, ocorreu em várias épocas da história da humanidade. A liberdade se torna utopia, e a democracia, uma simples fantasia.

Portanto, se a lei tiver que sofrer modificações para atender à sociedade, isso deverá ser feito. Principalmente, na questão atinente à interpretação, para que se possa proceder à adequada aplicação do direito ao caso concreto. Isso é a equidade, é equilibrar o texto expresso da lei com a realidade do caso concreto, nada mais.

Há três formas de equidade: a equidade *secundum legem*, a *praeler legem* e a *contra legem*.

A equidade *secundum legem* é aquela aplicada segundo a lei. É a equidade praticada de acordo com o texto legal, mormente quando a própria lei permite que se apliquem os preceitos da equidade na solução do caso concreto. Nesta hipótese, a lei prevê a aplicação da equidade. E o que se verifica no novo Código Civil (Lei nº 10.406/02). Aqui, a equidade que se vai aplicar, é a equidade *secundum legem*, ou seja, segundo a lei, pois esta a prevê expressamente. O ponto positivo desta modalidade de equidade é que evita discussões mais acaloradas e, não raras vezes, inúteis, sobre a pertinência ou não da utilização desse instrumento. No caso do novo Código Civil, como dito alhures, a equidade está prevista no parágrafo único do art. 944, a ser utilizada, nomeadamente, nos casos de indenização, seja por dano material, ou por dano, ainda que,

exclusivamente moral. Mas claro que pode ser utilizada para muitos outros casos, afinal, é previsão legal. E espero, seja bem utilizada.

A equidade *praeter legem* é a equidade fora da lei. Esta não a prevê de forma expressa, entretanto, deflui da essência do ordenamento jurídico, e da própria realidade social, como dito alhures. O ordenamento jurídico, dentro de toda sua conjuntura e, confrontando-se o mesmo com o caso concreto, impõe a equidade como forma de aplicação justa da norma. No caso do presente trabalho, indenização do dano moral, mesmo diante da ausência de preceito determinando a aplicação da equidade, esta deflui do próprio ordenamento jurídico. A equidade, v.g., é um instituto ausente no Código Civil de 1916 - Lei nº 3.071/16, pelo menos no concernente à indenização por danos morais. Se bem que não poderia dizer, propriamente, que há uma total ausência do instituto da equidade no ordenamento jurídico nacional, notadamente, na área civil, mesmo sob os auspícios do Código Civil de 1916, isso porque, o art. 1.456 do CC/16, assim reza de forma textual e lúcida:

"Art. 1.456. No aplicar a pena do art. 1.454, procederá o juiz com equidade, atentando nas circunstâncias reais, e não em probabilidades infundadas, quanto à agravação dos riscos".

Desta forma, como se nota de forma muito cristalina, já o ordenamento jurídico de 1916 previa a equidade. E deveria ter se estendido a equidade para todo o restante do ordenamento jurídico. Isso por analogia, aplicando a lei em vigor, aos casos em que possa ser aplicada. Evidente que, se uma parte, num processo indenizatório por danos morais, pleitear ao juiz um valor absurdo, milionário, este deverá ser reduzido, pois o direito é concebido para harmonizar as relações sociais, não para desestabilizá-las ainda mais, como já ressaltado.

E assim já dizia e diz, o art. 1.109 do Código de Processo Civil:

"Art. 1.109. O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna".

O que dizer diante disso? Está patente a previsão da equidade. Ora, senão vejamos: "não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita", afasta assim a visão canhestamente positivista do direito, sua interpretação fria, gelada, petrificada; e mais "podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna", essa é a hermenêutica eqüitativa, que se traduz na interpretação e aplicação do direito, da forma mais consentânea com a realidade e as exigências da sociedade. Nosso ordenamento jurídico, desde longa data, prevê a aplicação da equidade. Não consigo entender a razão que supedaneia os que a repudiam, notadamente os legalistas. Não posso deixar de vislumbrar nos que se recusam a interpretar a lei, a presença de uma certa preguiça mental. Deveras, é muito mais fácil aplicar a letra da lei, sem se importar com os efeitos que isso irá produzir.

Mas, talvez possa tentar adivinhar o motivo da repulsa. Em primeiro lugar, devo dizer que o legalista é, por demais apegado à lei. Não consegue enxergar e vislumbrar o sentido sociológico da mesma. Assim, diante dessa assertiva, creio que o ponto de entrave dos legalistas seja o art. 127 do CPC, que está sob a rubrica "Dos Poderes, dos Deveres e da Responsabilidade do Juiz", que assim reza de forma textual:

"O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lá".

Pronto! Foi o quanto bastou para que se desse ensejo ao repúdio. E pode-se argumentar: isso é um prato cheio para os legalistas entenderem que os casos citados previam expressamente a utilização da equidade, portanto, naquelas hipóteses e, somente nelas, a equidade poderia ser utilizada. O que é uma visão retrógrada de toda a sistemática jurídica, e que apenas vem conspurcar os objetivos máximos do direito e da processualística, que é decidir de forma a dar ao caso concreto a justa aplicação da norma, para que o equilíbrio social possa ser restabelecido. Conselho aos que se recusam a interpretar a lei de forma eqüitativa: se um homem tem um cérebro e se recusa a usá-lo, não deveria ter um, já que a medula espinhal lhe basta, (parafrazeando Albert Einstein no livro "Como vejo o mundo").

Jamais o bom senso poderia vir em demérito, ou em prejuízo da ordem social e de toda a sistemática jurídica.

Mas, agora, escamoteando qualquer dúvida, o legislador do novo Diploma Civil, saciando as sandices dos legalistas, houve por bem prever de forma expressa, para o caso da indenização do dano moral, a aplicação da eqüidade. No que andou bem e merece os mais sinceros aplausos.

Entretanto, mesmo que não tivesse feito essa previsão de forma expressa, como já ressaltado, a eqüidade é um instrumento que se impõe por sua própria natureza. E mesmo diante da ausência legislativa, defendo a aplicação da eqüidade, da eqüidade *praeler legem*. Está fora da lei, é bem verdade, mas da lei petrificada e estagnada pelos códigos e demais diplomas legais, mas, certamente, não está fora da lei natural, daquela que flui da própria natureza das coisas, da essência humana. Aliás, a eqüidade é a coluna vertebral da justiça.

Finalmente, há que se ressaltar uma última modalidade de eqüidade, a *contra legem*. E aqui o ângulo de discussão se amplia e ganha vértices tão amplos que jamais se chegará a uma solução que atenda a todos os ânimos. A eqüidade *contra legem* é a eqüidade "contra a lei". É a modalidade de interpretação que vai de encontro a tudo aquilo que a lei prega como correto e como regra de conduta a ser seguida.

Os que defendem a aplicação desta modalidade de eqüidade defendem que chega um momento em que a lei está tão desgastada, tão vergada pelo tempo, que não mais consegue atingir os objetivos para os quais foi criada. Muito ao contrário, se continuar a ser aplicada, o risco de que a injustiça impere no caso concreto é certo. Então, diante desse desgaste da lei, dessa sua petrificação, dos efeitos criogênicos que passa a propagar pelo meio jurídico, impõe-se que não mais seja aplicada ao caso concreto, dando-se ao caso a solução que for mais justa. Filosoficamente, a solução se impõe de forma perfeita. Deveras, o desrespeito da lei, em várias circunstâncias, é uma prova cabal de que, aquela lei, elaborada para cumprir um determinado mister, para

solucionar um determinado conflito de interesses, qualificado por uma pretensão resistida, a lide, restabelecendo o equilíbrio social, não mais se presta a tal fim. Portanto, se sua utilização, ou melhor, se sua aplicação e fonte de injustiça e de soluções esdrúxulas, que, ao invés de restabelecer o equilíbrio proporciona ainda mais transtornos, mais conflitos, então é chegada a hora de mudar essa lei.

Contudo, deve se deixar bem claro que a aplicação da equidade *contra legem* tem lá os seus riscos e se adotada deve ser o aplicador do direito o mais comedido possível. Se, por um lado, é uma atitude nobre buscar sempre a justiça, dando a solução justa ao caso concreto, que realmente proporcione às partes envolvidas um sentimento de satisfação, de aceitação da solução que foi dada ao caso *sub judice*, não menos verdade é que tal solução deve ser aplicada com muita parcimônia e cuidado. O magistrado, ao julgar o caso que lhe é apresentado, deve julgar de acordo com a lei, mas se esta for ineficaz, deverá se valer dos permissivos de complementação da lei, encartados na própria legislação, como a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. E agora, mais especificamente, com o novo Código Civil, deve se valer equidade, mas jamais o magistrado poderá julgar o caso que lhe é submetido consoante suas próprias idiossincrasias. E o magistrado jamais poderá julgar, consoante sua opinião, mas sim, se a lei não puder dar ao caso concreto a solução que mais se aproxime dos ideais de justiça, pelo menos que se utilize daqueles princípios imutáveis da justiça e do direito. Tais princípios não se confundem com achismos e meras opiniões pessoais, mas sim, reverberam e refletem soluções secularmente justas que, aplicadas ao caso submetido ao pretor, na antigüidade e na idade intermédia, e, mais modernamente, ao juiz, propiciam o restabelecimento do equilíbrio social.

Os princípios gerais do direito têm uma força tão grande que conseguem convencer e satisfazer o espírito, a ânsia de justiça até mesmo dos mais humildes que, na maioria das vezes, nem mesmo instrução letrada tiveram. Talvez possamos esclarecer um desses princípios impostergáveis, fazendo menção ao secular brocardo - "*Dar a cada um aquilo que é seu*". Repetido

inclusive, pelo próprio Jesus Cristo quando pela Terra passou, quando disse: "Dê a César o que é de César". Isso confirma a assertiva de que os princípios gerais, informadores e inspiradores do direito, transcendem ao mero achismo, à mera opinião pessoal, podendo ser aplicados sem receio.

É muito arriscada a equidade *contra legem*, pois como ressaltado, há certos profissionais, que, por se sentirem superiores aos seus semelhantes, acabam cometendo certos abusos no momento do julgamento. Se permitir a utilização dessa modalidade de equidade, haverá o risco de que esses abusos aumentem. Felizmente o número de excelentes profissionais suplanta em muitos os que exercem esta função de alta responsabilidade apenas pelo prestígio, mas ainda há, e enquanto houver o risco, todos os expedientes que puderem ser utilizados para se evitar esses abusos devem ser utilizados. Se, sob o império da lei, que obriga o juiz a se manter dentro dos limites traçados pelo legislador, esses abusos já se verificam, imagine o que acontecerá se se permitir que o magistrado possa se valer da equidade *contra legem*. Muito provavelmente, na sentença, alguns utilizarão a expressão "assim julgo, porque assim, acho que deva ser". Desta forma o juiz estará expressando mera opinião pessoal, em detrimento da lei, elaborada pelo povo, mesmo que indiretamente (pelo menos em tese), e conspurcando o objetivo máximo e fundamental do processo que é restabelecer o equilíbrio social, tudo isso, em desprestígio da justiça. A opinião, na maioria dos casos, inobserva os mais basilares conceitos de lógica, de bom senso, de verdadeira equidade. A imparcialidade do magistrado é algo que deve se impor. Claro que, tratando-se o magistrado de um ser humano, eivado que está das mesmas virtudes e vicissitudes de qualquer mortal normal, nem sempre haverá imparcialidade, não envolvimento do magistrado com o caso que lhe é submetido. Evidente que o magistrado nunca ficará totalmente à margem do caso, acastelado em uma ilusória imparcialidade, todavia, deve, e isso é um imperativo para a própria justiça, agir com respaldo no bom senso, na racionalidade, de forma objetiva. Para tanto, e de suma importância que adquira o mais rápido possível, conhecimentos filosóficos, sociológicos, psicológicos, químicos, físicos, biológicos, históricos, geográficos, enfim, um conhecimento humano amplo para que possa julgar da forma mais consentânea possível com

os ideais de justiça. Isso porque o profissional do direito, o protagonista do direito, deve ter uma visão ampla da realidade, do mundo. Disse de forma muito lúcida a Dr.^a Rosana Chiavassa, conselheira federal da OAB, em palestra proferida na FAI, em data de 15 de outubro de 2002 o seguinte: "O médico estuda seis anos e só conhece o corpo humano, o advogado estuda cinco, e tem que conhecer o mundo todo". Palavras de uma proficiência indescritível, pois, de fato, os que se dedicam ao estudo do direito, se quiserem lograr êxito na missão que escolheram, na ciência a que se propuseram a estudar, incansavelmente, objetivando fazer algo pela humanidade, têm que conhecer o mundo, têm que ampliar a cada dia os horizontes de sua realidade. E isso só pode ser feito por meio do contínuo e incansável estudo, da eterna busca pelo conhecimento.

Confirmando isso, GOFFREDO DA SILVA TELLES JÚNIOR⁴³⁰, diz que o estudo de todas as matérias que compõem o grande complexo do conhecimento humano, todas, indistintamente, *"são leituras obrigatórias para aqueles que pretendem se tornar juristas, fundamentais que são para conhecer a natureza humana"*, conforme noticia o jornal. Disse ainda *"na faculdade estudam-se muitas matérias, mas só se estuda uma disciplina: a da convivência. E a disciplina da convivência, ensina, é a do respeito de uns pelos outros, que tem seu primeiro fundamento no amor pelo próximo"*. Em três linhas, GOFFREDO TELLES JÚNIOR acaba de traduzir toda a ciência do Direito. E o Direito é justamente isso, a ciência da convivência humana, do relacionamento humano, estudando, buscando mecanismos e regras comportamentais que, aplicadas no cotidiano tornem a convivência mais digna, menos cheia de atritos, de tal forma que as pessoas se pautem pelo respeito mútuo. E assim, sendo a ciência do Direito uma ciência que estuda a convivência, deverá o cientista do direito, porque o direito é um laboratório, versar-se em todos os ramos do conhecimento, pois os problemas sobre os quais o protagonista do direito será chamado a se debruçar, envolverão tudo o que já se conhece e tudo o que um dia se virá a conhecer. Daí a imperiosa e inafastável necessidade de se estar, diuturnamente, procedendo-se às mais elevadas elucubrações. Assim, como se

⁴³⁰ Em reportagem publicada pelo Jornal Tribuna do Direito, edição de Outubro de 2002, pág. 28.

vê, a necessidade do amplo conhecimento se impõe, principalmente, aos magistrados, pois são os responsáveis pelo conhecimento direto dos mais variados problemas humanos e, mais do que isso, pelo julgamento dos mesmos. Ora, só se pode julgar com conhecimento de causa, não há a mínima possibilidade de se julgar aquilo que não se conhece, e se acreditar que o julgamento tenha sido justo e mais, querer que as partes aceitem de forma pacífica a solução dada ao caso concreto, e também que não demonstrem descontentamento e irresignação.

