



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

FRANCISCO MATHEUS ALVES MELO

**O DANO MORAL NA PERSPECTIVA DO STJ:
ANÁLISE DOS CRITÉRIOS DETERMINANTES DE SUA
OCORRÊNCIA NAS DECISÕES DA 2ª SEÇÃO NO ANO
DE 2009**

FORTALEZA
2010

FRANCISCO MATHEUS ALVES MELO

**O DANO MORAL NA PERSPECTIVA DO STJ:
ANÁLISE DOS CRITÉRIOS DETERMINANTES DE SUA
OCORRÊNCIA NAS DECISÕES DA 2ª SEÇÃO NO ANO
DE 2009**

Monografia apresentada ao Curso de Direito,
da Universidade Federal do Ceará (UFC),
como requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Joyceane Bezerra de
Menezes.

**Fortaleza
2010**

FRANCISCO MATHEUS ALVES MELO

**O DANO MORAL NA PERSPECTIVA DO STJ:
ANÁLISE DOS CRITÉRIOS DETERMINANTES DE SUA
OCORRÊNCIA NAS DECISÕES DA 2ª SEÇÃO NO ANO
DE 2009.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Federal do Ceará (UFC), como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Joyceane Bezerra de Menezes (Orientadora).
Universidade Federal do Ceará.

Prof. Bruno Cunha Weyne
Universidade Federal do Ceará.

Prof. Francisco de Assis Filgueira Mendes.
Universidade Federal do Ceará.

A meus pais, Hildebrando e Lindoia.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pois foi Ele que me deu o dom da vida e da inteligência. Com a graça divina, reconheço que as glórias alcançadas e as dificuldades superadas fazem parte do plano do Senhor.

Aos meus pais, pela minha formação estudantil, pela educação moral, por acreditarem nos meus sonhos e por não medirem esforços para que eu pudesse atingir minhas vitórias.

Aos meus irmãos, Hildebrando, Marina e Ricardo, perto ou longe, pela inspiração e compreensão fraternal.

À minha namorada, Natália, por lutar todos os dias pelo nosso amor, por acreditar nessa conquista e também no nosso futuro, pela cumplicidade e pelo afago nos momentos que mais precisei.

À minha afilhada, por me fazer compreender o amor incondicional e por fortalecer os nossos laços de família.

Aos meus amigos, Camila, Cynthia, Davi, João Netto e Thaís, por me mostrarem o verdadeiro sentido da amizade, por estarem nos momentos felizes e principalmente nos momentos difíceis.

“Teu dever é lutar pelo Direito. Mas no dia em que encontrares o Direito em conflito com a Justiça, lute pela Justiça”.

Os Mandamentos do Advogado,
Juan Eduardo Couture Etcheverry

RESUMO

Todas as atitudes de qualquer homem estão atreladas a uma consequência, uma contraprestação. A responsabilidade está intrinsecamente ligada aos ditames da vida social. O dever de reparar o prejuízo causado a outrem é inerente à humanidade, às regras de civilidade. Todavia, o presente estudo tem como foco a responsabilidade jurídica, ou seja, a contraprestação decorrente de violações ou obrigações legais. O instituto da responsabilidade civil existe desde os tempos do Código de Hammurabi. E através do tempo as noções sobre o tema foram evoluindo. Anteriormente, a responsabilidade subjetiva, baseada na culpa, era suprema; hoje, a palavra de ordem é a responsabilidade objetiva, em que as atividades de risco prescindem de prova da culpa. Do mesmo modo, a concepção do dano moral mostra-se flexível, fluida de acordo com a mudança espaço-temporal, afinal está diretamente ligada aos valores sociais de justiça e à dignidade humana. Assim, a falta de conceitos precisos sobre a lesão extrapatrimonial, seja pelo tema ser abstrato ou seja pelas constantes mudanças decorrentes das inovações tecnológicas e das variações das relações sociais, acarretam a falta de critérios precisos para definir e avaliar o dano moral. Em busca de soluções a doutrina e a jurisprudência estipularam inúmeros os conceitos e os critérios avaliativos sobre o tema. Como consequência, na prática, os magistrados, os únicos competentes para arbitrar sobre o tema, por serem livres para qualificar o dano moral, adotaram os mais diversos critérios. A ação de indenização por dano moral acabou por se tornar uma verdadeira loteria. Por fim, o presente estudo dedica-se a analisar os principais quesitos adotados tema corte máxima sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça, sob o foco das decisões judiciais proferidas em 2009 pela 2ª Seção.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Dano Moral. Dignidade Humana. STJ.

ABSTRACT

All attitudes of any man are pegged to a consequence, a consideration. Responsibility is intrinsically linked to the dictates of social life. The duty to repair the injury caused to others is inherent humanity, as rules of civility. However, this study focuses on the legal responsibility, in another words, the consideration arising from violations or legal obligations. The civil liability exists since the times of the code of Hammurabi. And over time the notions about the theme were evolving. Previously, the subjective liability based on fault, was the major rule; today, the watchword is the objective responsibility, which the activities of risk don't need any evidence of guilt. Similarly, the concept of moral damages shows itself flexible, fluid according to changing in space and time, after all it is directly linked to the values of social justice and dignity humanal. Therefore, the lack of a precise concept about the moral damage, caused by abstraction of the issue or by the constant changes arising from technological innovations and changes on the relationships, entail the lack of precise criteria to define and measure the damage. In search of solutions to doctrine and jurisprudence reached numerous concepts and criteria on the theme. As a result, in practice, the judges, the only ones competent to arbitrate on the topic, being free to qualify the moral damage, have adopted the most diverse criteria. The lawsuits about moral damages eventually could be compared to a lottery ticket. In the end, this dissertation applies itself to analyse the major criteria used by the Supreme Court on this subject, the Superior Tribunal de Justiça, under the focus of the judgements of the 2nd Section during the year of 2009.

Keywords: Civil liability. Moral Damage. Human Dignity. STJ.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO I – DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	15
1.1 Introdução.....	15
1.2 A evolução da responsabilidade civil.....	16
1.2.1 Noções sobre responsabilidade civil.....	16
1.2.2 A responsabilidade civil no direito romano.....	16
1.2.3 A responsabilidade civil no Direito francês.....	18
1.2.4 A responsabilidade civil no Direito português	18
1.2.5 A responsabilidade civil no Direito brasileiro.....	19
1.2.6 Novas tendências da responsabilidade civil	21
1.3 As teorias sobre a responsabilidade civil.....	21
1.3.1 A teoria da culpa.....	22
1.3.1.1 A culpa no direito romano.....	22
1.3.1.2 A teoria de Domat e Pothier e o Código Civil francês.....	22
1.3.1.3 A culpa no direito alemão.....	23
1.3.1.4 A culpa no direito brasileiro.....	24
1.3.1.5 Crítica à teoria da culpa.....	24
1.3.2 A teoria do risco.....	25
1.3.2.1 Os precursores da doutrina do risco.....	26
1.3.2.2 A corrente alemã (Mataja, Merkel, Unger e Bentham).....	27
1.3.2.3 A corrente francesa.....	28
1.3.2.4 Crítica à teoria do risco.....	31
1.3.2.5 A defesa da teoria objetiva e a refutação das doutrinas extremistas.....	32
1.3.2.6 Os sistemas de conciliação e sua crítica.....	34
1.4 Os elementos da responsabilidade civil.....	34
1.4.1 O fato.....	35
1.4.2 O Nexo causal.....	37
1.4.3 O dolo e a culpa.....	37
1.4.3.1 Noções de culpa.....	38

1.4.3.2 Distinção entre dolo e culpa.....	38
1.4.3.3 A definição de culpa.....	39
1.4.3.4 A culpa no sistema do Código Civil brasileiro.....	40
1.4.4 O dano.....	40
1.4.4.1 O dano material.....	41
1.4.4.2 O dano estético.....	42
1.4.4.3 O dano moral.....	42
CAPÍTULO II – DO DANO MORAL	43
2.1 Introdução.....	43
2.2 A dignidade da pessoa humana e o dano moral.....	43
2.2.1 O conceito filosófico de dignidade.....	44
2.2.2 A expressão jurídica da dignidade humana.....	45
2.2.2.1 O direito à igualdade.....	46
2.2.2.2 A tutela da integridade psicofísica.....	47
2.2.2.3 O direito à liberdade.....	47
2.2.2.4 O direito-dever de solidariedade social.....	48
2.2.3 O dano moral como lesão à dignidade.....	49
2.3 A caracterização do dano moral	50
2.3.1 O dano indenizável.....	50
2.3.2 Dano patrimonial e dano extrapatrimonial.....	51
2.3.3 A "injustiça" do dano.....	52
2.3.4 O dano moral segundo a metodologia civil-constitucional.....	53
2.4. O caráter punitivo da reparação do dano moral.....	55
2.4.1 A dicotomia público-privado e a exclusão da pena do âmbito da indenização.....	55
2.4.2 A concepção de culpa para a reparação do dano moral.....	56
2.4.3 A função punitiva e seus critérios constitutivos.....	57
2.4.4 Críticas à tese de um genérico caráter punitivo e à sua admissibilidade em hipóteses excepcionais.....	58
CAPÍTULO III - CRITÉRIOS INDENIZATÓRIOS E A ANÁLISE DAS DECISÕES DA 2ª SEÇÃO DO STJ EM 2009 SOBRE DANOS MORAIS.....	60
3.1 Introdução.....	60

3.2 Os critérios valorativos da decisão sobre dano moral.....	60
3.2.1 O papel do juiz no arbitramento do <i>quantum debeatur</i> e a motivação da decisão.....	60
3.2.2 Os critérios de avaliação adotados nas decisões sobre dano moral.....	63
3.3 Análise das decisões do STJ em 2009 sobre danos morais.....	67
3.3.1 A competência do STJ.....	68
3.3.2 A composição do STJ.....	69
3.3.3 Os principais critérios adotados pela 4ª Turma do STJ.....	70
 CONSIDERAÇÕES FINAIS	77
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	81

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é marcada pelo caráter principiológico. Em outras palavras, no Brasil prevalecem as normas constitucionais de alto grau de abstração responsáveis por consagrar valores. Neste sentido, Konrad Hesse¹ defende que a constituição é a base de um ordenamento jurídico, cujo papel como lei fundamental é dar conformação jurídica a uma comunidade, a partir de certos princípios fundamentais. Assim, com o advento da atual Carta Magna, os direitos e garantias fundamentais do indivíduo passaram a ter destaque. Em consequência, a proteção à dignidade da pessoa, no caso a reparação ao dano causado de tal natureza, é posta em evidência.