E uma constatação triste deve ser feita: a forma como os candidatos à magistratura vêm sendo preparados peca em vários aspectos. Os mais variados cursos preparatórios ensinam apenas um conteúdo legal, positivado, se bem que é este tipo de conhecimento que os concursos exigem, mas, onde ficam as questões filosóficas, sociológicas, humanas? Como já ressaltado, o magistrado exerce um mister cuja significação e importância transcendem a significação do cargo que ocupa. Claro que há uma grande maioria de magistrados empenhados em dar ao processo o verdadeiro cunho humano que o mesmo possui, mas o ideal seria que todos, indistintamente assim o fizessem.

Desta forma, diante deste despreparo de muitos, a equidade *contra legem*, deve ser evitada. Se a lei se mostrar inócua, sem efeito, inútil para a solução do caso concreto, outra lei deverá vir para substituí-la, mas a decisão, totalmente divorciada da lei, salvo quando escudada na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito, deve ser evitada, pelo menos por enquanto.

A equidade *secundum legem* e a *praeter legem* devem ser amplamente utilizadas, pois a equidade nada mais é do que a interpretação da lei, consoante a realidade de cada caso. A busca do equilíbrio. Uma modalidade, a primeira, prevista em lei, a segunda, não obstante a ausência de previsão expressa na lei escrita, codificada, deflui da própria essência das coisas. Se bem que agora, a lei já a preveja, pelo menos no campo civil.

5.2 Equidade no Novo Código Civil

Toda a discussão acerca da aceitabilidade ou não da equidade, enquanto instrumento viabilizador do equilíbrio nas decisões judiciais, objetivando a prolação de decisões equânimes com a realidade, deve perder um pouco de sua carga de repulsividade, diante de previsão expressa feita pelo legislador de 2002. É obvio que todas as discussões teóricas sempre terão seu papel de relevância, pois é por meio da discussão, da contínua e constante troca de idéias e informações, que se aclaram os problemas, entretanto, é forçoso que se reconheça que discussões há que, ao invés de dissipar as trevas, acabam trazendo ainda mais neblina e obscuridade aos problemas que se quer resolver. Há declaradamente, discussões inúteis que benefício ou desenvolvimento algum trazem à realidade e, principalmente, à humanidade. Exemplo incontestado disso, cito o que ocorreu durante a Idade Média, quando a Teologia não era apenas uma ciência, mas "a" ciência. Tanto isso é expressão de verdade, que os grandes pensadores da Idade Média eram versados em Teologia. Nessa época, a Igreja que então tinha uma forte hegemonia, passava o tempo todo discutindo assuntos sem a menor relevância para o desenvolvimento da humanidade. Assuntos como quantas penas tem as asas de um anjo, qual o sexo dos anjos, qual a anatomia de Deus, e por aí fora. Qual a importância de se saber se um anjo é macho ou fêmea, ou homem ou mulher? Em que isso nos interessa? O grande São Tomás de Aquino, em que pese sua autoridade e contribuição para o pensamento teológico, escreveu uma obra chamada Summa Theologica, uma obra de onze volumes, na qual o mesmo discute assuntos como a hierarquia dos anjos, sua escala de importância e assuntos correlatos. Qual a importância disso? Conhecimento que, no mundo prático, não serve para muita coisa. Não se constrói um parafuso com o conhecimento contido em

referida obra. Assim, inegavelmente, há pessoas, e grupos de pessoas que até dariam bons intelectuais, mas que passam a vida a discutir mesquinhas e mediocridades, a se debruçar sobre assuntos inúteis, o que acaba por fazer com que tomem posturas retrógradas, que apenas causam atraso ao desenvolvimento da sociedade.

E, deveras, a posição, *concessa venta*, dos legalistas e positivistas, extremamente apegados à letra fria da lei, e a seus efeitos criogênicos, que se colocavam e colocam, contrariamente, à equidade, mostrou-se uma discussão inútil, e tomara que tenha perdido força e terreno, diante, agora, de expressa previsão legal.

Assim reza o parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil:

*Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, **eqüitativamente**, a indenização.*

Como deflui da dicção do artigo supra citado, a equidade adentrou o ordenamento jurídico civil brasileiro. Não se justifica mais a postura retrógrada da repulsividade a esse importante instrumento de equilíbrio, de adequação da lei ao caso concreto. O artigo em referência prevê a equidade *secundum legem*, ou seja, a equidade segundo a lei, isso, em decorrência de expressa previsão legal. É a equidade que decorre da lei, da letra da lei.

Vislumbra-se aqui, um argumento muito importante e contundente contra o posicionamento da ala mais extremada da ciência jurídica. Se o que os legalistas pregam é o apego irrestrito à lei, diante da expressa previsão que foi feita pelo legislador de 2002, não há mais argumento plausível para se repudiar a utilização da equidade, isso porque agora, a mesma é lei. Decorre da lei. Mesmo que se proceda a um apego exegético, ou seja, um apego à interpretação de palavra por palavra da lei, não há mais como negar ou repudiar a equidade. A mesma, agora, é lei.

Entrementes, mesmo que o novo Código Civil não tivesse feito uma

previsão expressa da eqüidade, a mesma deveria estar sempre no espírito do julgador. Seria a eqüidade *praeter legem*, fora da lei, mas da lei escrita, codificada, jamais da lei natural, da lei em seu espírito, encarada enquanto instrumento viabilizador da convivência humana.

Assim, fica definitivamente insculpido no ordenamento jurídico civil brasileiro, a eqüidade, e espero que os magistrados, dela façam bom uso.

5.3 Equidade e Dano Moral

O mundo contemporâneo teve um desenvolvimento sem precedentes. Nem tanto pela questão da globalização, pois, dizer que o fenômeno da globalização é um fenômeno recente, não chega a ser uma informação verdadeira, porque, já na Idade Média, os mercados que se realizavam próximos aos feudos que congregavam comerciantes do mundo todo, já traçavam os esboços preliminares do fenômeno inegável da globalização. Sabe-se que esse fenômeno ainda não havia se dinamizado tanto, entretanto certo é que não se trata de processo recente. Houve apenas a intensificação de algo que se faz presente, desde longa data, até porque o processo de globalização é inevitável. Sendo o homem, para usar a expressão de Aristóteles, um "animal gregário", que tem a necessidade imperiosa de estar constantemente em contato com seus pares, é evidente que sua tendência e a aproximação com outros povos, numa constante troca de informações, de aprendizado, de cultura. É inerente ao homem a necessidade de se relacionar com todos os seus semelhantes. O fator econômico também é preponderante na agilização do relacionamento e, portanto, da globalização. Nem todos os povos, em seus respectivos países, produzem tudo de que necessitam para sobreviver. Logo, diante disso, o relacionamento, objetivando a troca de produtos, de riquezas e, principalmente, de alimentos, também é fator que corrobora e impõe o estreitamento das relações internacionais. E decorrência inevitável é que as pessoas, ao se

relacionarem, acabam discordando sob alguns aspectos da vida e do mundo pois é fato notório que as pessoas possuem pontos de vista distintos. Impossível que todos concordem sempre, a todo momento, sobre todos os fatos, assim destes relacionamentos podem surgir conflitos.

E é função do Estado, por meio do Poder Judiciário, resolver esses conflitos, objetivando restabelecer o equilíbrio social.

Esses conflitos podem ser da mais variada ordem. Sejam pessoais, patrimoniais, políticos, filosóficos, enfim, de toda ordem. E há condutas que devem ser reprimidas através da imposição, ao agente violador da esfera de liberdade alheia, de uma sanção. Mas, será que todo o conflito deve gerar a imposição de uma sanção? Acredito que não. Devem ser reprimidas apenas as condutas que, efetivamente, tenham causado algum dano a alguém. Pelo Princípio da Ofensividade Jurídica, princípio que vem ganhando força no Direito Penal, e que prega que somente as condutas que, realmente, produzam um dano efetivo devam ser punidas. Creio que este princípio deve ser estendido para todos os ramos do direito, até mesmo ao civil, pois somente as condutas realmente lesivas, isto é, que tenham produzido um efetivo dano, devem ser reprimidas e sancionadas pelo ordenamento jurídico.

O dano moral é das modalidades mais discutidas, dado seu caráter extremamente subjetivo. O grande problema, o ponto nevrálgico, reside na mensuração, no valor a ser atribuído, a título de dano moral, afinal, consoante já ressaltado alhures, o dinheiro é o instrumento utilizado, para a compensação do dano em razão de sua uniforme aceitação. O que se pretende não é dar um preço à dor, mas, atribuir ao lesado uma espécie de compensação pelo injusto mal que sofreu.

Sabe-se perfeitamente bem que o homem é um artista nato. Não foi sem razão que Shakespeare disse: *"A vida é um palco, e homens e mulheres não mais que meros atores"*. O homem, em decorrência de sua racionalidade e de seu poder imaginativo, tem uma capacidade de inventar situações que, certamente, não encontra similar na natureza.

Como já ressaltado, o dano moral é aquele que fere a alma do ofendido, seu espírito, sua honra, sua dignidade, seu conceito perante si mesmo e perante toda a sociedade. Uma vez que alguém sofra uma lesão de tal ordem, tem o direito de ver o infrator julgado e condenado a lhe pagar uma verba que compense, ou melhor, que amenize a dor, o constrangimento, a que, injustamente, foi submetido. O dano moral, como já ressaltado alhures, é de difícil constatação, em razão do fato de não se exteriorizar no mundo fático, no mundo material. Não se vê o dano moral, ele só pode ser sentido. E, evidentemente, o único habilitado para sentir o dano moral é a vítima. Mas, como também já ressaltado nesta obra, a aferição das provas do dano moral, não obstante oferecer dificuldade, não é impossível. Diante disso, inegavelmente pode-se dizer que, principalmente, levados pelo sentimento de cupidez e de locupletação, muitos são os que vão fingir o sofrimento para obterem, perante o judiciário, uma indenização, numa flagrante e reprovável postura de mercância da honra, da dignidade, da moral. E é através da equidade que o magistrado deverá sopesar o que realmente ocorreu e o que alega a vítima, para concluir pela procedência ou improcedência da pretensão que lhe foi apresentada.

Assim, no mundo moderno, dada a intensa aceleração do relacionamento humano, em decorrência do fenômeno mundial da globalização, e mais, jungido a isso, o lado obscuro do ser humano, o lado que o leva a fingir, a ludibriar, a enganar, a equidade se mostra importante e fundamental arma para o combate a esta vicissitude humana. Por meio da equidade, o juiz deverá dar a cada um o que é seu, e àqueles que nada merecerem, não deverá dar coisa alguma.

Objetiva-se com este instrumento o seguinte: se o homem não se sente encorajado a se pautar pela honra, dignidade e justiça, e mais, pela verdade, que, pelo menos seja compelido a isso, através, principalmente, do estabelecimento de sanções para os casos em que se constatar sua má fé, quando age, tão simplesmente, para lesar e se beneficiar, injustamente.

6 Maneiras de Reparação do Dano

6.1 “*In Natura*”

Impossível a pretensão da reparação *in natura*, quando o assunto é dano moral. Reparar naturalmente uma lesão é colocar em seu lugar exatamente aquilo que foi danificado.

Num caso de dano material, por exemplo, em que um vaso é danificado, o ofensor é condenado a repor em seu lugar um outro vaso com as mesmas características do que foi destruído, incluindo o mesmo tamanho, a mesma cor, o mesmo material do qual o vaso danificado era feito e, pronto, a reparação *in natura* deve satisfazer, plenamente, a parte lesada. Com a vantagem, ainda, de ter em mãos o mesmo objeto, só que mais novo⁴³¹.

⁴³¹ Claro que, se o vaso danificado for uma antigüidade, a situação sofre uma mudança

Entretanto, quando a questão é danos morais, a mesma situação se torna inviável.

O abalo moral pode tomar proporções tão incomensuráveis, que se torna impossível a apuração de sua extensão para questões de determinação de seu "*quantum*". "A psique humana possui uma estrutura tão complexa e intrincada, que a compreensão da mesma em seu aspecto mais restrito até hoje foi impossível. E composta de muitos e variados compartimentos. A estrutura comportamental humana é imprevisível, inconstante e volátil. Dada toda essa complexidade, até mesmo ao mais sábio e experiente dos psicanalistas seria utópica a pretensão de se querer dar ao lesado o pronto e cabal restabelecimento de seu "*statu quo ante*". Uma vez produzido o dano, suas conseqüências, imediatamente, e de forma violenta, se espalham por toda a superfície pessoal e social da vítima.

A ferida pode se curar, mas as cicatrizes permanecerão "*ad eternum*" na vida social, afetiva e psíquica da pessoa. Ao ver a cicatriz, a sensação da dor voltará com a mesma intensidade e veemência, como se a mesma estivesse sendo produzida naquele momento. Pode-se dizer que o processo de cicatrização deste tipo de ferimento se dá da seguinte forma: produzida a lesão, seus sulcos atingem, não raras vezes a própria alma. Iniciado o processo de cicatrização, dada a profundidade e violência das lesões produzidas, a cicatrização se dá apenas na superfície, ficando seu interior inflamado e dolorido. Qualquer movimento brusco aciona o mecanismo de dor, e, novamente, a sensação de desconforto e desprazer vem à tona. As feridas da alma são de difícil cicatrização.

Sobre a reparação *in natura*, assim se manifesta o saudoso professor PONTES DE MIRANDA⁴³²:

consoante se verá mais adiante. No caso de bem insubstituível, haverá, como já ressaltado alhures, uma reparação do prejuízo de afeição que, certamente, funcionará como indenização por danos morais.

⁴³² MIRANDA, Pontes de, *Tratado de Direito Privado*, 3ª ed, Ed. Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, t. LIII, 1972, p. 251.

(...) Tem-se de recriar o estado de coisas que no momento (já) não existe, mas, primariamente (sic), pela restituição do inexistente pelo que existe. Se foi quebrada a estátua de A que B esculpira, a reparação somente (sic) pode ser com outra estátua de A, se B fizera duas iguais.

(...) A satisfação há de ser completa, integral, se possível; não basta, em princípio, a reparação econômica (sic). (...) De qualquer modo, a "ratio legis" consiste em se assegurar ao lesado a situação econômica e social (principalmente moral) que teria o lesado se o fato ilícito absoluto não tivesse acontecido. Se a reparação natural é praticável, a ela é que se há de condenar o lesante.

A perda de uma estátua é uma perda econômica, patrimonial, material. No mesmo exemplo, se realmente, se verificar dano moral, a reparação *in natura* pode, em certos casos, ser difícil, ou até impossível.

Fiquemos com o seguinte exemplo, para se ter uma idéia da dimensão da problemática.

Suponha-se que o indivíduo "A" possua uma estátua que foi esculpida por seu bisavô e que está em sua família há várias gerações. Se o indivíduo "B" a quebra, como será possível a restituição de tal objeto?

Um outro exemplo: suponha-se uma neta cuja única lembrança que possui de seu falecido avô é uma escultura, feita pelo mesmo, que guarda com tanto zelo e carinho. Um indivíduo de sentimentos amesquinados e sem o mínimo respeito aos sentimentos alheios, intencionalmente, destrói a única recordação que a neta tinha de seu avô. Reduz a bela escultura a pedaços irreconhecíveis, no mais condenável dos gestos desumanos. Isso produz na neta uma dor tão forte e profunda, que é como se estivesse novamente perdendo seu avô. Uma nova perda, tão intensa e devastadora quanto a perda do próprio ente querido. Ousa-se perguntar: como reparar tal dano a esta neta de forma natural? Como restituí-la ao estado anterior? Como amenizar seu sentimento de dupla perda?

A resposta é muito singela: não há como restituir tal dano. Ao se lembrar do avô que se foi, estará sofrendo; e ao se lembrar da perda da única recordação que tinha de seu avô, estará sofrendo novamente, portanto um duplo sofrimento. Mesmo que o ofensor seja condenado a restituir uma escultura similar à que foi destruída, cujo valor seja dez, cem ou mil vezes superior, jamais terá o condão de reparar a lesão sofrida por aquela neta.

O novo sentimento de dor, de perda, a acompanhará para o resto de sua vida.

Os posicionamentos extremados, em regra, apenas possuem o mérito de trancar e estagnar o desenvolvimento, não apenas da Ciência Jurídica, como também de qualquer ramo do conhecimento humano. Todavia, *in casu* é inafastável que se reconheça a impossibilidade da reparação *in natura*, dada a complexidade da estrutura psíquica e a profundidade das lesões produzidas .

Todavia, pode se admitir, uma conjugação entre reparação *in natura* e reparação pecuniária. Figurem-se os casos das notícias falsas que são veiculadas pela imprensa, nos quais o ofensor faz divulgar notícia falsa que calunie, injurie ou difame a vítima.

Aqui sim, na condenação, o juiz pode e deve determinar que o ofensor faça publicar notícia desdizendo o que havia dito. Trata-se de uma retratação, na qual peça desculpas à vítima e comunique à sociedade na qual a notícia circulou, que o fato que irrogou à vítima, caluniando-a, difamando-a ou injuriando-a é falso⁴³³. Quando for o caso, também a sentença pode determinar que o ofensor recolha os exemplares em que se verificou a ofensa. E, como

⁴³³ Essa prática é adotada nos Tribunais Brasileiros. Na Apelação Cível Nº 0018391-95.2006.8.19.0031, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em um caso de divulgação de notícia falsa em site oficial do município e em jornal, sobre a suposta participação de um servidor público em um crime, condenou os demandados a efetuarem retratação no site referido, bem como nos jornais em que havia sido publicada a notícia inverídica.

Também na Espanha os Tribunais reconhecem a importância da publicação para desmentir a falsa notícia. Exemplo típico é a Sentença do Tribunal Supremo Espanhol, de 20 de fevereiro de 2002 (RJ 2002/1180), em um caso de publicação inverídica a respeito da venda de uma empresa, em que a demandada foi condenada a pagar as despesas suportadas pela empresa autora para desmentir a notícia falsamente publicada.

complemento pela transgressão da esfera privada alheia, seja condenado a pagar determinada soma em dinheiro para que a mesma faça às vezes de um lenitivo, um bálsamo que amenize a dor a que a vítima, injustamente, foi submetida.

E aqui se adere completamente às palavras de PONTES DE MIRANDA⁴³⁴, quando diz que *“Se, com a reparação em natura, não se obtém a volta ao estado econômico anterior, o legitimado ativo pode escolher entre a reparação em natura mais o elemento pecuniário que complete a reparação, ou a reparação somente pecuniária. Frise-se a combinação de pressupostos — um necessário, e outro, optativo para a reparação em natura: possibilidade e suficiência. O segundo mostra que os dois critérios, o da reparação em natura e o da reparação pecuniária, não são critérios incompatíveis. Se o que o responsável presta não atinge, em valor, o que teria de ser reparado, há a prestação em natura e o plus pecuniário”*.

Entretanto, não é apenas porque não é possível o cabal restabelecimento da situação anterior, que se vai deixar a vítima sem uma reparação, ou melhor, uma compensação. Algo que funcione como um lenitivo (aquilo que suaviza), para a intensa dor à que foi, injustamente, submetida. Assim, mister se fez no exemplo que se procurasse um meio, um instrumento que, razoavelmente pudesse proporcionar algum prazer à vítima. E o instrumento eleito, como já tivemos oportunidade de dizer linhas acima, foi o dinheiro. Isso porque, como também já ressaltado, o dinheiro, no mundo capitalista, é o instrumento por todos aceito. Assim, passemos à análise desta forma de reparação.

6.2 Pecuniária

Dada a circunstância de ser, praticamente impossível o estabelecimento do

⁴³⁴ MIRANDA, Pontes de, *Tratado de Direito Privado*, 3ª ed, Ed. Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, t. LIII, 1972, pp. 252/253.

"*status quo ante*" em se tratando de danos morais, outros instrumentais deveriam ser utilizados para que houvesse uma satisfação dos danos morais. Devido à circunstância de se viver em um sistema eminentemente capitalista, o dinheiro se mostrou um bom recurso como instrumento viabilizador de proporcionar alguma satisfação ao lesionado. Um recurso que, disponibilizado ao mesmo, pode fazer com que se lance em busca de outros meios que venham amenizar o sofrimento que o tenha assolado. Sabe-se perfeitamente bem que o homem possui necessidades a serem satisfeitas. E satisfaz essas necessidades, não apenas movido pelo sentimento de sobrevivência, mas também por uma questão de prazer pessoal. Há necessidades de urgência e necessidades de conveniência. As necessidades de urgência dispensam qualquer tipo de comentário, pois nós as conhecemos muito bem. Entretanto, ao lado destas, há as necessidades de conveniência. E, a cada dia, o orbe de necessidades de conveniência vai aumentando paulatinamente. Principalmente, tendo em vista o desenvolvimento tecnológico cada vez mais crescente. Dentre as necessidades de conveniência, pode-se citar o ir a um cinema, fazer uma viagem, comprar um determinado bem que cause agrado, dentre outros. É inegável que esses bens trazem certo conforto, não apenas de ordem física, mas também, de ordem mental. Afinal, é inquestionável que uma bela viagem, por exemplo, a Veneza ou Paris, traz um grande conforto e faz esquecer, mesmo que por curto espaço de tempo, as agruras da vida.

Para CHRISTINO ALMEIDA DO VALLE⁴³⁵, o que há é meio pelo qual são favorecidas sensações, escopando atenuar ou amenizar os efeitos do padecimento pelo qual passou o ofendido. O dinheiro é a via indireta, para proporcionar sensações de alegria.

O que já é muito positivo e importante, pois os mais variados processos neuróticos e psicóticos se dão, justamente, pelo fato de um determinado pensamento estar constante e diuturnamente pressionando a mente de uma determinada pessoa. Suas forças acabam sendo minandas e a perturbação de ordem mental se faz presente. Para suportar os problemas da vida, realmente é necessário um esforço mental, mas este esforço mental não pode ser constante e

⁴³⁵ ALMEIDA DO VALLE, Christino, *Dano Moral*, 1ª ed, Ed. Aide, Rio de Janeiro, 1999, p. 94.

ininterrupto por toda a vida. O cérebro, e ainda mais, a psique humana, necessitam de intervalos mais ou menos constantes de repouso e recarregamento. Assim atua a psique humana.

Mas, para se satisfazer estas necessidades de conveniência ou urgência, é necessário um instrumento viabilizador das mesmas. E, no sistema capitalista, esse intermediário, ou melhor, esse instrumento, é o dinheiro.

Não se pode perder de vista, ainda, o fato de que a reparação pecuniária é um excelente instrumento amenizador do sentimento de vingança, que é inerente ao homem. Quando uma pessoa é afrontada, desrespeitada, vilipendiada ou tem um de seus direitos fundamentais violado, nasce, imediatamente, em seu íntimo, um sentimento de vingança. Um desejo de que o ofensor seja submetido à mesma situação a que foi, injustamente, submetido, ou que seja submetido à situação muito mais injusta, mais humilhante e violenta. Outras vezes ainda, e é justamente aqui que se depara com sua natureza selvagem e irracional, sente a vontade incontrolável de fazer justiça pelas próprias mãos. De ter o ofensor entre as mãos e desferir no mesmo golpes mortais que façam o inimigo sofrer, e se possível, de forma lenta e dolorosa⁴³⁶. Esse sentimento é parte da natureza humana. Isso é o que o homem é. Um ser que somente deixa seu estágio primitivo, bestial e selvagem, por meio da educação. Foi longo o processo evolutivo empreendido pelo homem desde o seu surgimento na face da Terra, para que conseguisse domar a si mesmo. Para que conseguisse controlar seus instintos. O que houve foi um

⁴³⁶ A verdadeira evolução humana reside, fundamentalmente em se buscar o autoconhecimento, ou como dizia Sócrates - conhece-te a ti mesmo. A verdadeira liberdade humana reside em se lutar contra os próprios instintos, pois quem se deixa levar pela explosão de raiva e vingança é, em realidade, um escravo de si mesmo. Volto a dizer novamente que, se as pessoas cultivassem mais o amor pelo próximo e exercessem algo chamado respeito mútuo, certamente, hoje, o Direito poderia ser resumido em poucas regras de conduta, mas, não se pode negar a realidade. O homem ainda tem muito a aprender sobre si mesmo e sobre o amor. O amor e o verdadeiro Dom Supremo, o verdadeiro Sentimento Criador e somente com base no amor ao próximo, um amor absoluto, puro, verdadeiro, não exigente, mas caridoso, não invejoso, mas bondoso e prestativo a humanidade poderá atingir a verdadeira evolução e se dizer realmente civilizada. Mas, enquanto a maior parte das pessoas se recusar a aprender as verdadeiras lições da Vida, teremos que conviver com um amontoado de regras e leis. Todavia tenho esperança na humanidade, alias, esperança é algo que não podemos perder nunca, pois a esperança é o fôlego que infla nossos pulmões para que possamos continuar a lutar por um mundo melhor, onde a verdade impere e o amor seja uma constante.

processo de auto-domesticação. O homem teve que se auto-domesticar para que pudesse viver em sociedade. Mas, apesar de ter conseguido esta grande façanha, domar seus instintos, evidentemente não conseguiu extirpá-los de seu corpo, de sua mente. E, em não raras ocasiões, novamente, se vê frente à força arrebatadora de seus próprios instintos que tenta, violentamente tomá-lo e fazer com que cometa os mais surpreendentes atos irracionais e selvagens. Os instintos são um fantasma com o qual o homem civilizado terá que conviver eternamente.

Assim, o que se tenta ante essas situações que funcionam como estopim detonador dessa grande bomba, que são os instintos humanos, é a busca de um meio, de um instrumento que sirva de exaustor, que possa aplacar estes sentimentos de raiva e ódio. E, no sistema capitalista, como se disse alhures, este instrumento é o dinheiro.

Destarte, para aplacar esse sentimento selvagem que apenas conseqüências nefastas consegue produzir, o legislador houve por bem recorrer ao expediente pecuniário.

E se, mesmo assim, aos corifeus da irreparabilidade dos danos morais, causa repulsa a *pretium doloris*, o que jamais se pretendeu em sede de indenização por danos morais, um fenômeno sociológico da mais alta relevância não lhe pode ser negado, que é o de neutralizar o sentimento de raiva, ódio e violência que se instala na alma do ofendido. Isso porque, como já se disse alhures, a própria sociedade aceitou este meio de reparação de forma unânime e pacífica. A sociedade é quem constrói o conceito de moral e, se aceitou a forma de reparação pecuniária como algo que não mais afronta a moral, logo a reparação pecuniária não é imoral. Como se nota, por meio de um silogismo, extremamente simples, a reparação pecuniária, por meio de dinheiro, não afronta a moral.

Segundo WILSON MELO DA SILVA⁴³⁷, só a guerra, o saque e a destruição conseqüentes, o mortário e a escravidão poderiam saciar os instintos bestiais e

⁴³⁷ MELO DA SILVA, Wilson, *O dano moral e sua reparação*, 3ª ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1983, pp. 592/607.

vingativos das primeiras tribos, quando, nos albores das obrigações contratuais, se viam em face do descumprimento dos ajustes feitos pelas outras tribos inteiras ou por seus chefes, com os próprios grupos. Dando um passo à frente, começaram a aceitar, nessas violações de ajustes, como reparações, não mais a desforra sangrenta, mas o pagamento de uma verdadeira multa em dinheiro. E isto já era, naqueles tempos remotos, introdução na vida do direito, das formuleis compensatórias. Como se nota, claramente, e isto é absolutamente inegável, o dinheiro conseguiu diminuir sensivelmente o sentimento de vingança, de desforra. Houve, incontestavelmente, uma evolução humanitária no conceito de reparação. Certo é que, embora o lesado só se satisfizesse, em tese, com o exercício da pura vindita, mister se fazia que algo se descobrisse, capaz de lhe aplacar o desejo de desforra e de uma maneira mais social e mais conforme aos costumes evoluídos da humanidade.