Na verdade, como se pode extrair da literatura clássica, o instituto da responsabilidade civil remete aos tempos do Direito Romano, das Leis Aquilianas e do Código de Hammurabi, afinal, de acordo com José de Aguiar Dias, “toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”². Devendo-se atentar para o fato que cabe ao direito, como meio garantidor da paz social, buscar a justiça, determinando quando um dano deve ser suportado por um sujeito ou por outro.

A doutrina mais moderna, em contrapartida, defende que a responsabilidade civil desempenha papel revolucionário, já que concretiza um meio de mediação entre as práticas sociais e a tutela jurídica. A sua fundamentação está fortemente vinculada às escolhas político-filosóficas (se comparada às evidências lógico-rationais) da determinação da responsabilidade civil. Deste modo, a sociedade determina quais situações geram a responsabilização pelo dano sofrido. Logo, atenta-se para a sua flexibilização diante de fatores como o local, o tempo e os valores.

Assim, deve-se observar ainda que as mudanças normativas são reflexos das escolhas do constituinte e do legislador. De modo que compete a eles determinar dentre vários quesitos em que situações resta configurado o dano e qual a modalidade de responsabilidade deve ser adotada.

Logo, o constituinte e, conseqüentemente, o legislador deve escolher quanto à relevância da intenção do ofensor se responsabilização deve ser subjetiva ou objetiva. A primeira está correlacionada com a teoria da culpa. De acordo com tal teoria, para haver a

¹HESSE, Konrad apud Gilmar Mendes. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 11.

²DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3.

configuração da reparação civil se faz necessário a presença da culpa e do dolo, ou seja, deve haver culpa pelo ofensor para gerar o direito de indenização. A segunda é vinculada com a teoria do risco que, em síntese, consiste no ônus da reparação pelo simples fato do ofensor ter gerado o dano a outrem.

No Brasil, as mudanças legislativas no campo da responsabilidade civil tornaram perceptíveis com a Constituição de 1988. Ela expandiu as hipóteses de danos indenizáveis, já que a Lei Maior busca por em prática, além da justiça, a solidariedade social.

Inclusive, o ordenamento jurídico brasileiro atualmente adota a responsabilidade subjetiva como regra. Todavia, no que se refere ao dano moral, vale a teoria do risco, fruto da responsabilidade objetiva. Isto significa que se abandonou o modelo de culpa como dever geral de não lesar e passou, então, a conceituá-la como desvio de padrão de conduta (com base na boa-fé e da diligência média). Assim, de acordo com a redação do artigo 927 do Código Civil de 2002, basta a pessoa ter dado causa a dano à outrem para ficar obrigado a repará-lo.

Por ora, dentre os elementos da responsabilidade civil (fato, nexa causal e dano), deve-se destacar o último, o qual pode ser conceituado como prejuízo enfrentado por alguém face atos de terceiro. Por sua vez, o dano é subdividido em danos materiais e morais (a quem defende ainda a existência de uma terceira modalidade, os danos estéticos).

Os danos morais, de modo específico para o presente estudo, podem ser compreendidos, extraído das lições de Savatier apud Mirna Cianci, como “qualquer sofrimento que não é causado por uma perda pecuniária e abrange todo atentado à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor-próprio estético, à sua inteligência, às suas afeições, etc. [...]”³.

Como se pode notar, trata-se de temática abstrata, de difícil precisão no caso concreto. Por conta disso, é lamentável que a Carta Magna de 1988 e o Código Civil de 2002 tenham se omitido em estabelecerem meios, parâmetros legais que permitissem um padrão de critérios para a mensuração do *quantum* indenizatório e da estipulação de danos morais.

Devido às incertezas supramencionadas causadas pela inexistência de critérios seguros, bem como pela falta de apuro na elaboração técnico-jurídica dos fundamentos do dano moral, gerou uma gama de problemas não resolvidos no âmbito da reparação da ofensa à dignidade humana. E, assim, possibilitou a existência de várias decisões discrepantes que versavam sobre o mesmo tema.

³ SAVATIER, René apud Mirna Cianci. **O Valor da Reparação Moral**, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5.

Portanto, o presente trabalho acadêmico tem como escopo o debate e esclarecimento sobre quais seriam os critérios para a estipulação do dano moral e do seu *quantum* indenizatório, a partir de análise das decisões do Superior Tribunal de Justiça no ano de 2009 com base nos pontos suscitados nas obras de Maria Celina Bodin de Moraes e Mirna Ciani.

I. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 Introdução

A palavra “responsabilidade” em si, de forma genérica, está ligada a idéia de assumir as conseqüências de ato ou omissão. Em outras palavras, as todas as atitudes de qualquer homem estão atreladas a uma conseqüência, uma contraprestação.

Esta concepção tão abstrata dificulta a conceituação do instituto da responsabilidade, que dependendo do aspecto escolhido pode tomar inúmeras noções diferentes. Assim, enquanto a doutrina do livre-arbítrio defende uma visão que repugna à ciência. Outros já fundamentam a responsabilidade como a diferença entre a psicologia normal e a patológica. Por último, ainda existem aqueles que se filiam a perspectiva sociológica, a qual define como reflexões de fato exterior e social no âmbito individual e psicológico.

Como se pode notar, a responsabilidade não se trata de fenômeno exclusivo da seara do universo jurídico. Ela está intrinsecamente ligada aos ditames da vida social. Todavia, o presente estudo tem como foco a responsabilidade jurídica, ou seja, a contraprestação decorrente de violações ou obrigações legais.

Portanto, apesar da proximidade entre a moral e o direito, já que não há regra de direito sem base na ordem moral, faz mister distinguir a responsabilidade jurídica da responsabilidade moral. Esta possui um campo de aplicação mais amplo, está relacionada com o problema do pecado (estado da alma); enquanto aquela se restringe em manter a paz social, voltada à reparação apenas de situações que gerem prejuízo.

Além disso, deve-se observar que a ciência do Direito se divide em vários ramos didáticos, a exemplo da vertente penal, tributária, constitucional e a civil. A cada um desses campos de estudo existe uma análise do fenômeno da responsabilidade. Por causa disso, deve-se distinguir de plano a responsabilidade penal da civil.

Por conta do princípio da intervenção mínima, o Direito Penal só resolve situações que os demais ramos do direito não possam solucionar. Logo, a responsabilidade penal no mesmo sentido pode ser sintetizada pelas seguintes características: dano a ordem social, poder punitivo do Estado, pena, imputabilidade do agente, coação da pessoa do condenado.

A responsabilidade civil, por sua vez, pode ser compreendida como reparação ao prejuízo causado ao particular. Ao contrário da responsabilidade penal, ela se limita à resolução de ilícito civil entre particulares através da coação patrimonial – a indenização.

1.2 A evolução da responsabilidade civil

1.2.1 Noções sobre responsabilidade civil

A noção de responsabilidade civil é reflexo da própria evolução do direito. Extrai-se tal entendimento da premissa que desde os primórdios a busca por ressarcir o prejuízo causado a outrem, como meio de estabelecer o equilíbrio resultante do dano e a pacificação social.

Assim, pode-se dizer que os anseios sociais e as determinações legais influenciaram a constante mudança, evolução (e, quiçá, revolução) dos parâmetros de quais prejuízos poderiam ser ressarcidos e de que forma. Então, compete à responsabilidade civil alcançar um conceito moldável. Em síntese, utiliza-se das palavras do Mestre José de Aguiar Dias⁴ para demonstrar que tal instituto é:

[...] essencialmente dinâmico, tem de adaptar-se, transformar-se na mesma proporção em que envolve a civilização, há de ser dotado de flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época, o meio ou processo pelo qual, em face de nova técnica, de novas conquistas, de novos gêneros de atividade, assegure a finalidade de restabelecer o equilíbrio desfeito por ocasião do dano, considerado, em cada tempo, em função das condições sociais então vigentes.

Enquanto, a doutrina, a jurisprudência e a lei não conseguem chegar a consenso da definição de responsabilidade civil, cabe estudar sua evolução.

1.2.2 A responsabilidade civil no direito romano

Quanto aos estudos da evolução da responsabilidade civil é difícil precisar os momentos históricos da suas mudanças. Todavia, é certo que já nos tempos legislativos mais antigos existiam vestígios que o tema fora cogitado, a exemplo do Código de Hammurabi e o de Manu.

De acordo com os ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira e Carlos Roberto Gonçalves, nos primórdios da humanidade o elemento da culpa não era cogitado, de modo que o dano escapava do âmbito jurígeno. Tal período era dominado pela vingança privada, que pode ser compreendido como “forma primitiva, selvagem talvez, mas humana,

⁴ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**, 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 25

da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal”⁵.

Posteriormente, passou a valer como regra jurídica conhecida como talião, da qual se pode extrair o bordão “olho por olho, dente por dente”. Assim, o legislador inovou ao intervir na iniciativa privada e determinar quais as situações que garantiam a vítima o direito de retaliação.

Sucedese o período da composição. Nesse momento a vítima adquire o direito de receber dinheiro ou bens como reparação do dano causado. Nota-se que o princípio do talião é abandonado, uma vez que se percebe o duplo prejuízo que era causado pela retaliação, pois tanto o ofensor quanto o ofendidos eram lesados no fim das contas.

Num estágio mais avançado, quando a composição voluntária se vulgarizou, tornou-se necessário a intervenção do legislador, de modo a sancionar o seu uso. Logo, não era mais permitido às vítimas determinarem as condições da composição, dever-se-ia seguir os preceitos fixados pelas autoridades. Em outras palavras, “à medida que a pena privada perde o caráter de punição, toma corpo a idéia correlata de reparação”⁶.

Nessa fase, ainda não havia a distinção entre a responsabilidade civil e a penal, isto é, de modo indistinto a autoridade substituíu o particular na função de punir o causador do dano. Tal separação surgiu a partir da cisão dos delitos públicos (ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem) e os delitos privados. Essa separação foi fruto do desenvolvimento da civilização romana que ao constatar que as figuras delituais não eram suficientes para reparar o dano, criaram os *quasi delicta*.

Logo, quando o Estado atraiu para si a função de punir e, conseqüentemente, germinou no ordenamento jurídico a ação de indenização dos *quase delicta*. Deste modo, a responsabilidade civil passou a ocupar o mesmo patamar que a responsabilidade penal.

Entretanto, é somente com o advento da Lei Aquília que ocorre uma verdadeira revolução nos conceitos jus-romanísticos sobre a responsabilidade civil. É nela que surge a idéia do princípio geral regulador da reparação do dano. Defende-se que a Lei Aquília foi um marco para a origem do elemento “culpa” na reparação do dano. Inclusive, vale ressaltar que seu marco foi a substituição das penas fixas previstas (tabeladas) anteriormente pela pena proporcional ao dano causado. Em conseqüência, nota-se que a jurisprudência exerceu papel

⁵ LIMA, Alvino apud Carlos Roberto Gonçalves. **Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 4

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9ª ed., revista, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.

fundamental de estender quais situações e quais medidas deveria ser reparar o dano causado a outrem, ou seja, os aplicadores do direito alcançaram a noção do binômio dano-reparação.

1.2.3 A responsabilidade civil no Direito francês

O Código Civil francês é a base de inspiração e é tomada como modelo para as legislações modernas, já que consagrou um princípio geral da responsabilidade civil, afastando-se do critério de enumerar os casos de composição obrigatória.

Para alcançar tal conceito jurídico foi necessário um aperfeiçoamento realizado pouco a pouco das idéias originárias do tempo jus-românico.

Primeiro, foram estabelecidos princípios sensíveis aos outros povos, tais como o direito à reparação sempre que houvesse culpa (mesmo que leve) – separando, assim, a responsabilidade civil da responsabilidade penal – e a existência de culpa contratual. Foi nesta época que Domat se destacou por tecer as importantes observações acima transcritas sobre a reparação do dano. Portanto, segundo José de Aguiar Dias, ele estabeleceu a generalização do princípio aquiliano *in lege aquilia et levíssima culpa venit*.

Segundo, veio o Código de Napoleão que, inspirado nas lições de Domat e Pothier (as noções de culpa *in abstracto* e a distinção entre culpa delitual e culpa contratual), estabeleceu os seus artigos 1382 e 1383. Este foi o momento ímpar que cristalizou o entendimento que a culpa é elemento essencial para configurar a responsabilidade civil.

Por último, os tempos modernos estão relacionados com o desenvolvimento da jurisprudência. Os tribunais franceses desempenharam papel fundamental de atualizar e adaptar os textos do Código Civil francês para a realidade.

1.2.4 A responsabilidade civil no Direito português

As mais antigas referências ao instituto da responsabilidade civil no Direito português remetem aos tempos da invasão dos visigodos, mais precisamente à origem da primitiva legislação soberana de Portugal. Esta possuía fortes influências de cunho germânico, porém também existiam toques da doutrina cristã e injunções do meio ambiente.

Por oportuno, vale mencionar as lições extraídas da obra de José de Aguiar Dias, na qual se destacam as observações de Vicente de Azevedo sobre a legislação supramencionada. A partir delas, conclui-se que os visigodos não conseguiram estabelecer a distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade criminal.

O próximo momento marcante para o desenvolvimento da responsabilidade civil no direito português foi durante o reinado de Fernando III, quando se converteu o Código visigótico no *Fuero Juzgo*. Este foi considerado como fonte do direito ibérico, exercendo papel de destaque como fundo das demais legislações até o século XIX.

Já no período logo após a invasão árabe predominou o direito consuetudinário. Em síntese, pode-se observar que apesar do uso da reparação pecuniária nesses tempos, ainda era usual a composição, as penas corporais e a vingança privada.

Nas Partidas, normas dispostas em diversos textos notoriamente influenciadas pelo direito romano, contemplaram vários casos de responsabilidade civil. Destaca-se a seguinte peculiaridade: as diferenças de classe influíam no direito de reparação do dano.

Por último, as Ordenações do reino, direito vigente no Brasil colonial, encerraram a tradicional confusão entre a reparação, a pena e a multa.

1.2.5 A responsabilidade civil no Direito brasileiro

O Código Criminal de 1830, seguindo as orientações da Constituição do Império, foi a concretização do código civil e criminal fundado nos preceitos de justiça e equidade.

O diploma retro mencionado foi considerado inovador para o seu tempo, uma vez que ao instituir regras intituladas no seu capítulo IV como “da satisfação”. Estas normas possibilitavam que os tribunais pudessem recorrer e tomar como orientação segura para apreciar os casos de responsabilidade civil.

Segundo José de Aguiar Dias⁷, tal código continha disposições bastante detalhadas sobre a responsabilidade civil, chegando a tratar dos seguintes temas:

a reparação natural, quando possível, a garantia da indenização (o legislador não hesitou em ir a extremos, na preocupação de assegurá-la), a solução da dúvida em favor do ofendido, a integridade da reparação (até onde possível), a contagem dos juros reparatórios, a solidariedade, a hipoteca legal, a transmissibilidade do dever de reparar e do crédito de indenização aos herdeiros, a preferência do direito de reparação sobre o pagamento de multas etc.

A única disposição que se destacava por ser um retrocesso foi a que previu a subordinação da reparação à condenação.

Apesar dos inúmeros fatores positivos já mencionados, as disposições do Código Criminal, no que tratava da reparação de dano, mostraram-se ineficazes. A causa estava no

⁷ DIAS, José de Aguiar. Ob. cit., p. 33.

excessivo rigor das normas, bem como o desconhecimento, por parte do legislador, das necessidades do país.

Em seguida, foi instituído no Brasil o Código Penal de 1890, o qual se limitou a reproduzir os princípios do Código Criminal de 1830.

Posteriormente, sobreveio o Código Penal de 1940. Este diploma manteve, de modo geral, a tradição quanto à influência da sentença criminal. Todavia, inovou ao estabelecer normas sobre a exeqüibilidade, na instância cível, da condenação proferida no crime contra o causador do dano; ou sobre o efeito preclusivo da sentença criminal que reconhecesse o estado de necessidade.

O Código Civil de 1916, por sua vez, mostrou-se fortemente influenciado pelas idéias da separação da responsabilidade civil da penal e pelo Código Civil francês. Pode-se sintetizar sobre tal diploma, nas palavras do mestre Silvio Rodrigues⁸:

O legislador de 1916 não deu à questão da responsabilidade civil um disciplinamento sistemático. Na Parte Geral, em dois artigos (159 e 160), consignou a regra geral da responsabilidade aquiliana e registrou algumas excludentes; ao depois compendiou, na Parte Especial, em dois diversos capítulos, outros dispositivos sobre o tema. Isso tudo, *data venia*, sem muita ordem, nem muita sistematização.

Sua atitude encontra escusa no fato de que, no momento em que se elaborou o projeto e foi ele discutido, a responsabilidade civil não havia alcançado, quer no campo teórico, quer no prático, a enorme difusão que passou a desfrutar mais tarde.