Assim, dado o seu poder de permuta, o dinheiro foi escolhido como o instrumento que se mostrou mais adequado para a compensação dos danos morais. Estando de posse do mesmo, a pessoa pode se lançar em busca de meios que amenizem sua dor e lhe tragam alguns momentos de prazer.

Não se está pretendendo, como argumentavam os negadores da teoria da reparação dos danos morais, dar um valor à dor. O indigitado "*pretium doloris*". Mas sim, e, fundamentalmente, procurando-se compensar a vítima pelos danos a que, injustamente, foi submetida e obrigada a suportar. Não se está pretendendo pagar a dor, ou repará-la, haja vista o fato de que, como se disse acima, tal pretensão é impossível. O que se pretende é, com respaldo no próprio ordenamento jurídico vigente, compensar o dano que foi causado e punir o ofensor que agiu ilicitamente.

É inequívoca a conclusão de que, na área dos danos extrapatrimoniais, jamais encontraremos uma perfeita equivalência entre lesões e indenização. Por mais sensível e apurada que seja a avaliação do magistrado, nunca será possível estabelecer um padrão de ressarcimento, porque, no campo do espírito humano, sempre estaremos diante do imponderável e da incerteza na aferição dos valores de

cada pessoa⁴³⁸.

Logo, apesar de não ser o instrumento mais adequado na opinião de alguns, ou que ofereça a melhor satisfação possível para os danos sofridos pela vítima, até porque a equivalência exata entre dano e compensação é impossível, a conclusão impostergável é a de que, no momento, é o que se tem.

6.3 *Compensatio Lucri cum Damno*

No que concerne à questão da reparação dos danos morais, e na busca de obtenção da melhor satisfação possível dos mesmos, alguns doutrinadores elencam o instituto da "*compensatio lucri cum damno* " que se traduz como "compensar o dano com o lucro ". Esse seria um meio de se evitar um enriquecimento indevido por parte da vítima, em detrimento do empobrecimento indevido do ofensor, pelo fato da ofensa ter ocasionado à vítima, um lucro, uma vantagem, cujos resultados benéficos em muito se sobreporiam aos resultados negativos. Assim, pelo fato do resultado lesivo ter trazido uma vantagem à vítima, esta vantagem deveria ser levada em consideração no momento da avaliação dos danos e posterior abatimento do montante final. Logo, a pretensa vantagem que a vítima veio a ter com a verificação do evento danoso deveria ser levada em consideração no momento da avaliação do "quantum".

Para JOÃO CASILLO⁴³⁹, de uma mesma origem adviriam o dano e uma vantagem que, colocados um em confronto com o outro, o lucro seria abatido da quantia total a ser paga a título de indenização. Uma hipótese muito remota, mas que pode ocorrer, seria a de a vantagem vir a ter valor maior do que o dano

⁴³⁸ REIS, Clayton, *Avaliação do Dano Moral*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 62.

⁴³⁹ CASILLO, João, *Dano à pessoa e sua indenização*, Ed. revista dos Tribunais, São Paulo, 1987, pp. 66/68.

causado. Neste caso não haveria dano a indenizar, mas, evidentemente, não poderia o causador do dano pleitear qualquer excesso entre o valor do dano e a vantagem advinda do mesmo fato.

Fiquemos com um exemplo para ilustrar tal hipótese: uma determinada pessoa, na direção de seu automóvel, vem a atropelar um pedestre que estava atravessando a rua, causando-lhe uma debilidade funcional que o impossibilitou para o trabalho. Em decorrência desse evento danoso, aquela pessoa que foi atropelada, vem a receber de um seguro que havia contratado, uma soma considerável. Assim, pelo sistema da "*compensatio lucri cum damno*", o magistrado, no momento de julgar o caso concreto e estipular o "quantum" devido, deveria levar esse fato em consideração, ou seja, a soma que recebeu do seguro, e abater esse valor do montante final. Desta forma, estar-se-ia, de um lado, evitando o enriquecimento indevido por parte do lesado e, de outro, o empobrecimento demasiado do lesionador, e, principalmente, evitando dar ao lesionado uma soma por demais vultosa. Ainda no caso de atropelamento, pode acontecer da vítima vir a perceber da Previdência Social um auxílio-enfermidade, em decorrência do acidente.

No Brasil esse critério não é muito abordado, seja pela jurisprudência, seja pela doutrina. Entretanto, aqueles que se referem ao instituto, manifestam-se pela sua inaplicabilidade. A explicação para tanto é que os fatos geradores são distintos. Utilizando o exemplo acima mencionado, o fato que gerou a reparação foi a atitude irresponsável do motorista que, agindo com imprudência, causou o evento lesivo, provocando na vítima uma debilidade funcional que a impossibilitou, seja temporária ou permanentemente, de trabalhar. Assim, a reparação teve sua gênese no ato ilícito. Já a soma que recebeu da seguradora, teve como gênese um contrato de seguro, previamente celebrado entre partes distintas das envolvidas no evento danoso, e que tinha por objeto o recebimento de determinada soma em dinheiro, caso um determinado sinistro, previsto em determinada cláusula contratual se verificasse. Ou ainda, no caso de percepção de auxílio-enfermidade por parte da vítima, pois lhe é pago por um terceiro, o INSS, em razão da não poder,

temporariamente, exercer suas atividades. E isso, não pode ser motivo para que o ofensor tenha sua pena reduzida.

Nesse sentido, se expressa MARTINHO GARCEZ NETO⁴⁴⁰: *”Com efeito, na fixação do salário da vítima, que servirá de base para o cálculo, não exercem qualquer influência as condições subjetivas do credor da indenização, como, por exemplo, a percepção do auxílio enfermidade, proveniente de instituição de previdência social”*.

De acordo com os ensinamentos de CARVALHO SANTOS⁴⁴¹, o dano existirá ainda que este esteja reparado por uma companhia de seguros, pois a prudência da vítima que contratou um seguro, não é, nem pode ser impeditiva do exercício do direito de ação. Além disso, ressalta o autor, que a indenização deve ser paga pela pessoa que causou o dano, e não indiretamente pela própria vítima, como ocorreria no caso do seguro, já que foi ela quem contratou e pagou a apólice. Não se trata de uma indenização pelo ocorrido, mas de uma satisfação da obrigação do contrato de seguro feito com terceiro. Ademais, segundo o autor *“O mesmo já não sucederia, por exemplo, se fosse obrigatório para os condutores de veículos, segurar a vida das suas possíveis vítimas, não lhes sendo fornecida licença para conduzir veículos sem a prova de terem feito com uma Companhia de seguros um contrato, por meio do qual a Companhia indenizaria qualquer acidente que obrigasse à reparação do dano, motivado por culpa do condutor do veículo, como, ao que parece, está aceito e em vigor em alguns países. Porque, nestes casos, sendo as despesas custeadas por quem deve indenizar o dano, pouco importa que o pagamento fosse feito por intermédio da Companhia. A satisfação do dano seria incontestavelmente feita pelo culpado e se a Companhia fez o pagamento, o fez em virtude de um contrato que tinha com ele, pagamento que, em todo caso, foi feito em seu nome e justamente por causa do ato ilícito que praticara”*.

⁴⁴⁰ GARCEZ NETO, Martinho, *Prática da responsabilidade civil*, 2 ed, Ed. Jurídica e Universitária, São Paulo, 1972, p. 94.

⁴⁴¹ CARVALHO SANTOS, J. M., *Código Civil Brasileiro interpretado*, 12ª ed, v. III, Ed. Livraria Freitas Bastos S.A, Rio de Janeiro, 1984, pp. 329/330.

Assim, de acordo com esta doutrina, a reparação advém do ato ilícito, e a soma recebida da seguradora, de um contrato, em razão do cumprimento de determinada cláusula contratual. Por conseguinte, a pretensão de se compensar o dano com o lucro "*compensatio lucri cum damno*" não se justifica. Pois, além dos fatos geradores serem diversos, poderia haver, uma mitigação da responsabilidade do ofensor, o que seria, inegavelmente, fato gerador de impunidade.

Por outro lado, na doutrina e na jurisprudência espanholas, verifica-se uma realidade distinta, em que é muito freqüente os Tribunais invocarem o "*compensatio lucri cum damno*" para fixação da indenização, com a finalidade de evitar o enriquecimento indevido.

De acordo com a jurisprudência espanhola, deve-se buscar a reparação integral do dano, consubstanciada no artigo 1902 do Código Civil, sem contudo, prestigiar o enriquecimento ilícito, de modo que as indenizações recebidas pela vítima – que possuem origem no mesmo dano-, devem ser analisadas conjuntamente, para que nenhum dano resulte irrisarcido, e, por outro lado, também não haja enriquecimento indevido.

Importante esclarecimento, encontramos na Sentença nº 357/2011⁴⁴² da Audiência Provincial de Albacete: "*La resolución de la cuestión planteada requiere hacer un previo análisis global de la misma. En este sentido conviene reseñar que la mayoría de la doctrina, cuando existe derecho a percibir varias indemnizaciones, es partidaria de la llamada "**compensatio lucri cum damno**", compensación derivada Del principio jurídico, amparado en el artículo 1-4 del Código Civil , de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro. Por ello, cuando existe el derecho a varias indemnizaciones se estima que las diversas indemnizaciones son compatibles, pero complementarias, lo que supone que, como el daño es único y lãs diferentes indemnizaciones se complementan entre sí, habrá que deducir del monto total de la indemnización reparadora lo que se haya cobrado ya de otras fuentes por el mismo concepto.*

⁴⁴² Também nesse sentido Sentença de 24 de abril de 2006 da Audiência Provincial de Albacete (Rec. 318/05), bem como Sentença de 01 de junho de 2005 do mesmo órgão (Rec. 1613/04).

*La regla general sería, pues, el cómputo de todos los cobros derivados del mismo hecho dañoso, mientras que la acumulación de indemnizaciones sólo se aceptaría cuando las mismas son ajenas al hecho que ha provocado el daño, pues la regla de la compensación es una manifestación del principio que veda el enriquecimiento injusto. Así lo entendió ya el T.S. (1ª) en su sentencia en 15 de diciembre de 1981 (EDJ1981/1772), donde se afirmaba... "el perjudicado no podrá recibir más que el equivalente del daño efectivo y que, en su caso, de Haber obtenido alguna ventaja, ésta habrá de tenerse en cuenta al cuantificar aquel resarcimiento (**compensatio lucri cum damno**), siempre, por supuesto, que exista relación entre el daño y la ventaja, según la opinión de autorizada doctrina, lo cual, en definitiva, no es más que la aplicación del tradicional y siempre vigente principio del enriquecimiento injusto". Para concluir, resaltar que la idea es que cabe que el perjudicado ejercite todas las acciones que le reconozca la Ley para obtener el resarcimiento total de los daños sufridos, pero que esta acumulación de acciones no puede llevar a acumular las distintas indemnizaciones hasta el punto de que La suma de ellas supere el importe del daño total sufrido, ya que, como ha señalado algún autor, de forma muy resumida, la finalidad de las diversas indemnizaciones es "reparar" y no "enriquecer".*

Outrossim, em que pese a jurisprudência espanhola lançar mão do instituto do "*compensatio lucri cum damno*", também a própria jurisprudência chama a atenção para o fato de que deve se ter cuidado ao aplicá-lo, fazendo as devidas correções. A Sentença do Tribunal Superior Espanhol nº 783/2011⁴⁴³ exprime essa observação: "*La aplicación de este principio por parte de este orden jurisdiccional social debe ser objeto, no obstante, de ciertas matizaciones y correcciones, para que los automatismos en su aplicación no lleven a resultados contrarios al pretendido, como está ocurriendo. Si se persigue evitar que la reparación de un daño no sea fuente de un enriquecimiento injustificado, también se debe buscar que la aplicación de la compensación no conlleve un enriquecimiento de quien causó el daño, al pagar*

⁴⁴³ STS 783/2011, Sala de lo Social, (RJ 1852/2011).

de menos, ni el enriquecimiento de la aseguradora con quien contrató el aseguramiento del daño causado su responsable. 2. Los artículos 1101 y 1106 del Código Civil nos muestran que quien causa un daño a la integridad de una persona debe repararlo íntegramente, lo que supone que la norma garantiza al perjudicado la total indemnidad por el hecho lesivo. El daño tiene distintos aspectos: las lesiones físicas, las psíquicas, las secuelas que dejan unas y otras, los daños morales en toda su extensión, el daño económico emergente (como los mayores gastos a soportar por el lesionado y su familia en transportes, hospedajes, etc.) y el lucro cesante, cuya manifestación es la pérdida de ingresos de todo tipo, incluso la pérdida de las expectativas de mejora profesional. Si todos esos conceptos deben ser indemnizados y a todos ellos abarca la indemnización total concedida, es claro que la compensación de las diversas indemnizaciones debe ser efectuada entre conceptos homogéneos para una justa y equitativa reparación del daño real. Por ello, no cabrá compensar la cuantía indemnizatoria que se haya reconocido por lucro cesante o daño emergente en otra instancia, con lo reconocido por otros conceptos, como el daño moral, al fijar el monto total de la indemnización, pues solo cabe compensar lo reconocido por lucro cesante en otro proceso con lo que por ese concepto se otorga en el proceso en el que se hace la liquidación.

6.4 O valor justo

Passamos a considerar fatos e circunstâncias que se impõem, já que estamos diante da impossibilidade de se proceder à reparação *in natura* dos danos morais. Sabemos de antemão, que é impossível o estabelecimento de um valor, aritmeticamente, exato, tendo-se optado pelo dinheiro como instrumento viabilizador da compensação por danos morais. Diante do exposto resta a questão: qual seria o valor que, a um só tempo, satisfizesse os anseios da parte ofendida, proporcionando-lhe uma compensação, a mais cabal possível, não

gerando, todavia, um enriquecimento indevido, e “punisse” o ofensor pelo ato ilícito praticado, não lhe causando, por consequência, a ruína financeira?

Em primeiro lugar, pode-se dizer de forma uníssona que não há um valor exato. Haja vista o fato de que o dano moral não se exterioriza no mundo fático, material ou físico, impossível é se estabelecer um valor aritmeticamente correto como dito acima. Isso, aliás, reverbera o entendimento mais moderno.

Em segundo lugar, consoante os estudos envidados acerca da temática dos danos morais, forçoso é concluir, no esteio do entendimento dos mais abalizados mestres da responsabilidade civil, que: o valor justo, no que tange à reparação dos danos morais, será aquele arbitrado pelo magistrado⁴⁴⁴, tendo por parâmetros, tanto os aspectos subjetivos das partes envolvidas (intelectual, educacional, econômico, dentre outros), quanto os aspectos reais ou objetivos (repercussão da ofensa, posição social das partes, dentre outros), analisando-se ainda, o conjunto probatório carreado pelas partes ao processo, utilizando-se, agora, com maior respaldo da lei, a equidade. Exarando um valor líquido que, a um só tempo, satisfaça os anseios da parte lesada, disponibilizando-lhe recursos para que busque os meios necessários para diminuir-lhe os sofrimentos e também puna a parte lesante, com um valor que a desestimule a novas investidas do mesmo jaez, sem, evidentemente, aderir ao sistema da teoria do valor do desestímulo. Não proporcionando à vítima, todavia, um valor exorbitante e divorciado da realidade, o que seria um enriquecimento ilícito e indevido, que ocasionaria ao ofensor sua ruína, por meio de valores estratosféricos e irreais, totalmente em descompasso com a realidade da própria sociedade brasileira. Se isto ocorrer, não se estará diante de um processo para reparação de danos, mas sim, de um processo cujo único resultado é inverter o papel dos contendores. Aquele que figurou como vítima, agora se torna ofensor, e o ofensor se torna vítima, pois o arbitramento de um valor milionário que propicie o enriquecimento indevido de uma parte e a ruína

⁴⁴⁴Claro que a parte que pleiteia a indenização por danos morais pode, na petição inicial, fazer constar um valor que acredite ser aquele a que faz jus e que, uma vez deferido, o compensará por todo o dano que sofreu. Entrementes, o magistrado poderá alterar esse valor, diminuindo-o, mas nunca aumentando-o.

da outra, é um expediente tão contraproducente e que gera danos muito maiores do que o dano original. Em suma, é pagar um dano com outro dano. Assim, a necessidade da ponderação, do bom senso, se impõe.

AUGUSTO ZENUN⁴⁴⁵ diz que não se cuida de reparar a dor moral, sentimental, mas tão só de conceder recursos financeiros para custear e cobrir as despesas com os derivativos alvitados e arbitrados quanto às seqüelas advindas do dano moral, mas nunca, o dano em si e por si.

O prudente arbítrio do juiz deve apegar-se ao eqüitativo e ao justo, para encontrar uma indenização também justa e digna. Para este desideratum serão consideradas as circunstâncias de cada caso, a argumentação de cada litigante e os elementos probatórios existentes nos autos, ciente da impossibilidade de obtenção de uma total equivalência⁴⁴⁶.

De outro pensar não é FABRÍCIO ZAMPRONA MATIELO⁴⁴⁷, que desta forma argumenta:

“O ordenamento jurídico pátrio contém uma lacuna até o momento insuperável, pois carece de normas mais claras a respeito da quantificação dos danos à moralidade. As que nele constam são referentes à época em que os danos materiais ocupavam lugar de destaque, desconhecida (ou inaceita) que era a teoria, da reparação dos danos morais”.

É inequívoca a conclusão de que, na área dos danos extrapatrimoniais, jamais encontraremos uma perfeita equivalência entre lesão e indenização. Por mais sensível e apurada que seja a avaliação do magistrado, nunca será possível estabelecer um padrão de ressarcibilidade, porque, no campo do espírito humano, sempre estaremos diante do imponderável na aferição de

⁴⁴⁵ ZENUN, Augusto, *Dano moral e sua reparação*, 7ª ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 131.

⁴⁴⁶ MARMITT, Arnaldo, *Dano Moral*, Ed. Aide, Rio de Janeiro, 1999, p. 235.

⁴⁴⁷ ZAMPROGNA MATIELO, Fabrício, *Dano material, reparações, dano moral*, 4ª ed, Ed, Ed. Sagra Luzzatto, Porto Alegre, 1998, p. 188.

valores de cada pessoa. É necessário reafirmar que, por mais precisos que sejam os critérios adotados na fixação do valor ao lesionado, jamais obteremos uma importância que seja matemática, mas que certamente será adequada e compatível com a realidade de cada caso. Por isso dizemos que o objetivo quando se trata de dano moral é compensar a vítima pelo dano sofrido, e não “reparar”, porque isto só é possível nas relações jurídicas que versem sobre bens eminentemente materiais.

Assim, o valor justo será aquele apurado em cada caso concreto, atendendo-se a parâmetros razoáveis e racionais. Todo excesso deve ser evitado, bem como a aplicação pura e simples de institutos jurídicos alienígenas, a exemplo da Teoria do Valor do Desestímulo, em decorrência das razões que foram amplamente expostas neste trabalho.

Por mais prolixo que seja o conceito de justiça, além de ambíguo, e inexato a questão é que, pelo menos, superficialmente, é inegável que o sentimento de justiça feita não se coaduna com o de cupidez. E se o magistrado se respaldar pelos critérios de razoabilidade, proporcionalidade e bom senso, além da equidade, estará, sem maiores entraves e elucubrações, senão fazendo justiça, no sentido filosófico e supremo da expressão, pelo menos cumprindo os misteres supremos do Direito.

Uma demanda judicial, consoante o clássico conceito de lide, tende a compor um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, com o intuito de, aplicando o direito ao caso concreto, ser possível a determinação de quem está amparado pela lei, e de quem não está. Jamais, e isto frustraria em demasia o fim precípua da demanda judicial, e a própria finalidade do Judiciário, permitir que a mesma se transforme em mera loteria, por meio da qual, as partes se valham, não para obter uma situação mais próxima possível da Justiça, mas sim para satisfazer meros desprantes, totalmente divorciados da realidade.

No caso de uma demanda para se obter uma indenização por danos morais, esse desprante seria o intuito de ser agraciado com valores exorbitantes, inaceitáveis que a um só tempo causariam ao ofendido um enriquecimento ilícito e, ao ofensor, uma total ruína financeira, num flagrante desrespeito aos conceitos de

proporcionalidade, razoabilidade e bom senso, armas estas imprescindíveis para o bom funcionamento da Função Judiciária.

Enfim, por mais complexa que se revele a tarefa de julgar a indenização relativa ao dano moral, o julgador deve se valer de critérios para quantificação, em prol da salvaguarda de princípios jurídicos e direitos fundamentais como a segurança jurídica, a igualdade perante a lei e a tutela judicial efetiva.

CONCLUSÃO

1. Objeto e conteúdo

Este trabalho teve como objetivo estudar o instituto dos danos morais, trazendo para debate os aspectos mais importantes e mais conflitantes discutidos na seara jurídica, sobretudo nos tribunais. Ao longo do texto tentamos estabelecer uma comparação entre o ordenamento jurídico brasileiro e o espanhol.

Não almejamos com esta “conclusão”, fazer uma síntese sobre o tema, mas sim, destacar os pontos centrais. Tampouco queremos colocar um ponto final nas discussões. Pelo contrário, esperamos ter contribuído para que continuemos a debater sobre danos morais, a fim de aprimorar o instituto e alertar sobre a importância de questionar os vereditos dos nossos tribunais, sobretudo quando estes não traduzem os anseios sociais. São inúmeros os problemas apontados ao longo do curso deste trabalho, mas sem dúvida, é identificando o problema que se encontram as soluções, por isso, a relevância em debatê-los.

Salientamos a importância da definição de responsabilidade civil, regra

básica para impor a alguém o dever de indenizar, fundamentada sobretudo no princípio do “*neminem laedere*”, que consubstancia a vedação de uma pessoa, com seus atos, ofender ou causar danos aos outros na vida em sociedade. Ademais, não se pode falar em dano moral sem que os pressupostos básicos da responsabilidade civil estejam preenchidos. Assim, ação ou omissão do agente, dano, nexo de causalidade e critério de imputação, devem estar presentes. Uma vez preenchidos estes requisitos, parte-se então para uma nova etapa, que é a verificação da existência ou não do dano moral.

Todas aquelas condutas que violarem o patrimônio moral da pessoa - entendido como aquele conjunto de direitos da personalidade -, vinculam o agente, que fica obrigado a reparar o prejuízo. Essa é a premissa básica no âmbito da responsabilidade civil por dano moral.

O conceito daquilo que vem a ser o dano moral, é bastante complexo. Podemos dizer que os danos morais compreendem todas as lesões a um patrimônio ideal que não se manifestam na esfera material e visual, mas sim, na perceptível, no mundo das sensações, dos sentimentos. O dano moral não é suscetível de ser visto, apalpado e mensurado. É a sensação, o instrumento de sua detecção por excelência. Contudo, vale salientar que em momento algum essa visão deve ser tida como um conceito fechado e acabado de danos morais, pois este deve estar em constante desenvolvimento, a fim de acompanhar as evoluções da sociedade e ajustar-se a ela. Qualquer tentativa de conceituação exata de dano moral, não se revela adequada. Todavia, há que se ter como norte, que essa categoria de danos, está situada fora da esfera patrimonial do sujeito e deve ser reconhecida independente de qualquer reflexo econômico.

Outrossim, também devemos ter bastante nítida a idéia de que os danos morais se traduzem naquelas ofensas que possuem uma séria relevância, isto é, danos realmente graves, não se confundindo com meros aborrecimentos cotidianos, que devem ser suportados por qualquer pessoa, considerando que estes fazem parte da vida em sociedade.

Em que pese a definição de dano moral ser bastante difícil e ainda encontrar alguns percalços, felizmente, podemos concluir que hoje já não existe resistência quanto ao reconhecimento do instituto. Existem sim, discussões doutrinárias e jurisprudenciais quanto à extensão de sua aplicação, ou quanto ao critério aplicado para chegar ao *quantum* da indenização.

Entretanto, a história do dano moral vem marcada por três fases bem distintas. A primeira fase, na qual vigorava uma negação absoluta do instituto, em que os defensores da irreparabilidade do dano moral respaldavam sua repulsa à tal pretensão, na repugnância de se dar um valor à dor. Era execrável a pretensão de se pleitear um preço para a dor e, por conseguinte, para a honra; aquilo que denominavam de "*pretium doloris*". Outro argumento respaldava-se na impossibilidade de se atribuir um valor exato ao dano moral, pois justamente, pelo fato do mesmo não possuir uma repercussão patrimonial, era impossível se pretender uma exata reparação do dano sofrido.

Num segundo momento, passou-se a aceitar a tese da reparabilidade dos danos morais, mas com uma importante e estagnante ressalva. Somente se admitia tal possibilidade de indenização se houvesse uma repercussão no patrimônio do ofendido.

E por fim, passou-se a admitir o dano moral puro, independente de qualquer prejuízo patrimonial, consagrando-se primeiramente no âmbito jurisprudencial e mais tarde, vindo a ser positivado.

A questão, objetivamente considerada, é que os valores mudaram. A sociedade não mais tolera que as agressões aos seus direitos fiquem impunes, afinal, isso seria incentivar a prática de ilícitos. Reconhecemos a dificuldade em aceitar que uma ofensa puramente moral, possa ser indenizada com dinheiro. Mas, por outro lado, é uma forma de possibilitar à vítima que desfrute de alguma reparação material. Evidente, que jamais irá apagar o desgosto experimentado, mas é uma forma de compensá-lo - aliás a única possível -, e

ao mesmo tempo punir o agente infrator, alertando-o, para que não reincida na mesma falta. Muitos, sustentam a imoralidade desta reparação, mas do nosso ponto de vista, mais imoral, é deixar sem reparação alguma.

E, se partirmos da premissa de que o homem nasceu para a felicidade constante, sendo esta sua maior meta, caso algum ato ameace este objetivo maior, deverá ser coibido pelo ordenamento jurídico, pois a felicidade é o maior de todos os bens e o fim máximo perseguido pelo homem, desde seu surgimento. Afinal, sem felicidade e amor, de que terá valido a vida? De nada. Logo, se algum ato alheio atentar contra este bem tão característico dos seres humanos, prejudicando seu bem estar, sua tranquilidade, tal mal deverá ser reparado. E, na ausência de outro meio – já que não é possível voltar ao *status quo ante*, como ocorre quando o prejuízo é patrimonial -, resta a indenização em dinheiro.

Os danos morais compreendem uma categoria de danos a um patrimônio muito precioso do ser humano e que deve ser protegido a todo custo. A indenização que por ventura for definida ao lesado, não tem o escopo de atribuir um preço à dor, mas tão somente, de reparar a lesão injusta e indevidamente ocasionada ao lesado.

De outra banda, constatamos a importância da aplicação comedida do instituto dos danos morais, sob pena de vivenciarmos um colapso social. Daí a importância dos operadores do direito, seja do advogado ao postular a pretensão da parte, seja do juiz no ato de julgar. Ambos devem ter presentes o adequado conceito de dano moral e o alcance de suas disposições, evitando contemplar indenizações descabidas, como aqueles casos de meros aborrecimentos, estudados no decorrer do trabalho, que jamais poderão ser objeto de reparação.

2. Previsão legal dos danos morais

No Brasil, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, inaugurou o seu reconhecimento. De acordo com o artigo 5º, inciso V *“é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”*. Também no mesmo artigo, inciso X, assegurou: *“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”*. Posteriormente, com a promulgação da lei nº 10.406/02, o Novo Código Civil, também passou a prever o instituto de forma expressa no artigo 186, segundo o qual *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”*.

Na Espanha, o dano moral não está previsto expressamente na Constituição de 1978, e nem no Código Civil. Todavia, os danos morais são todas aquelas ofensas que causam prejuízo ao patrimônio moral do indivíduo, que por sua vez, compreendem aqueles direitos da personalidade, por isso, estão implicitamente compreendidos no artigo 10.1 da Constituição, segundo o qual *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*, bem como no artigo 15: *“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”*.

Além disso, a Lei Orgânica 1/1982 que trata da proteção à honra, intimidade pessoal, familiar e da própria imagem, prevê o dano moral de forma expressa, dispondo que *“la indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que de tendrá em cuenta em su caso, la difusión o audiencia del*

medio a través del que de haya producido. También se valorara el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma”.