O passo mais recente na evolução da responsabilidade civil no Brasil foi o advento do Código Civil de 2002. Pode-se notar que o legislador adotou a teoria da responsabilidade subjetiva como regra geral, porém não excluiu a teoria do exercício de atividade perigosa nem o princípio da responsabilidade independentemente de culpa, os quais são aplicáveis aos casos previstos em lei. Em outras palavras, foram mantidos os preceitos da responsabilidade com base na culpa e da reparação mediante dano sofrido. Carlos Roberto Gonçalves⁹ ainda ressalta a principal inovação do novo Código Civil, qual seja, a possibilidade da jurisprudência determinadas atividades já existentes, ou que vierem a existir, como perigosas ou de risco, aplicando, assim, nesses casos a responsabilidade sem culpa.

1.2.6 Novas tendências da responsabilidade civil

⁸ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil - Responsabilidade civil**. v. 4. 20ª ed. rev. e atual. 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3.

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Ob. cit., p. 8.

De acordo com as proposições de José de Aguiar Dias, acompanhada da doutrina mais atual, o centro de preocupações em matéria de responsabilidade civil foi modificado. Se antes o que importava era o homem, de modo isolado, a problemática se ampliou, passando a considerar o homem dentro da coletividade e da sociedade.

Esta transformação é fruto do desaparecimento das fronteiras, que através da tecnologia, de modo que foram alterados hábitos, direitos, deveres e cultura para formação de uma sociedade interconectada.

Infelizmente, como se pode notar, enquanto os progressos tecnológicos acontecem em um curto espaço de tempo, as modificações no universo jurídico ocorrem de modo mais lento, face à rigidez do processo legislativo e à demora na consolidação de posicionamentos pela doutrina.

Assim, as situações envolvendo a responsabilidade civil e que ainda não possuem posicionamento legal, encontram solução em várias tendências jurisprudenciais e doutrinárias. Cabe destacar dentre elas a flexibilização dos tribunais quanto à exigência da prova do nexo causal; a coletivização das ações de responsabilidade civil; e a expansão do dano ressarcível para casos como dano por nascimento indesejado, dano à vida sexual etc.

1.3 As teorias sobre a responsabilidade civil

A responsabilidade civil possui duas vertentes que convivem em harmonia. Assim, dependendo da fundamentação que se dê à responsabilidade, o elemento culpa será considerado ou não para configurar a obrigação de reparar o dano.

A teoria clássica está diretamente relacionada com a culpa. Por conta disso, ela é mais conhecida por teoria da culpa. Também é chamada de responsabilidade subjetiva, logo que a culpa está ligada a concepções subjetivas, morais e intencionais do agente.

A responsabilidade objetiva, ou seja, aquela que não exige prova do elemento culpa para a sua constatação. Assim, a teoria do risco, que fundamenta esta modalidade, parte do preceito que o dever de reparar decorre do risco causado, logo a culpa é presumida.

A sua corrente clássica da é denominada de responsabilidade independente de culpa, ou seja, esta pode até existir, entretanto não tem relevância. O elemento primordial é relação de causalidade entre a ação e o dano.

A outra corrente da responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que, de algum modo, exerça atividade de risco, conseqüentemente, causa risco de

dano a terceiro. Por isso, esta pessoa que deu origem ao risco está obrigada a reparar o dano, ainda que não possua culpa.

1.3.1 A teoria da culpa

A fórmula de Von Ihering estabelece que “sem culpa, nenhuma reparação”. Como se pode notar, ele sintetiza a teoria da culpa em poucas palavras. Além disso, trata-se de frase influente até a atualidade.

1.3.1.1 A culpa no direito romano

Há uma divergência doutrina sobre a existência ou não da culpa nos conceitos de responsabilidade civil nos tempos romanos.

Os Mazeaud, acompanhados de outros autores como Betti, Cozzi, Pezzella e José de Aguiar Dias, defendem que a noção de culpa não fazia parte como elemento constitutivo do delito para a Lei Aquília, já que sua incorporação ao direito romano apenas aconteceu no final da República, sob influência de idéias gregas.

Em contrapartida, Girard, Gaston May, Ihering e outros afirmam que desde o período da Lei Aquília a culpa era considerada elemento indispensável para caracterizar o delito.

1.3.1.2 A teoria de Domat e Pothier e o Código Civil francês

A partir das noções do direito romano clássico Domat e Pothier formularam uma teoria que serviu de base inspiradora do Código Civil francês e, por conseguinte, para todas as legislações modernas.

Através da codificação, consagrou-se o princípio geral de aplicação ilimitada, o qual seria, nas palavras dos Mazeaud¹⁰, compreendido através da seguinte assertiva: “todo indivíduo é garante de seus atos, é uma das primeiras máximas da sociedade; segue-se daí que, se esse ato causa dano a outrem, aquele fica obrigado a repará-lo”.

No Código Civil francês, foram tratados tanto a responsabilidade decorrente da inexecução contratual quanto das obrigações sem convenção prévia, isto é, abordou-se os

¹⁰ Mazeaud apud José de Aguiar Dias, ob. cit. p. 58.

delitos e os quase-delitos. Quanto aos últimos, estabeleceu-se que deveria haver culpa para responsabilizar o autor do dano.

Vale destacar que o legislador dispensou a vontade de causar o dano (culpa delitual), era suficiente que o autor agisse com imprudência ou negligência (culpa quase-delitual). Constatava-se essa regra tanto no dispositivo do artigo 382, assim expresso: *“tout fait quelconque de l’homme qui cause à autrui dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer”*, quanto no artigo 1383 do mesmo código, transcrito a seguir: *“chacun est responsable du dommage qu’il a causé non seulement par son fait, mais encore par son négligence ou par son imprudence”*.

Faz mister destacar o problema hermenêutico da palavra “faute” do dispositivo acima transcrito. Tal palavra na língua francesa pode dar margem a duas interpretações. A primeira delas está relacionada a um sentido subjetivo, isto é, há uma censura moral imputável ao agente. A outra trata do sentido objetivo, que pode ser traduzido como infração à maneira de agir de um tipo-modelo determinado.

Todavia, José de Aguiar Dias¹¹ mencionando a obra de Gaston Morin alerta que atualmente a culpa deve ser compreendida como uma mentira jurídica cuja finalidade é camuflar a realidade. Mesmo que alguns autores franceses ainda sustentem a perspectiva objetiva sob as alegações que a culpa decorreria da infração de padrões abstratos de procedimento.

1.3.1.3 A culpa no direito alemão

De acordo com os estudos do mestre José de Aguiar Dias, a análise de Marton sobre o sistema alemão demonstrou a influência do direito justinianeu. Em outras palavras, permaneceu o entendimento que a responsabilidade decorreria da culpa, a qual se manifestaria por violações contratuais ou legais.

O mesmo doutrinador francês percebeu os vícios do direito alemão. Ele foi capaz de observar uma desarmonia, já que havia a estruturação sob noções subjetivas da culpa não seria condizente com uma delimitação objetiva da mesma.

Além disso, mostrou-se falho também o sistema alemão quanto às medidas adotadas para solucionar a dificuldade de provar a culpa do ofensor. Intentou-se inverter o ônus da prova e objetivar a noção da culpa, porém a primeira apresentava complicações para o autor no caso concreto e a segunda gerou o descrédito do próprio sistema.

¹¹ DIAS, José de Aguiar. Ob. cit. p. 60

Em suma, Marton concluiu que o sistema alemão possuía soluções insuficientes nos âmbitos teórico e jurídico.

1.3.1.4 A culpa no direito brasileiro

Como via de regra, o direito brasileiro adotou a responsabilidade civil subjetiva. Entretanto, ele não é aplicado isoladamente. Seguindo as legislações modernas, os dois sistemas são utilizados em harmonia pelo ordenamento nacional. Assim, enquanto para a maioria dos casos a prova da culpa é obrigatória; para casos especiais determinados pelo legislador aplica-se a responsabilidade civil objetiva.

1.3.1.5 Crítica à teoria da culpa

Alguns doutrinadores perceberam que havia situações que a reparação do dano seria condizente, mas que a noção de culpa não abrangia. Insatisfeitos com tal insuficiência, passaram a revisar o conceito de responsabilidade. Assim, como bem salientou Alvino Lima¹², pode-se afirmar que:

Foram os próprios defensores da teoria subjetiva que, verificando a impossibilidade de resolver o problema da responsabilidade e da reparação dos danos nos acanhados limites da culpa subjetiva, exigindo a impossibilidade moral, materializaram a noção de culpa.

Assim, como se pode notar a crítica à teoria da culpa está diretamente vinculada ao desenvolvimento das teorias da responsabilidade objetiva.

Marton já advertia que a doutrina subjetiva da culpa, ao invés de corresponder aos valores vigorosos e sadios, resultou em inconvenientes desmoralizadores. O mesmo investigou as causas que justificaram o acolhimento da teoria subjetiva pela ciência jurídica. Ele afirma que o fator essencial foi histórico, já que a base do Direito moderno tem origem no direito romano, o qual a responsabilidade extracontratual nunca foi um problema. Assim, para o professor de Budapeste¹³:

O grande erro e a grave omissão da teoria moderna do direito civil consistem precisamente em que, embora assistindo à obra de distinção entre o delito e a reparação, libertando esta idéia das restrições objetivas da Lei Aquília – obra realizada pelas codificações européias e, em primeiro lugar, pelo Código francês –

¹² Alvino Lima apud José de Aguiar Dias, ob. cit. p. 63.

¹³ Marton apud José de Aguiar Dias, ob. cit. p. 63

pensava poder manter esse ponto de vista ingênuo e antiquado, segundo o qual o fundamento da reparação não se poderia encontrar senão no delito, e que, portanto, sempre que se deparasse uma responsabilidade sem delito, conviria de qualquer forma imaginá-lo.

Em suma, a crítica à teoria da culpa concentra-se no fato da responsabilidade ter sido assimilada à culpabilidade (saber se a pessoa é responsável ou não pelo dano), em vez de se preocupar com a reparação do dano em si.

1.3.2 A teoria do risco

A teoria da responsabilidade objetiva, também conhecida como doutrina do risco, foi uma resposta doutrinária, uma solução encontrada para supostamente vencer as críticas à teoria da culpa. Em suma, a teoria do risco decorre historicamente da teoria da culpa.

Com a proposta de afastar o elemento moral da responsabilidade extracontratual, da pesquisa psicológica do íntimo do agente ou da possibilidade de previsão ou de diligência, a doutrina objetiva inovou ao ter como ponto de vista apenas a reparação.

Deste modo, a culpabilidade deixou de ser parâmetro de aferimento do dano e da reparação. Tais elementos, sob a nova acepção, passaram a ser encarados como simples consequência do fato causador da lesão de um bem jurídico. Isto deriva do fato de seus defensores entenderem ser crucial manter o equilíbrio de interesses, o qual não aconteceria com a responsabilidade subjetiva.

1.3.2.1 Os precursores da doutrina do risco

Alguns partidários da escola de direito natural no século XVIII, destacando Thomasius e Heineccius, foram responsáveis por dar início a uma nova visão sobre a responsabilidade civil. Foram eles que implantaram a idéia que o autor do dano deve ser responsabilizado independentemente da existência de culpa de sua parte.

A partir do questionamento sobre a culpabilidade ou a responsabilização dos incapazes, notou-se uma falha na teoria da culpa. Tal situação esdrúxula foi ignorada pelos redatores do Código Civil francês ao generalizar a presunção do elemento culpa. Porém, o legislador alemão do século XIX atentou-se para o caso e viu-se obrigado a reconhecer a responsabilidade sem culpa.

Karl Binding, apesar de ser um criminalista, foi o primeiro a se ocupar com o exame científico das bases teóricas da responsabilidade civil. Ele estudou o tema através da análise comparativa entre a pena, como consequência delitual, e a obrigação de reparar, como se tivesse origem diversa, chegando à conclusão que o fato de causar o dano já vincula ao dever de reparar. Entretanto, Marton¹⁴, ao criticar o jurista acima mencionado, primeiro observa que não faz sentido comparar um delito com uma violação do direito privado e seguida adverte que:

assim como, no caso da iluminação elétrica, a verdadeira causa do fenômeno é o dínamo produtor da corrente, e não o fio condutor, a que a lâmpada, para acender-se, deve estar ligada, assim também é o mandamento do legislador, a verdadeira força geradora da corrente da responsabilidade; a causalidade é, aí, tão-somente o fio condutor, que encaminha a sua aplicação aos casos concretos.

Deve-se destacar também a contribuição de Giacomo Venezian. Foi um doutrinador fortemente influenciado pelo positivismo jurídico. Buscou desvencilhar a responsabilidade civil de quesitos psíquicos, assim concebendo a reparação como consequência lógica do ato ilícito. Além disso, para ele, a reparação estaria no mesmo conjunto que a pena.

O pensamento de Venezian era errôneo, pois, assim como Binding, foi extremista ao ponto de focar seus estudos apenas nos casos de responsabilidade sem culpa, olvidando que se tratam dos casos anormais. Todavia, isso não anula a importante contribuição dada pelos precursores da teoria do risco para o desenvolvimento dos estudos sobre a responsabilidade civil.

1.3.2.2 A corrente alemã (Mataja, Merkel, Unger e Bentham)

A doutrina alemã filiada à teoria da responsabilidade sem culpa buscou sistematizar o tema, através de cinco princípios: do interesse ativo, da prevenção, da equidade ou do interesse preponderante, da repartição do dano e do caráter perigoso do ato.

O primeiro princípio decorre da máxima *cujus commodum, ejus periculum*. Mataja, Adolfo Merkel, Rodolfo Merkel e Unger resumem o preceito do interesse ativo através da idéia de que quem explora uma atividade de seu interesse deve colher as consequências decorrentes.

¹⁴ Marton apud José de Aguiar Dias, ob. cit. p. 66

O seguinte foi fundado na dificuldade da prova da responsabilidade. Pode-se traduzir como a inviabilidade de exonerar da pessoa a quem se atribui a responsabilidade, caso não prove que o fato resultou de causa exterior e alheia a sua atividade e impossível de ser por ela afastada.

O princípio da equidade, por sua vez, pode ser compreendido como uma variável dentro da responsabilidade civil. Deste modo, José de Aguiar Dias¹⁵ sintetiza a essência deste preceito, através da seguinte frase:

se a pessoa que causa o dano é economicamente forte, alargar-se o campo em que se enquadra a responsabilidade, mormente se o lesado é pouco afortunado; na situação oposta, restringe-se e se exclui, até, a ação de indenização, desde que o autor do dano tenha agido sem malícia ou culpa grave.

A repartição do dano, o quarto princípio, é fruto de Bentham, quem idealizou a indenização do dano pelo seguro. A sua versão aprimorada é a própria divisão da responsabilidade, tal como o seu melhor exemplo, o seguro de acidente, que cobre a responsabilidade não importando a origem do dano. A única ressalva a ser feita é o risco de prejudicar o princípio da prevenção, já que o agente passaria a agir com menos prudência e diligência por que a seguradora teria o dever de reparar qualquer dano causado.

O último princípio baseia-se na concepção de que o homem cria para o seu próximo um perigo particular. Tanto Marton quanto Aguiar Dias consideram tal preceito como falso, uma vez que frequentemente ele é utilizado como desculpa para agravar a responsabilidade do ofensor.

1.3.2.3 A corrente francesa

Apesar dos alemães terem dado origem à teoria do risco, foram os franceses que a divulgaram no meio jurídico. Seus maiores expoentes foram Saleilles e Josserand, os precursores franceses da teoria do risco.

A maior crítica levantada foi a forte inspiração do positivismo penal. Todavia, vale mencionar que tal influência não foi tão grande a ponto de demonstrar uma tendência materialista quanto os defensores da teoria do risco alegam. Pode-se provar o contrário através da presença de preceitos como a equidade e a solidariedade social nas invocações da teoria do risco.

¹⁵ DIAS, José de Aguiar. Ob. cit. p. 69

Não obstante, dizia-se que teoria objetiva estaria desvinculada com preceitos morais. Idéia errada por completo, tendo em vista que busca excluir causas imorais que excluíssem a responsabilidade. E pelos mesmos motivos não faz sentido as alegações de que tal doutrina seria cruel, por supostamente responsabilizar alguém que agisse de modo equivocado por limitação de inteligência.

Diante de tantas acusações contra a responsabilidade objetiva, surgem Raymond Saleilles e Louis Josserand para rebatê-las. Seus esforços foram tão importantes se sobrepõem a qualquer estudo realizado antes.

Entrementes, cabe mencionar que existiram outros autores alemães e italianos que defenderam a teoria objetiva. Deve-se destacar a contribuição de Ripert, Gaudemet, Veniamin, Teisseire, Savatier, Bettremieux, Demogue, Geny, Leclerq e Emmanuel Levy.

a) A doutrina de Saleilles

O doutrinador em questão é caracterizado pela sua visão radical. Suas idéias partiram da interpretação objetiva da palavra *faute* presente no artigo 1.382 do Código francês. No seu entendimento, tal dispositivo legal consistiria no próprio fato causador do dano, sem qualquer repercussão quanto ao elemento psicológico do ofensor. Em outras palavras, ele basicamente pregava a necessidade de substituir a culpa pela causalidade. Inclusive, a seu ver considerava falsa a teoria da culpa, defendendo que seria mais equitativo e digno que cada pessoa assumisse os riscos de suas atividades voluntárias e livres.

Conforme salienta Dias Aguiar, a temática da causalidade dentro da responsabilidade objetiva não era exatamente novidade, entretanto Saleilles foi capaz de inovar e criar sua visão sem nenhuma influência dos seus precedentes.

Posteriormente, o autor francês quando analisou o Código Civil da Província de Quebec reconheceu não era possível considerar a causalidade como elemento da relação entre o dano e o ato do agente. Chegou o mesmo a alegar que não tinha dito que a responsabilidade subjetiva inexistia.