Ademais, de acordo com a doutrina e jurisprudência espanholas, o artigo 1902 do Código Civil, deve ser lido de modo a compreender também o dano moral. De acordo com tal dispositivo *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*. Assim, o ressarcimento do dano moral derivado da lesão de um direito da personalidade ou de direitos fundamentais, regra geral, tramitará através da regra geral de responsabilidade civil dos artigos 1902 e seguintes do Código Civil, ou naqueles casos em que o fato danoso seja ao mesmo tempo constitutivo de delito (como agressões sexuais, detenções ilegais, etc), pelas regras do Código Penal, reguladoras da chamada responsabilidade civil derivada do delito. Se no entanto, se tratar de um fato causado pela Administração Pública, a regulação aplicável será a dos artigos 139 e seguintes.

3. Danos Morais: aplicação às pessoas físicas e jurídicas

Os danos morais fazem parte daquela categoria de danos extrapatrimoniais. O conceito de dano moral normalmente é dado de forma negativa, como aquele dano que não atenta contra o patrimônio do indivíduo. Logo, a ofensa moral que confere lugar à indenização é aquela que fere o patrimônio ideal do sujeito, entendido como o conjunto dos direitos da personalidade.

Assim, diante da conceituação torna-se claro que quanto às pessoas físicas não há controvérsia, pois uma vez ocasionado o dano moral, surge o dever de indenizar.

Alguma incerteza ocorre com relação às pessoas jurídicas. No entanto, hoje podemos dizer que tanto no Brasil como na Espanha, já se reconhece a possibilidade de as pessoas jurídicas sofrerem dano moral, e conseqüentemente receber a devida indenização, embora, se deva ressaltar, que na Espanha ainda há uma resistência bem maior do que no Brasil. Por isso, não podemos afirmar que esta é uma posição já consolidada, nem tampouco, que representa a maioria dos Tribunais. Na jurisprudência espanhola encontramos muitos julgados que admitem a pessoa jurídica no pólo ativo de uma reclamação por dano moral, mas por outro lado, também nos deparamos com decisões que negam tal possibilidade.

Sinteticamente, aqueles que negam a pessoa jurídica como sujeito ativo nas ações de indenização por danos morais, fundamentam dizendo que a natureza dela é incompatível com o instituto, já que não é capaz de sentir dor, desânimo e outros sentimentos próprios do ser humano. Para esta corrente, a pessoa jurídica não é um ser orgânico, vivo, dotado de um sistema nervoso, de uma sensibilidade, e, como tal, apenas poderia subsistir como simples criação ou ficção de direito. Seriam, pois, assim, para os efeitos dos danos morais, as pessoas jurídicas meras abstrações, não tendo mais vida que a que lhes é emprestada pela inteligência ou pelo direito.

Já os defensores da pessoa jurídica como sujeito ativo nas ações de indenização, entendem que esta possui uma honra objetiva, como o nome, a imagem, a reputação, e por isso, eventual dano ocasionado a esses bens, faz gerar o direito a indenização por danos morais.

De suma importância destacar, que ao longo deste trabalho, nos demonstramos favoráveis à possibilidade de a pessoa jurídica sofrer danos morais. Todavia, aclaramos que somente somos partidários deste entendimento, quando o dano moral for reconhecido de forma pura, ou seja, dissociado de qualquer resquício de possíveis reflexos patrimoniais. Tanto a doutrina espanhola

como a brasileira criticam fortemente alguns julgados, que atrelam o reconhecimento do dano moral à produção de prova de prejuízo, que na verdade, revela-se prejuízo patrimonial, como ocorre com a questão do “abalo de crédito”. Além disso, também existem críticas no sentido de que algumas decisões utilizam a indenização por dano moral, fixando valores bem elevados, como forma de compensar prejuízos patrimoniais cuja prova é difícil de ser produzida. Não é essa aplicação distorcida do instituto que pregamos, por isso, de extrema pertinência a crítica da doutrina. O dano moral deve ser deferido às pessoas jurídicas quando comprovado que a conduta causou danos a ela, unicamente na esfera não patrimonial, como por exemplo, a veiculação de uma notícia falsa, dizendo que determinada ONG - que sempre defendeu o meio ambiente -, está poluindo a atmosfera. Isso faz com que a população não mais confie nesta instituição, e justificado estará o dano moral.

Ademais, esperamos ter contribuído para um melhor entendimento sobre as obscuridades que rodeiam o tema, sem deixar de alertar os perigos que determinadas práticas implicam.

4. Danos morais e relação jurídica precedente

Não resulta supérfluo recordar a questão da natureza da relação jurídica que antecede a ação de indenização por danos morais.

A responsabilidade civil por danos morais derivada de uma relação jurídica extracontratual é o caso mais frequente, e que de um modo geral, não encontra entendimentos divergentes, seja na doutrina ou na jurisprudência. Como já mencionado, são aqueles acontecimentos cotidianos que infringem as disposições legais e acabam causando um prejuízo a outrem, nascendo o dever de indenizar. São exemplos dessa situação as ofensas à honra, à imagem, o cadastramento indevido do nome do consumidor nos órgãos restritivos de crédito

etc.

Já os danos morais oriundos de uma relação jurídica contratual não encontram a mesma pacificidade. Em que pese hoje ser admitida tal hipótese tanto na jurisprudência brasileira como na espanhola, bem como em diversos outros ordenamentos jurídicos, nem sempre o foi, e ainda encontra resistência de alguns operadores do direito.

A razão desse entendimento, contrário aos danos morais oriundos do descumprimento contratual, se assenta na natureza própria da relação jurídica preexistente entre as partes, que, supõe-se, já tem reguladas as consequências em caso de mora e inadimplemento, por meio do estabelecimento de cláusulas prevendo penalidades para tanto. Por essa razão, os defensores desta tese entendem que uma indenização por danos morais nesta hipótese seria excessiva, a medida em que ultrapassaria os limites previstos no próprio contrato para o caso de quebra contratual. Essas relações jurídicas são palpadas pela previsibilidade dos efeitos, definidos previamente pelas partes, e eventual condenação em danos morais, iria além desta expectativa, e por isso, entendem seus defensores que tal prática é abusiva.

Por outro lado, há quem defenda que mesmo quando a relação tiver origem contratual deve ser alcançada pela indenização por danos morais, se presentes os requisitos. No entanto, é preciso que ocorram consequências mais graves que o simples descumprimento do contrato, ou seja, que os efeitos gerados pelo inadimplemento estejam além daqueles previstos previamente. Além disso, caberá ao juiz uma análise detalhada de cada caso concreto a fim de verificar se realmente é caso de dano moral, e, em se tratando de relação contratual, esta análise certamente deverá ser bem mais rígida.

No direito brasileiro, não obstante a ausência de disposição legal explícita, a doutrina é uniforme no sentido da admissibilidade de reparação por dano moral

tanto originário de obrigação contratual quanto decorrente de culpa aquiliana; uma vez assente a indenizabilidade do dano moral, não há fazer-se distinção entre dano moral derivado de fato ilícito absoluto e dano moral que resulta de fato ilícito relativo. Assim, tanto pode haver dano moral nas relações entre devedor e credor quanto entre caluniador e caluniado, que em nenhuma relação jurídica se acha, individualmente, com o ofensor.

Na Espanha também vigora o entendimento predominante de que o dano moral pode ter origem tanto na relação jurídica extracontratual (art. 1902 do Código Civil), como na contratual (art. 1101 e seguintes). O descumprimento de um contrato, além do dano material, pode ocasionar dano na esfera moral, e como tal, deve ser indenizado.

5. Fixação do *quantum* indenizatório

O ordenamento jurídico espanhol, assim como o brasileiro, vêm lentamente se adequando a esta nova realidade ao longo da história, e incluindo a possibilidade de indenização por dano moral na órbita jurídica. O Instituto ainda requer muito aperfeiçoamento, mas o argumento da impossibilidade de expressar um valor, aritmeticamente exato para o dano moral, como justificativa para negar sua reparação, não mais se sustenta. Concordamos, integralmente, que é impossível a atribuição de um valor exato para o dano moral. Sua reparação, em suma, é impossível. Reparar significa etimologicamente restaurar, no sentido de recolocar as coisas em seu "status quo ante", isto é, no estado anterior em que se encontravam antes do evento danoso.

Isso é impossível, quando se está falando de danos morais. Não é possível recolocar a pessoa, moralmente lesionada, na situação em que se encontrava antes da verificação do evento lesivo. O patrimônio é passível de ser restituído em seu estado anterior, seja por uma soma em dinheiro, feita de

forma aritmeticamente exata, seja pela substituição do bem material destruído por outro de mesma espécie, quantidade e qualidade.

No dano moral, uma vez produzido o dano, a pessoa sofrerá seus efeitos "*ad eternum*". Mesmo que o tempo seja o melhor remédio, capaz de cicatrizar qualquer ferimento. A verdade é que o dano moral não se cicatriza completamente. Qualquer lembrança do evento danoso trará à lembrança da vítima resquícios de sofrimento íntimo.

Entretanto, não é apenas por não se poder dar o exato, que não se dará nada. Se é injusto dar um preço à dor, muito mais injusto se afigura não dar nada à vítima, deixando que a impunidade prospere.

Apesar de impossível a reparação, a compensação é, não apenas viável, como a única forma de proporcionar à vítima um lenitivo para os sofrimentos a que foi injustamente submetida. Assim, os doutrinadores admitem, de maneira equânime, que à vítima dos danos morais deve ser dada uma compensação, haja vista o fato de que a reparação é impossível.

Não há dúvidas que a mais problemática de todas as tarefas no que diz respeito ao dano moral, é encontrar critérios para se chegar ao valor da condenação.

O ordenamento jurídico brasileiro assegura de forma expressa o instituto do dano moral, mas é silente no que diz respeito ao valor do dano, razão pela qual, vigora como regra geral, o critério do arbítrio judicial, competindo ao juiz no momento de proferir a sentença fixar o *quantum* de acordo com o seu livre convencimento, através dos critérios por ele escolhidos. Daí a importância de juízes preparados, vivenciados e experimentados nas mais importantes ciências humanas, como a filosofia, a sociologia e a psicologia. A lei, analisada friamente, donde resultam apenas os legalistas, pessoas extremamente apegadas à letra fria da lei, não têm o condão de aplicar ao caso concreto a tão almejada justiça. Isto porque o caso apresentado ao magistrado é muito

mais do que, tão somente, uma peça de quebra-cabeças a ser encaixada em um texto legal.

Desde o momento em que o dano moral surgiu, a doutrina estuda meios e aponta critérios para fixar o valor da indenização. Assim, muitos critérios surgiram, como a tarifação legal, análise das condições das partes e até uma proposta de equação matemática. Contudo, a tarifação ou mesmo a equação matemática, não lograram espaço nas decisões dos magistrados brasileiros, que acabaram por utilizar como critério, na quase totalidade dos julgados, as condições pessoais das partes, juntamente com a equidade, almejando buscar assim, o equilíbrio nas relações jurídicas, na tentativa de evitar possíveis enriquecimentos ilícitos.

Importante apenas lembrar a existência de duas Leis, nas quais o sistema da tarifação legal foi estabelecido como regra, quais sejam, a Lei nº 4117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações) e Lei nº 5250/67 (Lei de Imprensa). Entretanto, a primeira teve os artigos que tratavam de dano moral revogados (artigos 81 e 84). A segunda, o Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula 281, entendeu não aplicável ao dano moral, porque segundo ele, revogada pela Constituição Federal de 1988 na parte relativa à responsabilidade civil. Por isso, aplica-se predominantemente o critério do arbítrio judicial.

Na Espanha, verificou-se as mesmas dificuldades em estabelecer o *quantum* nas ações de indenização por danos morais, principalmente pela ausência de um critério único no ordenamento jurídico.

Podemos constatar que de um modo geral, o *quantum* da indenização por danos não patrimoniais será apurado pelos tribunais de acordo com as circunstâncias do caso, tomando por base o critério da prudência e razoabilidade na determinação final da indenização, e considerando a regras gerais de responsabilidade civil prevista nos artigos 1902 e seguintes do Código Civil para a responsabilidade civil extracontratual, e 1101 e seguintes,

para a contratual. Não obstante, o ordenamento jurídico espanhol, possui duas legislações que de modo algum podem deixar de ser consideradas no âmbito dos danos morais: a Lei Orgânica 1/1982 que trata da proteção à honra, intimidade pessoal, familiar e da própria imagem e a Lei 30/1995 sobre Responsabilidade Civil e Seguro na Circulação de veículos automotores.

A Lei Orgânica 1/1982 que trata da proteção à honra, intimidade pessoal, familiar e da própria imagem é de suma importância porque além de prever o dano moral expressamente, prevê no seu artigo 9.3 um norte para o julgador fixar o quantum, a medida em que estabelece que *“la indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que de tendrá en cuenta em su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que de haya producido. También se valorara el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma”*. Em que pese tal dispositivo apontar um critério, ao mesmo tempo confere ao juiz um amplo arbítrio, a medida em que, ao fim e ao cabo, caberá a ele decidir o valor que fixará.

Situação bem distinta encontramos com relação à Lei 30/1995, que trata da Responsabilidade Civil e Seguro na Circulação de veículos automotores, actualmente derogada y reemplazada por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro em La circulación de vehículos a motor. Neste caso, nos deparamos com o sistema de valoração dos danos e prejuízos também conhecido por “Baremo”, que é de aplicação vinculante na Espanha. O “Baremo” nada mais é do que um tabelamento das indenizações. São casos em que o legislador resolveu fixar o valor, competindo ao juiz reproduzir na sentença o valor já previamente estabelecido na lei, sempre que verificar ser caso de lesão corporal em decorrência de acidente de trânsito. A Lei abrange inclusive os casos de indenização por danos morais.

Assim, considerando estas previsões legais, os tribunais espanhóis fixam

o valor das indenizações por danos morais, e, muitas vezes, aplicam analogicamente esses dois últimos dispositivos mencionados à demais situações.

Ao longo desse estudo tivemos a oportunidade de averiguar que são muitos os critérios apresentados pela doutrina e pela jurisprudência para quantificação do dano moral. Alguns revelam-se mais convenientes, outros menos. No entanto, nenhum deles aproxima-se da perfeição, talvez porque nunca saber-se-a quanto vale a ofensa àqueles bens imateriais do ser humano.

Creemos que a impossibilidade de exata tradução pecuniária do dano moral e o amplo campo de incidência onde esta lesão de interesse pode ocorrer, não autoriza o estabelecimento de critérios rígidos e definitivos para a fixação de um quantum pecuniário, tendo em vista que os efeitos dos danos são absolutamente distintos, sendo impossível ao legislador ou ao doutrinador estabelecer critérios para a fixação de todos os casos de incidência do dano moral, pois quanto muito será possível o estabelecimento de critérios gerais a serem observados para a fixação do valor do dano.