Por fim, o pensamento de Saleilles pode ser sintetizado nas seguintes frases presentes na obra de José de Aguiar Dias¹⁶, abaixo transcritas:

A lei deixa a cada um a liberdade de seus atos; ela não proíbe senão aqueles que se conhecem como causa direta do dano. Não poderia proibir aqueles que apenas trazem em si a virtualidade de atos danosos, uma vez que se possa crer

¹⁶ DIAS, José de Aguiar. Ob. cit. p. 77

fundamentalmente que tais perigos possam ser evitados, à base de prudência e habilidade. Mas, se a lei os permite, impõe àqueles que tomam o risco a seu cargo a obrigação de pagar os gastos respectivos, sejam ou não resultados culpa. Entre eles e as vítimas não há equiparação. Ocorrido o dano, é preciso que alguém o suporte. Não há culpa positiva de nenhum deles. Qual seria, então, o critério de imputação do risco? A prática exige que aquele que obtém proveito de iniciativa lhe suporte os encargos, pelo menos a título de sua causa material, uma vez que essa iniciativa constitui um fato que, em si e por si, encerra perigos potenciais contra os quais os terceiros não dispõem de defesa eficaz. É um balanceamento a fazer. A justiça quer que se faça inclinar o prato da responsabilidade para o lado do iniciador do risco.

b) As idéias de Josserand

Na obra *Évolution et actualités*, Josserand reúne todas as suas idéias que antes estavam despeças em vários trabalhos. Por ora, vale ressaltar os principais assuntos tocados no livro supra mencionado.

Primeiro, o jurista francês esclarece que, na verdade, está-se diante de uma revolução do instituto da responsabilidade civil. Deste modo, as mutações que ocorrem em ritmo acelerado, tornam a vida contemporânea cada vez mais perigosa, cheia de riscos. Por consequência, esta falta de segurança material tem como resposta avanços na área da segurança jurídica. Isto significa que se trata de um resguardo jurídico, de forma que a pessoa não sofra impunemente um dano, já que os novos riscos não estão sendo protegidos.

Em seguida o autor menciona que as causas do progresso da evolução da responsabilidade civil. A primeira delas é a razão suficiente, a qual significa um tempo de ordem social e de ordem científica e mecânica. Além desse motivo, tem-se a razão individual e moral. Assim, a partir desses passos, a realidade hoje, pela qual se conceitua a responsabilidade civil, modificou questões antes dogmatizadas. Mostrando, assim, que não condiz mais antigos preceitos, tais como o *damnum fatale*, isto é, os acidentes sem causa conhecida eram vistos como ato de Deus.

Segundo as palavras do próprio mestre Josserand¹⁷, nos tempos atuais a visão sobre responsabilidade civil modificou bastante, de modo que:

temos sede de justiça, isto é, de equilíbrio jurídico, e, quando acontece um desastre, procuramos logo o responsável: queremos que haja um responsável; já que não aceitamos docilmente os golpes do destino e, sim, pretendemos determinar a incidência definitiva. Ou, se quiserem, o acidente já não nos aparece como coisa do destino, mas como ato, direto ou indireto, do homem. Se a palavra não fosse um pouco forte, diria como gosto que secularizamos a responsabilidade, que a fizemos um caso de pura justiça humana, para vigorar no quadro de nossa comunidade

¹⁷ Josserand apud José de Aguiar Dias, ob. cit. p. 78

social, na conformidade do equilíbrio dos interesses e dos direitos e para satisfação da nossa consciência jurídica [...].

Toda essa mudança de mentalidade ocorreu em menos de meio século, o que causou discrepâncias entre a nova concepção da responsabilidade civil e a doutrina tradicional. O mestre francês observou que a teoria da culpa acarretava um ônus probatório extremamente pesado para vítima, tem em vista sua fundamentação decorrer do dogma milenar oriundo do direito romano, o qual foi capaz de resistir às transformações políticas, sociais e econômicas desse período.

Como solução, constatou que diversos processos técnicos se formaram no intuito de assegurar que a responsabilidade civil fosse prática, para, assim, aliviar o encargo probatório da vítima. A primeira solução encontrada foi a facilidade na admissão da culpa; a segunda foi o estabelecimento ou reconhecimento de presunções de culpa; a seguinte foi a substituição da noção de culpa pelo conceito de risco; e a última foi a eliminação da responsabilidade delitual.

Então, Josserand passa a analisar as soluções tratadas acima a partir do desdobramento delas. Seguindo o raciocínio que a facilitação (na admissão da culpa) da prova encontrava respaldo desde a época da Lei Aquília, ele estuda a sua aplicação e o desenvolvimento das teorias do abuso de direito e da culpa negativa na jurisprudência francesa e belga.

A teoria do abuso de direito exprime a máxima *neminem laedit qui jure suo utitur*. Consiste, na verdade, na garantia que os direitos não são concedidos ao homem para que ele prejudique outrem a seu bel prazer, por isso quando ocorre o desvio de finalidade do direito, configura o abuso de direito.

A teoria da culpa negativa, por sua vez, decorre da abstenção ou inércia em situações que existe o dever de agir. Por conta disso, os proprietários de coisas passíveis de causar dano sempre devem estar atentos aos aperfeiçoamentos científicos, de modo a evitar, diminuir o risco do dano.

Josserand destaca que no sistema de presunções legais o grande papel da jurisprudência. Esta, por muitas vezes, desonera o dever da vítima de provar a culpa do agente. Assim, a antiga exigência da culpa provada e efetiva foi substituída pela culpa presumida, que em alguns casos chega a ser absoluta. Em contrapartida, ao ofensor só é cabível como meio de prova a força maior ou a culpa exclusiva da vítima. Em suma, o ofendido basta demonstrar que o dano foi causado pelo réu, enquanto este tem que provar a força maior ou a culpa da vítima.

Por conseguinte, o jurista chega à conclusão que a responsabilidade subjetiva deveria ser abandonada, já que, segundo o sistema de presunções legais e a jurisprudência, a noção de culpa encontra-se desacreditada. Deste modo, o correto seria simplesmente admitir que o homem é responsável não só pelos atos culposos, mas também por qualquer ato que tenha dado causa a dano injusto, anormal.

Por último, Josserand estudou o processo de reação jurisprudencial contra o sistema tradicional da responsabilidade referente à substituição da responsabilidade delitual pela contratual. Esse sistema tem como base a situação privilegiada do credor quanto à exigência de uma obrigação. Isto é, funda-se no fato que o credor não precisa demonstrar a culpa do devedor, basta invocar o contrato. Este é o caso do transportador, o qual assume o risco/obrigação de conduzir o passageiro com segurança.

1.3.2.4 Crítica à teoria do risco

O livro dos irmãos Mazeaud concentra a crítica realizada contra a teoria objetiva, restando desnecessário mencionar outros autores ou obras.

A primeira censura encontrada pelos juristas mencionados acima foi a insuficiência dos critérios propostos para a substituição da culpa. Inclusive, atesta que os defensores da teoria do risco simplesmente baseavam seus estudos por negar o critério da culpa, sem ao menos explicar um motivo. Por causa disso, advertem que a culpa é uma condição necessária da responsabilidade civil.

Após, no intuito de demonstrar as alegações acima mencionadas, eles tratam de cada tendência responsável pela teoria do risco. Em primeiro, afastam o direito de qualquer concepção materialista. Para isso, afirmam que o direito está relacionado ao mais puro espírito humano, ou seja, o direito tem por finalidade atender as necessidades dos homens e os seus efeitos patrimoniais são apenas conseqüências. Deste modo, uma forma de provar o erro da teoria objetiva seria a visão materialista dessa, que por não coadunar com as finalidades do Direito, deveria ser rejeitada.

A tendência que defende a doutrina sem culpa através do positivismo penal também foi criticada pelos Mazeaud. Os últimos dizem que os autores objetivistas ao alegarem haver um interesse social na reparação de dano sofrido por particular, tal como na responsabilidade penal, estariam negando o valor do indivíduo em si. Isto é, não se pode supervalorizar o interesse social e desprezar o interesse individual, afinal o homem continua o centro do Direito.

Em seguida, os Mazeaud passam a sustentar que os critérios da moral e equidade estão mais bem dispostos pela doutrina tradicional. Pois, não seria justo que um dano por conta do acaso seja responsável alguém para reparar um dano sofrido pela vítima, já que o ofensor também é digno de interesse jurídico.

Por fim, os críticos analisam a tendência defensora da teoria do risco baseada na evolução histórica. Segundo esta, a separação entre a responsabilidade civil e a penal conduz ao resultado inevitável, qual seja, a eliminação da culpa civil. O julgamento dos irmãos Mazeaud encontra guarida no argumento que não se trata, na realidade, de uma evolução jurídica, logo que a culpa civil e a culpa penal são institutos distintos. Para complementar, afirmam que não é escusável que o aumento dos acidentes, sob a pretensa influência do desenvolvimento social e econômico, seja considerado como motivo para subverter a noção de culpa.

1.3.2.5 A defesa da teoria objetiva e a refutação das doutrinas extremistas

Os doutrinadores da teoria do risco, no intuito de defender a responsabilidade civil objetiva, refutam as argumentações de seus adversários tratadas no item anterior, principalmente os Mazeaud.

A defesa objetivista pode ser resumida em cinco temas. A primeira tinha o papel de rebater a acusação de tal teoria ser materialista. Para isso, foi alegado que a responsabilização ao avaliar apenas o fato para a sua configuração não exclui preceitos fundamentais como a igualdade, solidariedade e liberdade.

O segundo assunto refutado foi a afirmação que a doutrina do risco conduzirá à inércia e paralisará a iniciativa humana. Alvino Lima, autor objetivista, diz que a frase anterior seria contraditória e improcedente, uma vez que a teoria da culpa também estabelece casos de presunções *jures et jures*, de modo a consagrar a existência do risco, tal como no caso da culpa da guarda. Além disso, não existe qualquer indício que a teoria objetiva tenha afetado negativamente o desenvolvimento econômico.