Contudo, sopesando tais circunstâncias, acreditamos que o critério que mais se aproxima daquilo que entendemos ser justo, é o arbítrio judicial ao lado do Princípio da Equidade, em que o julgador diante do caso concreto, analisando as peculiaridades a ele inerentes, fixa o valor de acordo com o seu convencimento, sempre alicerçado nos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, bem como no senso de Justiça.

É verdade que isso implica em conferir ao julgador um amplo poder, mas por outro lado, não é possível afirmar que é um poder irrestrito, tendo em vista que a discricionariedade do juiz encontra limites na fundamentação da decisão. Os motivos da decisão é que separam a discricionariedade da arbitrariedade. Todos os vereditos devem ser fundamentados, e como bem colocou

BARBOSA MOREIRA⁴⁴⁸, “a motivação é tanto mais necessária quanto mais forte o teor da discricionariedade da decisão, já que apenas à vista dela se pode saber se o juiz usou bem ou mal a sua liberdade de escolha, e sobretudo senão terá ultrapassado os limites da discricção para cair no arbítrio”.

Assim, entendemos que o arbítrio judicial é o critério que mais consegue se aproximar da realidade do caso concreto, e conseqüentemente, fixar uma quantia equânime para o dano moral. Nesta apreciação do julgador, ele deverá levar em consideração, além da gravidade e da extensão do dano, principalmente, as condições pessoais das partes, porque no dano moral, o efeito é distinto em cada pessoa, de modo que nem todas reagem da mesma forma perante a lesão. Além disso, também de fundamental importância considerar a situação econômica do ofensor e do ofendido, a fim de evitar enriquecimento indevido.

Por fim, concluímos salientando que seja no ordenamento jurídico brasileiro, seja no espanhol, este tema tão fascinante em que consiste os danos morais, jamais será esgotado. Por mais que se esforcem os operadores do direito, criando teorias, conceitos, estabelecendo critérios, não podemos esquecer que estamos diante de uma ciência humana, e como tal, em constante evolução. A solução para o caso de hoje, não é o mesmo que será adotado daqui há alguns anos, simplesmente porque os avanços tecnológicos, científicos, dentre outros, fazem com que os valores da sociedade de cada época sejam diferentes, cabendo ao Direito se adaptar a cada nova realidade.

A verdade é que a sociedade muda, os valores também, mas uma coisa é certa: a finalidade primeira da responsabilidade civil permanece a mesma, isto é, todo aquele que sofrer injustamente um dano, deve ser indenizado.

⁴⁴⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Temas de direito processual*, 2ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1988, p. 88/89.

BIBLIOGRAFIA

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio, *Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva*, 9ª ed, Ed. Jurídica Brasileira, São Paulo, 1998;

AGUIAR DIAS, José de, *Da responsabilidade civil*, 2ª ed., V. II, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1950;

_____, *Da Responsabilidade Civil*, 8ª ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, v. II, 1987;

_____, *Da Responsabilidade Civil*, 10ª ed., V. 2, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1997;

ALBALADEJO GARCIA, Manuel, *Los daños indemnizables en la Responsabilidad Contractual y em la Extracontractual o Aquiliana*, en Estudios Jurídicos em Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, Tomo II, pp. 1251, Derecho Civil, Derecho de las Obligaciones, Ed. Thomson Civitas, Espanha, 2003;

ALMEIDA DO VALLE, Christino, *Dano Moral*, 1ª ed, Ed. Aide, Rio de Janeiro, 1999;

ALTERINI, Atilio Aníbal, Responsabilidad civil. *Limites de la resparación civil*, 3ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992;

ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael, *La responsabilidad por daño moral*, Anuario de Derecho Civil, V. 19, nº 1, 1966, p. 81/116;

ALVES, Alexandre F. de A, *A pessoa jurídica e os direitos da personalidade*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1998;

ALVES DE ANDRADE, Ronaldo, *Dano Moral à pessoa e sua valoração*, Ed. Juarez de Oliveira, São Paulo, 2000;

ALVIM, Agostinho, *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, 5ª ed, Ed. Saraiva, São Paulo, 1980;

ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de; y MARTÍNEZ-PEREDA, José Manuel; y SANTOS BRIZ, Jaime; y SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio; y GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Ed. Boch, S.A, Tomo I, Barcelona, 2008;

ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Ed. Civitas, Madrid, 1993;

_____, *La responsabilidad civil*, 2ª ed., Universidad de Deusto, Bilbao, 1989;

ARÁNZAZU NOVALES ALQUÉZAR, María de, *El Concepto de persona en el derecho civil ante una antropología dual*, Thémata, Revista de Filosofía,

Núm. 39, 2007;

ASSIS TOLEDO, Francisco de, *Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988*, 5ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1994, p. 07;

BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Temas de direito processual*, 2ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1988.

BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *El resarcimiento por daño moral em España y Europa*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2007;

BARROS MONTEIRO, Washington de, *Curso de direito civil*, Ed. Saraiva, v. I, São Paulo, 1977;

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Honor y libertad de expresión*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987;

BEVILAQUA, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 11 ed, atualizada por Achilles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua, v. I, Livraria Francisco Alves, São Paulo, 1956;

BITTAR, Carlos Alberto, *Os direitos da personalidade*, Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1989;

_____, *Responsabilidade Civil: teoria e prática*, 3ª ed, rev. E atual. Por Eduardo C. B. Bittar, Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1999;

_____, *Reparação civil por danos morais*, 3ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005;

BREBBIA, Roberto H., *La lesión del patrimonio moral*, Derecho de daños,

Primeira parte, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1996;

_____, *El daño moral*, 2ª ed., Ed. Orbir, Córdoba, 1967;

BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, Aurélio, *Novo Aurélio: o dicionário da língua portuguesa*, 3ª ed, Ed. Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 2001;

BUSNELLI, F. D., Chiaroscuri d'estate, *La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, em Danno e responsasabilità, Impressioni a Cass., sez. III civ., 2003, pp. 826;

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoria General de la responsabilidad civil*, 8ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992;

_____, *Responsabilidad civil y otros estúdios*, V. 2. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992;

CAHALI, Yussef Said, Dano Moral, 3ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005;

CALAMARI, John D., PERILLO, Joseph M., *The Law of Contracts*, 4th, West Publishing, St, Paul, Minn, 1998;

CÂMARA SOUZA, Neri Tadeu, *Responsabilidade civil e penal do médico*, Ed. LZN, Campinas, 2006;

CARBONE, Vincenzo, *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*, Ed. Jovene, Napoli, 1969;

CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, *Apuntes sobre el denominado daño a la persona em el Código Civil do Peru*, 1984, *Rev. Direito Civil*, 70/24;

CARNELUTTI, Francesco, *Il Danno e Il Reato*, Bs. As., Libreria El Foro,

Roma, 2004;

CARRASCO PERERA, Ángel, *Comentario a los arts. 1101, 1106 y 1107 del Código Civil español*, em Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por ALBALADEJO, t. XV, Vol. 1, Madrid, 1989;

CARVALHO SANTOS, J. M., *Código Civil Brasileiro interpretado*, 11 ed, v. II, Ed. Livraria Freitas Bastos S.A, Rio de Janeiro, 1982;

_____, *Código Civil Brasileiro interpretado*, 12^a ed, v. III, Ed. Livraria Freitas Bastos S.A, Rio de Janeiro, 1984;

CASILLO, João, *Dano à pessoa e sua indenização*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987;

CAVALIERI FILHO, Sergio, *Programa de Responsabilidade Civil*. 4^a ed., Ed. Malheiros, Rio de Janeiro, 2003;

CHEN-WISHART, Mindy, *Contract Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005;

CHIRONI, G. P., *La culpa en el derecho civil moderno*. Trad. Bernaldo de Quirós, Ed. Reus, Madri, 2^o V, 1928.

COBO DEL ROSAL, Manuel, Y VIVES ANTÒN, Tomás Salvador, *Derecho Penal, Parte General*, Ed. tirant lo Blanch, Valencia, 1991;

COHEN, Ronnie, O'BYRNE, Shannon, *Cry me a River: Recovery of Mental Distress Damages in a Breach of Contract Action – A North American Perspective*, American Business Law Journal, Vol. 42, Winter/Spring, pp. 97/143, 2005;

COLLINS, Hugh, *The Law of Contract*, 4th., ed., Lexis Nexis

—Butterworths, London, 2003;

CONCEPCIÓN RODRIGUEZ, José Luis, *Derecho de daños*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997;

CÓRDOBA RODA, J., *Las eximentes incompletas em el Código Penal*, Ed. Instituto de Estudios Jurídicos, Oviedo, 1966;

COSTA JUNIOR, Paulo José da, *Direito penal objetivo*, Ed. Forense Universitária, São Paulo, 1989, p. 23;

COVIELLO Jr., Leonardo, *L'obbligazione negativa: Contributo alla teoria delle obbligazioni*, Ed. ESI, Napoli, 1978;

CRISTOBAL MONTES, Ángel, *El incumplimiento de las obligaciones*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989;

D'ANGELO CALDEIRA, Mirella; FERRAZ, Ariate; QUILLES, José Fernando S.; PEREIRA LEMOS, Leandro E.; BARRETO DAMACENO, Régina M.; e SOTO RIVA, Rosa Maria, *in Revista Mestrado em Direito Osasco*, Ano 7, n.1, 2007, p. 147/166;

DE CUPIS, Adriano, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Traducción de Angel Martínez Sarrión, Ed. Bosch, Barcelona, 1970;

DALLEGRAVE NETO, José Affonso, *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*, 3ª ed., São Paulo: Ed. LTr, 2010;

DÍAZ ALABART, S., *Comentario a la Sentencia de la Audiencia Territorial de Albacete, (Sala de lo Civil) de 20 de mayo de 1987, sobre responsabilidad civil de un menor de edad por actuación ilegítima contra el honor de las personas*, RJCM, dezembro de 1987;

DIEZ DIAZ, Joaquim, *Los derechos físicos de la personalidad*, Santillana, S.A, de Ediciones, Madrid, 1963;

DIEZ-PICAZO GIMÈNEZ, Gema, *Los riesgos laborales, doctrina e jurisprudencia civil*, Ed. Civitas, Madrid, 2007;

DÍEZ-PICAZO, L., GULLÒN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1995;

DIEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Ed. Civitas, 2ª ed., Madrid, 2000;

_____, *El escándalo del daño moral*, Ed. Aranzadi, S.A, Navarra, 2008;

DINIZ, Maria Helena, *Código Civil Anotado – edição reformulada à luz do novo Código Civil*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2002;

_____, *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 12ª ed., V. 7, Ed. Saraiva, São Paulo, 1998;

DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil*, Vol. VII, Ed. Saraiva, São Paulo, 1999;

DOURADO DE GUSMÃO, Paulo, *Introdução ao estudo do direito*, 20ª ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1997;

DURANY PICH, Salvador, *Padres y maestros*, Indret número 1/00, Barcelona, outubro de 1999, p. 1/2, WWW.indret.com, consultado em 29/01/2012;

EPIAU-ESPIAU, Santiago, *Comentario a la STS de 31 de maio de 2000*, em Cuadernos Civitas de Juriprudencia Civil, 54, núm. 1481, pp. 1282 e ss;

_____, *La indemnización del daño moral en los supuestos de incumplimiento contractual*, en Estudios Jurídicos em Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, Tomo II, Derecho Civil, Derecho de las Obligaciones, Ed. Thomson Civitas, 2003, pp. 1789 e ss;

FABRINI MIRABETE, Julio, *Manual de Direito Penal – Parte Geral*, 13ª ed, V. I, Ed. Atlas, São Paulo, 1998;

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Protección a la persona humana*, Revista da AJURIS – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, nº 56/87, Porto Alegre, 1992;

FERRARA, Francesco, *Le persone giuridiche*, Torino, UTET, 2ª ed., 1958;

FERREIRA DOS SANTOS, Mário, *Teoria do Conhecimento*, 3ª ed, Livraria e Ed. Logos Ltda, São Paulo, v. IV, 1952;

FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo, *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed., Ed. Sraiva, São Paulo, 2009;

FERRER VICENTE, José Mª, *La cuestión de los daños morales*, Ed. Difusión Jurídica y Temas de actualidad, S.A, Madrid, 2007;

FERRETO, Vilson, em artigo intitulado *A Indústria do Dano Moral*, publicado no Informativo ADV, 1996, do COAD, Boletim Semanal nº 33, ano 16, pág. 406/407;

FLÁVIO DA COSTA, Yvete; ARAÚJO DA SILVA, Alexandre, *A reparação por danos morais à pessoa jurídica como forma de tutela aos direitos de*

sua personalidade, Artigo baseado em pesquisa financiada pela Fapesp – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, publicado na Revista Jurídica Unicoc;

FREUD, Sigmund, “O ego e o Id” in Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, Vol. XIX, Ed. Imago, Rio de Janeiro, 1974;

GABRIEL, José Ramón y ROCA TRÍAS, Encarnación, *Responsabilidad Civil. Cuestiones Generales y su efecto reparador*, Ed. La Ley, Madrid, 2010;

GARCEZ NETO, Martinho, *Prática da responsabilidade civil*, 2 ed, Ed. Jurídica e Universitária, São Paulo, 1972;

GARCÍA GARNICA, María Del Carmen, *La actual concepción del consentimiento informado del paciente como acto de ejercicio de sus derechos fundamentales. Principales consecuencias jurídicas y prácticas*, Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, núm. monográfico, 23, 2003, págs. 143 a 179.