A terceira reclamação aduzia que a doutrina do risco seria um retrocesso às concepções primitivas da responsabilidade civil. A resposta dada demonstra que não há como fazer uma equiparação entre a vingança privada e a teoria do risco, já que esta possui toda uma fundamentação na moral e na equidade.

A quarta crítica alegava que haveria ausência do proveito na concepção objetiva. Tal afirmação foi combatida a partir da noção que a doutrina do risco de fato não trata do

proveito em concreto; mas, na verdade, por sua finalidade estar relacionada basicamente com a atividade criadora de uma situação de risco, ela independe de qualquer proveito.

A última defesa buscou demonstrar que não deveria prosperar a alegação de que a teoria do risco não oferece um princípio definido. Para isso chegou-se a conclusão que se fosse verdade tal suposição, a teoria da culpa incorreria na mesma falha, logo que não existe um princípio que abranja todos os casos que pretende regular.

José de Aguiar Dias¹⁸ enriquece a discussão desta celeuma jurídica ao refutar as doutrinas extremistas. Primeiro, ele aduz sobre a realidade, atestando que:

Em nossa atormentada época, já se tornou habitual argumentar por um método que poderemos chamar de extremista. Sustenta alguém que a pessoa humana é digna de respeito e seus adversários clamam que isso é individualismo ferrenho, que a sociedade é que importa etc. Em compensação, quando se invocam os direitos da coletividade, não tarda o outro grupo em bradar, alarmando, que essa opinião representa desprezo da responsabilidade humana, com sua alma e seu inextinguível valor moral.

Então, ele chega à conclusão (solução) que deve prevalecer o equilíbrio, o interesse da coletividade, de modo que haja conciliação entre os direitos e deveres do homem para com os demais. Inclusive, alerta que a doutrina do risco, nitidamente democrática, não se desvirtua da noção supramencionada, mesmo com a acusação que ela permite que alguém tenha o direito de prejudicar outrem, como se um monarca absoluto fosse.

1.3.2.6 Os sistemas de conciliação e sua crítica

Os sistemas de conciliação surgiram, como já diz o próprio nome, com a finalidade de encontrar um meio termo entre as teorias do risco e da culpa. A solução sugerida é que existiria uma responsabilidade ordinária e outra extraordinária.

Demogue, através de uma análise do proveito econômico, formulou a tese que a teoria do risco só deveria ser aplicada quando houvesse o emprego de um organismo perigoso pelo ofensor.

Savatier, por sua vez, foi capaz de apresentar uma teoria completa que distinguia as fontes da reparação e conseqüentemente, as diferenças entre a doutrina do risco e a da culpa.

Os Mazeaud também se incumbiram de tecer críticas às teorias tratadas acima. Assim, eles dizem que os sistemas de conciliação acabam por cometer os mesmos erros da

¹⁸ DIAS, José de Aguiar. Ob. cit. p. 91

teoria do risco, tendo em vista que a culpa é necessária para estabelecer a responsabilidade em todas as situações. Salvo os casos excepcionais, mas que mesmo assim o risco possui sua aplicação limitada. Já Marton entende que tais teorias seriam artificiais e forçadas por apresentarem vícios decorrentes de sua base ser fundada em elementos externos e de sua aplicação restrita ao princípio proposto.

Em sentido contrário, José de Aguiar Dias¹⁹ afirma que:

Nosso ponto de vista vem sendo expressado em sentido diferente. Sem dúvida, é desejável estabelecer um sistema unitário de responsabilidade civil. Enquanto isso não se faz, as soluções têm de ser, como presentemente, subordinadas a essas contingências. As soluções de compromisso provam precisamente o período de transição para um sistema unitário. Enquanto não se estabelecem em base científica capaz de impor-se ao espírito jurídico, as soluções serão, como expressivamente diz H. Labou, de vários matizes, comportando distinções e subdistinções, e encerrando o problema da responsabilidade civil em termos verdadeiramente casuísticos.

1.4 Os elementos da responsabilidade civil

Superada a análise sobre as teorias pertinentes sobre a responsabilidade civil, deve-se atentar para o sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase no Código Civil de 2002, e quais são os pressupostos para a reparação de um dano sofrido por alguém.

A Constituição Federal determina nos incisos V e X do artigo 5º que é assegurada a indenização por dano material, moral ou à imagem, bem como o direito à reparação dos danos sofridos decorrentes da violação da intimidade, vida privada, honra e imagem da pessoa.

O Código Civil de 2002, seguindo as orientações constitucionais, estabelece nos artigos 186 e 927 regras gerais sobre o direito de reparação retro mencionado, conforme a letra da lei:

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.

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente da 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.

¹⁹ DIAS, José de Aguiar. Ob. cit. p. 96

Em suma, pode-se extrair facilmente das normas em destaque que o legislador adotou a teoria da culpa como regra geral. Entretanto, a teoria do risco não foi de totalmente excluída, já que, conforme o parágrafo único do artigo 927 do Novo Código Civil, ela é aplicada nos casos previstos em lei ou que a atividade cause risco do direito alheio.

A partir dessas constatações, pode-se aprofundar o presente estudo nos elementos da responsabilidade civil. Partindo do texto do artigo 186 do Código Civil de 2002, denota-se a existência de quatro elementos: 1) o fato – a ação ou omissão do agente; 2) a relação de causalidade; 3) a culpa do agente; e 4) o dano experimentado pela vítima.

1.4.1 O fato

Como toda relação jurídica, a relação da responsabilidade civil advém de um acontecimento no mundo fático que altere as condições do universo jurígeno. Em outras palavras, no caso da reparação civil faz-se necessária a ação ou omissão de alguém.

No ordenamento brasileiro, a responsabilidade do agente pode defluir de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a sua responsabilidade, e ainda de danos causados por coisas que estejam sob a guarda deste.

A responsabilidade por ato próprio decorre diretamente do princípio geral do dever de reparar, isto é, se alguém, por sua ação pessoal livre e voluntária, infringindo dever legal ou social, prejudica outrem, é essencial que a primeira deva reparar o prejuízo enfrentado pelo segundo. Assim, o Código Civil prevê de modo exemplificativo um rol de situações que gerem a responsabilidade por ato próprio, dentre outros, como nos casos de calúnia, difamação e injúria; de abuso de direito.

Silvio Rodrigues²⁰, de modo único, enriquece o estudo sobre o tema ao tecer as seguintes observações primordiais, ao afirmar que:

O ato do agente causador do dano impõe-lhe o dever de reparar não só quando há, de sua parte, infringência a um dever legal, portanto ato praticado contra direito, como também quando seu ato, embora sem infringir a lei, foge da finalidade social a que ela se destina. Realmente atos há que não colidem diretamente com a norma jurídica, mas com o fim social por ela almejado. São atos praticados com abuso de direito, e, se o comportamento abusivo do agente causa dano a outrem, a obrigação de reparar, imposta àquele, apresenta-se inescandível.

Já a responsabilidade por ato de terceiro é aquela em que alguém, ligado por um vínculo jurídico, torna-se responsável pelos atos praticados por terceiro e este causa dano a

²⁰ RODRIGUES, Silvio. Ob. cit. p. 15

outrem, sendo o primeiro o imputado de reparar o prejuízo enfrentado pela vítima. Os casos clássicos previstos pela doutrina e lei são os pais que respondem pelos atos dos filhos menores que estiverem em seu poder ou em sua companhia; o patrão, pelos atos de seus empregados; e o educador, hoteleiro, pelos seus educandos e hóspedes.

De acordo com Silvio Rodrigues, esta modalidade de responsabilidade civil foi consagrada pela lei e aperfeiçoada pela jurisprudência. Ele aduziu que a responsabilidade por ato de terceiro se inspira no anseio de segurança, com o intuito de proteger a vítima, de modo que cria uma responsabilidade solidária entre dois sujeitos, que possuem uma relação de subordinação entre si. Inclusive, o autor adverte de casos que sua aplicação extravasa os quadros da responsabilidade aquiliana e adentra em relações contratuais, tal como é o caso do hoteleiro.

A responsabilidade civil por dano causado por coisa ou animal que estejam sob a guarda do agente, por sua vez, decorre da responsabilidade *res sid abendi*, ou seja, em razão da propriedade. A sua finalidade encontra guarida no mesmo preceito que a responsabilidade por ato de terceiro, isto é, busca evitar o prejuízo de alguém por dano decorrente de uma ação que, no caso, outrem, por ser dono da coisa ou animal, deveria ser responsabilizado.

1.4.2 O Nexo causal

O liame de causalidade é a relação de causa e consequência entre a ação ou omissão do agente e o dano sofrido. Trata-se de pressuposto essencial para o surgimento do dever de reparar. Afinal, é a partir dela que se comprova a existência de relação de causalidade imprescindível entre as ações ou omissões culposas do ofensor e o dano experimentado pela vítima.

Assim, o prejuízo não é suficiente para estabelecer o dever de indenização. Isto significa que, a responsabilização será excluída caso não haja direta evidênciação que o dano decorreu logicamente das ações do agente, como, por exemplo, o caso fortuito.