_____, *Aspectos básicos de La responsabilidad civil médica*, Ed. Aranzadi, 2010;

GARCIA LOPEZ, Rafael, *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina e jurisprudencia*, Ed. José María Bosh, Barcelona, 1990;

GAYOSO ARIAS, *La reparación del daño moral en derecho natural y positivo*, em R. D. P., 1918, pp. 324 e ss;

GOLDMAN, Robert, *A saúde do cérebro*, 2ª ed, Ed. Campus, Rio de Janeiro;

GOMES, Orlando, *Introdução ao direito civil*, 9ª Ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1987;

_____, *Introdução ao direito civil*, 16ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2000;

_____, *Introdução ao direito civil*, 18ª ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2001, p.141;

GÓMEZ POMAR, Fernando, *Daño Moral*, Indret número 334, Barcelona, outubro de 1999, p. 1, www.indret.com, consultado em 30.01.2012;

_____, *Carga de la prueba y responsabilidad objetiva*, Indret número 1/2001, Barcelona, janeiro de 2001, p. 2, www.indret.com, consultado em 30/01/2012;

GOMEZ CALLE, Esther, *Los sujetos de la responsabilidad Civil. La responsabilidad por el hecho ajeno*, em FERNANDO REGLERO CAMPOS (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2ª ed., Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2003;

GONÇALVES FERREIRA FILHO, Manoel, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Ed. Saraiva, V. I, São Paulo, 1990;

GONÇALVES, Carlos Roberto, *Responsabilidade Civil*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2008, p. 18.

GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo, “Responsabilidade por dano não patrimonial e interesse difuso (dano moral coletivo)”, *Revista da EMERJ – Escola da Magistratura do Rio de Janeiro*, v. 3, n. 9, p. 21-42;

GUERRIERI BARBOSA, VIANA, Patrícia, *Dano Moral à Pessoa Jurídica*, Ed. Lúmen Juris, Rio de Janeiro, 2002;

HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*, 2ª edição, Volume I, Tomo 2º. Ed. Revista Forense, 1953;

JESUS, Damásio E. De, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, Ed. Saraiva, São Paulo, v. 33, 1977;

JEOVÁ DOS SANTOS, Antonio, *Dano Moral Indenizável*, 4ª ed, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003;

LANGE, Hermann, SCHIEMANN, Gottfried, *Schadensersatz*, 3. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2003;

LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, Trd. Jaime Santos Briz, Ed. RDP, Madrid, 1959;

LARROUMET, Christian, *A propósito de la negación de la responsabilidad contractual en la doctrina francesa reciente*, in: Pizarro, Carlos (edit.), *Temas de Responsabilidad Civil*, Cuadernos de Análisis Jurídicos (Santiago, Universidad Diego Portales) pp. 17 a 32, 2004;

LASARTE ALVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil Tomo II, Obligaciones*, Ed. Trivium, Madrid, 2004;

LE TORNEAU, *La responsabilité civile*, Paris, 1996;

LETE DEL RIO, J. M., *Derecho de Obligaciones*, Vol. II Ed. Tecnos, Madrid, 1995;

LIMA, Alvino, *Culpa e Risco*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1960;

LIMINGI FRANÇA, Rubens, *Direitos privados de personalidade: subsídios para a sua especificação e sistematização*, Ed. Revista dos Tribunais, ano 55, n. 370 , São Paulo, 1966;

_____, *Reparação do dano moral*, Ed. Revista dos tribunais, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 77, n. 631, mai. 1988;

_____, *Manual de direito civil*, 3ª Ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975;

MAGALDI, M^a J., *La Legítima Defensa*, Ed. Bosch, Barcelona, 1976;

MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent, STOFFEL-MUNCK, Philippe, *Les Obligations*, 2e ed., Defrénois, Paris, 2005, n. 961, p. 506;

MARKESINIS, Basil, UNBERATH, Hannes, JOHNSTON, Angus, *The German Law of Contract. A comparative Treatise*, 2 nd ed., Hart, Oxford and Portland , Oregon, 2006;

MARMITT, Arnaldo, *Dano Moral*, Ed. Aide, Rio de Janeiro, 1999;

MARQUES, Amadeu, *In a word – Numa palavra*, Ed. Ática, São Paulo, 1992;

MARQUES, José Frederico, *Tratado de direito penal*, V. 2, Ed. Saraiva, São Paulo, pp. 131 e ss;

MARTÍN ZAVALA, Rodolfo; ZAVALA GONÇALVES, Matilde, *Indemnización punitiva. Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, Ed.

Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997;

MARTÍN-CASALS M., “Comentario a Sentencia de 31 de Octubre de 2002, Daños morales derivados de incumplimiento contractual”, *CCJC Enero/Abril* 2003;

MARTÍNEZ SARRIÓN, Angel, *La evolución del derecho de daños*, en *Derecho de daños*, Luis Ribó Durán Coordinador, Ed. Boch, Barcelona, 1992;

MARZAGÃO BARBUTO NETO, Antônio; PENTEADO MANENTE, Virgílio P., *Os danos punitivos do Direito Norte-Americano e sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro*, Revista Jus Vigilantibus – WWW.Jusvi.com -, Segunda-feira, 30 de dezembro de 2002, acessado em 10 de janeiro de 2012;

MATOS ROCHA, Maria Isabel de, *A Reparação do Dano Moral da Morte*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 689, Mar-1992 (Periódico);

MAZEAUD, H. E L e Tunc, A., *Obligations en général et responsabilité civile.*, *Comentário jurisprudencial*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, Trad. Betina Pohl Meinhardt, 1957;

MEDINA CRESPO, Mariano; MEDINA ALCOZ, María; MEDINA ALCOZ, Luis; *La fuerza mayor y su condicionada virtualidad exoneradora em sede de responsabilidad civil*, in www.asociacionabogadosrcs.org, consultado em 01/02/2012;

MELO DA SILVA, Wilson, *O dano moral e sua reparação*, 3ª ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1983;

_____, *O dano moral e sua reparação*, 3ª ed., (Ed. Histórica), Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1999;

MENDES DELGADO, Rodrigo, *O Valor do Dano Moral*, como chegar até ele, Ed. JH Mizuno, 2ª ed., São Paulo, 2004;

MICHOUD, León. *La théorie de la personnalité morale*. Paris: LGDJ 1932, p. 209 et. seq. *Apud* AMARANTE, Aparecida I. Responsabilidade civil por dano à honra. 4 ed. rev. e atual., Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1998;

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. PPU, 3ª Ed., Barcelona, 1990;

MIRANDA, Pontes de, *Tratado de Direito Privado*, 3ª ed, Ed. Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, t. LIII, 1972;

MONATERI, P. G., La responsabilit  Civile, em SACCO, R., (dir.), *Trattato di Diritto Civile*, UTET, Torino, 1998;

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por da os*, Ed. Editar, Buenos Aires, 1971;

_____, *Responsabilidad Civil*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1992;

MOTA FERRAZ DE ARRUDA, Augusto Francisco, *Dano moral puro ou psíquico*, 1ª ed., Ed. Juarez de Oliveira, São Paulo, 1999, p. 02;

MU OZ CONDE, Francisco., GARCIA ARAN, Mercedes., *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996;

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de, *Novo código Civil e Legisla o Extravagante Anotados*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002;

ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1952;

OSÓRIO DE AZEVEDO JÚNIOR, José, *O Dano Moral e sua avaliação*, 1996, nº 49 (Periódico);

PACCHIONI, *Del resarcimiento dei danni morali*, en Riv. Dir. Comm., 1911;

PANTALEÓN, Prieto, *Del concepto del daño*, tesis doctoral inédita, Universidad Autónoma de Madrid, 1981, p. 742/818, in BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2007;

PANTALEÓN PRIETO, “*Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*”, AAVV, *Centenario del Código Civil*, II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, ECE Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 1563, in GARCÍA GARNICA, María Del Carmen, *Aspectos básicos de La responsabilidad civil médica*, Ed. Aranzadi, 2010;

PARIZATTO, João Roberto, *Dano Moral*, Ed. Edipa, Minas Gerais, 1998;

PENTEADO MANENTE, Luiz Virgílio P., Antonio Marzagão Barbuto, *Indenizações milionárias*, www. Conjur.com.br, 2002, acessado em 17/07/02;

PEREIRA DA SILVA, Caio Mário, *Instituições de direito civil - vol. I*. 22^a ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2008;

PEREIRA LIRA, Ricardo, *Ato ilícito*, Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, nº 49, 1996, p 84 a 93;

PIZARRO, Ramón Daniel, *Daño Moral*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2000;

Planiol Marcelo y Ripert Jorge, *Tratado práctico del derecho civil francés*, Ed. Cultural S.A. Habana, 1927;

PONTES DE MIRANDA, F. C., *Direito das obrigações, Dever de reparação e danos reparáveis, Tratado de direito privado*, Tomo 26, título 5, cap. 3, Ed. Borsoi, Rio de Janeiro, 1954 -1969;

_____, *Direitos de personalidade, Tratado de direito privado*, Tomo 7, livro 1, Ed. Borsoi, Rio de Janeiro, 1954 - 1969;

PORTO DE OLIVEIRA, Marcius Geraldo, *Dano Moral – Proteção Jurídica da Consciência*, 3ª ed, Ed. LED – Ed. de Direito LTDA, São Paulo, 2003;

REIS, Clayton, *Avaliação do Dano Moral*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998;

_____, *Dano Moral*, 4ª ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998;

_____, *Dano Moral*, Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial, Ed. Revista dos Tribunais, ano 8, n. 28, abr/jun, São Paulo, 1984;

ROCA TRIAS, Encarna, *El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español*, Indret número 4/2009, Barcelona, outubro de 2009, p. 5, www.indret.com, consultado em 30/01/2012;

RODHOLFO, João, *Aspectos Jurídicos na Recusa da Aceitação e Transfusão de Sangue, Jus Navigandi*, 31 ago. 2008. Disponível em: <http://>

nalei.com.br/blog/aspectos-juridicos-na-recusa-da-aceitacao-e-transfusao-de-sangue-476/. Acesso em 30 de janeiro de 2012;

RODRIGUES, Silvio, *Direito Civil*, 4ª ed, v. 4, Ed. Saraiva, São Paulo, 1975;

_____, *Direito Civil aplicado*, Ed. Saraiva, São Paulo, v. 7, 1996;

_____, *Direito civil*. 28ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, V. I, 1998;

_____, *Direito Civil*, 19ª ed., v. 4, Ed. Saraiva, São Paulo, 2002;

_____, *Direito civil*, 33ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, V. I, 2003;

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, *Daño moral y persona jurídica: Contradicción entre la doctrina de la Sala 1ª y la Sala 2ª del Tribunal Supremo, Comentario a la STS, 2ª, 24.2.2005*, Indret número 334, Barcelona, abril de 2006, p. 9, www.indret.com, consultado em 10.08.2011;

ROGEL VIDE, C., *La responsabilidad civil extracontractual, Introducción al estudio jurisprudencial*, Ed. Civitas, Madrid, 1977;

ROGERS, W. V H., Winfield & Jolowicz: *On Tort*, 16ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2002;

ROLDÃO DE FREITAS GOMES, Luiz, *Noção de pessoa no direito brasileiro*, Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 16, n. 73, jul.- set. 1992;

SAHIONE FADEL, Sergio, *Código de processo civil comentado*, 1ª ed, 3º tri, José Confiro Editor, tomo III, São Paulo, 1972;

SÁLVO VENOSA, Silvio de, *Direito Civil*, Parte Geral, 6ª ed., V I, Ed. Atlas,

São Paulo, 2006;

SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil*, 4ª ed., Ed. Montecorvo S.A., Madrid, 1986;

SAVATIER, Renè, *Traité de La responsabilit  civile*, 12ª Ed., Ed. Librairie Générale, Paris, 1951;

SCOGNAMIGLIO, Renato, *Danno morale*, en Novissimo Digesto Italiano, T. V., Ed. Utet, Torino, 1957-1975, pp. 146 e ss;

SCHIEMANN, Gottfried (2005), "*Kommentar zum   253 BGB*", in J. VON STAUDINGER (MICHAEL MARTINEK, Redaktor), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einf hrungsgesetz und Nebengesetzen*, Sellier – de Gruyter, Berlin;

SEVERO, Sérgio, *Os Danos Extrapatrimoniais*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1996;

SILVA PEREIRA, Caio Mário da, *Responsabilidade Civil*, 4 ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1993;

SILVA, De Plácido e, *Vocabulário Jurídico*, 12 ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, Vol. II, 1993;

_____, *Vocabulário Jurídico*, 8ª ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, Vol. I A-C, V. II D-I, 1984;

_____, *Vocabulário jurídico*. 15ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998;

SOARES, Orlando, *Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro*, 2 ed, Ed.

Forense, Rio de Janeiro, 1997;

SOTO NIETO, Valoración del perjuicio estético, *Diario La Ley*, núm. 523, 15 de abril de 2002;

TARSO VIEIRA SANSEVERINO, Paulo de, *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*, 2ª ed, Ed. Saraiva, São Paulo, 2007;

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz, *Novo Código Civil: tutela da dignidade da pessoa humana no casamento*, *Revista do Advogado*, p. 122;

VELOSO DE FRANÇA, Genival, *Avaliação e valoração médico-legal do dano psíquico*, www.direitonet.com.br, 2000, acessado em 25/07/2002;

VIGARAY, Alvarez, *La Responsabilidad por daño moral*, em A.D.C., 1996, pp. 81 e ss;

VILAÇA DE AZEVEDO, Álvaro, *Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil*. 10ª ed. Ed. Atlas, São Paulo, 2004.

VINEY Y JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 2ª ed., N. 260, Paris, 1998;

VINEY, Geneviève, *La réparation du pretium doloris*, Rapport général, XI Congrès International de Droit Comparé, Caracas, 1982, n. 6;

VITRAL, Waldir, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, Ed. Saraiva, São Paulo, V. 48, 1977;

WILLI ROTHMANN, Gerd, *Standard jurídico*, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, Ed. Saraiva, v. 70, São Paulo, 1977 (Periódico);

YERGA Álvaro Luna; GONZÁLEZ, Sonia Ramos González; MARÌN GARCIA, Ignacio, *Guía de Baremos, Valoración de daños causados por accidentes de circulación, de navegación aérea y por prisión indebida*, *Indret* número 370, Barcelona, julho de 2006, p. 4/5, www.indret.com, consultado em 20.01.2012;

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de Responsabilidad Civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001;

_____ *La unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual (visión europea), Responsabilidad por daños em el tercer milênio*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997;

ZAMPROGNA MATIELO, Fabrício, *Dano material, reparações, dano moral*, 4ª ed, Ed, Ed. Sagra Luzzatto, Porto Alegre, 1998;

ZANNONI, Eduardo, *El danõ em la responsabilidad civil*, 2ª ed, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993;

ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, *Ressarcimento de Daños*, 2ª ed., Daños a las Personas, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1993;

ZENUN, Augusto, *Dano moral e sua reparaçãõ*, 7ª ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998;