Conforme assevera Caio Mário da Silva Pereira, em sua obra específica sobre a responsabilidade civil, o nexo causal é o mais delicado dos seus elementos e o mais difícil de ser determinado, tendo em vista as dificuldades de ordem prática. Inclusive, o autor adverte que sempre que um problema jurídico vai ter na indagação ou na pesquisa da causa, desponta a sua complexidade maior.

Vale ressaltar que não se pode confundir este instituto com a imputabilidade. Esta se vincula a aspectos subjetivos, internos; e aquela a elementos objetivos, externos. Deste modo, segundo Carlos Rogel Vide²¹:

Respecto de la responsabilidad civil extracontractual, posiblemente sea más correcto – así al menos lo entiendo – hablar de relación de causalidad entre conducta humana y resultado dañoso, sin emitir todavía un pronunciamiento sobre la culpabilidad del agente causante del daño.

Ciertamente es concebible el establecer una relación de causalidad entre conducta y daño sin que se considere culpable al agente – caso fortuito –. Es inconcebible, en cambio, hablar de la culpabilidad de un sujeto sin haberse pronunciado previamente sobre la relación de causalidad entre su conducta y El daño producido.

Como se pode notar cabe o liame de causalidade está vinculado com os meios de prova apresentados pela vítima. Já advertia Carbonnier que diante da impossibilidade de provas, caberia ao juiz rejeitar a ação de reparação de danos. Em suma, muitas são as dificuldades enfrentadas pelo ofendido.

1.4.3 O dolo e a culpa

No sistema adotado pelo ordenamento jurídico pátrio prevalece a aplicação da responsabilidade civil subjetiva. Tendo em vista a culpa ser o elemento diferenciador entre tal teoria e a objetiva, nota-se a relevância deste pressuposto para constituir a obrigação de reparar.

1.4.3.1 Noções de culpa

O entendimento do que seria a culpa está diretamente relacionado a percepções psicológicas, internas, subjetivas. Afinal, trata do fundo animador que levou o agente a praticar um ato ilícito, violando um direito preexistente decorrente de obrigação legal ou contratual. Dentro deste universo existem dois elementos: o objetivo, expressado na ilicitude e o subjetivo, do mau procedimento imputável.

Carlos Roberto Gonçalves, de forma sucinta, reduz a noção de culpa a uma visão prática. Assim, configuraria a culpa quando as ações de alguém, de modo pessoal, merecessem a reprovação jurídica e o agente, diante da situação concreta, poderia ter agido de modo diverso.

²¹ VIDE, Carlos Rogel. **La responsabilidad civil extracontractual em el derecho español**, Madrid: Civitas S.A., 1976.

Por sua vez, José de Aguiar Dias²² alerta sobre a importância da concretização do dano para que a culpa extrapole as noções morais e ingresse na esfera jurídica, de forma que:

A culpa, uma vez que se configura, pode ser produtiva de resultado danoso ou inócuo. Quando tem consequência, isto é, quando passa do plano puramente moral para a execução material, esta se apresenta sob a forma de ato ilícito. Este, por sua vez, pode ou não produzir efeito material, o dano. À responsabilidade civil só esse resultado interessa, vale dizer, só com a repercussão do ato ilícito no patrimônio de outrem é que se concretiza a responsabilidade civil e entra a funcionar o seu mecanismo.

Além disso, para o presente estudo abranger de forma completa as noções de culpa, não se pode olvidar da concepção da culpa genérica. Esta engloba diferentes institutos, que dependendo do subjetivismo podem ser conceituados como dolo ou a culpa *latu sensu* – tal distinção será analisada a seguir. Entretanto, da culpa decorrem outras noções, como a negligência (desídia), imprudência (temeridade) e imperícia (falta de habilidade).

1.4.3.2 Distinção entre dolo e culpa

Para enriquecer o entendimento sobre o pressuposto da culpa, faz mister diferenciá-la do conceito de dolo, seguindo ainda as distinções estabelecidas pelo direito romano.

O dolo seria a ação deliberada do agente que por vontade própria, livre de qualquer coação, alcança seu objetivo de infringir direito e gerar dano a outrem. Já a culpa seria decorrente de atitudes de negligência, imprudência ou imperícia inescusável, nas quais o ofensor não visava causar nenhum prejuízo a vítima, mas mesmo assim causou o dano a terceiro.

Vale ressaltar que o homem comum é falível, já que ele não tem como ser onisciente, onipotente, nem incansável. Qualquer um é capaz de cometer erros, não necessariamente significam a culpa do agente. Deste mesmo modo, segundo a clássica divisão da culpa em dolo e negligência, o juízo de reprovação da culpa pode variar entre vários níveis, dependendo do quanto é escusável as ações do agente se comparado com o homem médio, porém sempre deverá existir a violação de um dever de diligência.

1.4.3.3 A definição de culpa

²² DIAS, José de Aguiar. Ob. cit. p. 134

É difícil alcançar uma definição satisfatória do que seria a culpa. Existem opiniões de importantes mestres em todos os sentidos. Ripert defende a inexistência de uma definição legal deste pressuposto, em face de sua complexidade.

Savatier entendia ser a culpa a inexecução de um dever que o agente poderia ter observado e conhecido. Além disso, ele registrou que a culpa comportaria dois elementos: o do dever violado (objetivo) e a imputabilidade do agente (subjetivo).

Lalou considerava-a como a violação do direito alheio. Henoch D. Aguiar acreditava ser toda falta grave a um dever jurídico. Já Carrara estabeleceu que culpa seria uma omissão voluntária de diligência no cálculo das conseqüências possíveis e previsíveis.

Os Mazeaud seguiram com o entendimento que a culpa seria o erro de conduta decorrente do desconhecimento do agente, pois, caso fosse avisado e exposto a mesma situação, teria agido de modo diverso.

Como se pode ver, existem diversas concepções do que seria culpa. Entretanto, o presente trabalho prefere seguir as lições de Caio Mário da Silva Pereira²³, tal jurista que conceitua culpa como: “um erro de conduta, cometido pelo agente que, procedendo contra direito, causa dano a outrem, sem a intenção de prejudicar, e sem a consciência de que seu comportamento poderia causá-lo”.

1.4.3.4 A culpa no sistema do Código Civil brasileiro

Enquanto as incertezas geradas pelas múltiplas interpretações cabíveis do termo *faute* deram origem a discussões doutrinárias, as quais culminaram nas teorias da culpa e do risco. O legislador brasileiro, diante da inviabilidade de alcançar o conceito uniforme do que seria culpa, absteve-se dessa celeuma, preferindo adotar a noção de ato ilícito.

A norma brasileira prevista no artigo 186 do Código Civil, já transcrito neste trabalho, afasta-se da distinção entre delitos e quase-delitos, já que não há uma definição legal do que seria a culpa. O que se tem em vista, na verdade, é basicamente o ato ilícito, que por si só acarreta o vínculo obrigacional reparadora.

1.4.4 O dano

A definição clássica de dano corresponde simplesmente à diminuição patrimonial ocasionada pela atitude do agente. A concepção moderna ampliou o conceito de dano,

²³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Ob. cit. p.

passando, então, a ser compreendido como lesão de qualquer bem jurídico, seja ele o patrimônio, a saúde, a vida. Afinal de contas, a Constituição Federal prevê a garantia da dignidade humana, inclusive o direito à indenização caso ofendido.

Neste sentido, deve-se observar que o dever de reparar, decorrente diretamente da responsabilidade civil, tem por finalidade restaurar a situação anterior a ocorrência do ato ilícito através de pagamento de uma indenização monetária. Assim, não pode surgir sem a existência do dano, sem ter o que reparar. Portanto, demonstra-se que o dano é pressuposto à configuração da responsabilidade civil.

Aliás, vale destacar que, como foi exposto anteriormente, é essencial, além da materialização da ação do ofensor, o reflexo negativo e concreto no universo da vítima, isto é, o prejuízo. Lembrando que apenas os aspectos concretos, materiais, externos repercutem na seara jurídica, diferentemente das questões internas, tratadas pela moral. As palavras de Agostinho Alvim²⁴ sintetizam esta idéia, demonstrando que:

Como regra geral, devemos ter presente que a inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás sem objeto. Ainda mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo.

Deve-se acrescentar que nenhuma indenização será devida caso o dano não siga os seguintes requisitos: atualidade e certeza. Deste modo, Diz-se atual o dano que já existe ou já existiu “no momento da ação de responsabilidade; certo, isto é, fundado sobre um fato preciso e não sobre hipótese”²⁵. Isto é, com regra, não se pode cogitar dano futuro. Excepcionalmente, a doutrina moderna e a jurisprudência vêm admitindo a ação de perdas e danos por um prejuízo futuro ou hipotético, a exemplo da reparação pela chance perdida, desde que seja consequência de dano presente e o juiz tenha elementos para apreciá-lo. O mesmo vale para o dano eventual.

Por seguinte, cabe mencionar que quanto à origem do dano, ele é único e indivisível. Todavia, quanto aos seus efeitos ele sofre uma classificação: dano material, dano estético e o dano moral.

1.4.4.1 O dano material

²⁴ Agostinho Alvim apud Carlos Roberto Gonçalves, ob. cit. p. 589

²⁵ Lalou apud Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit. p.

O dano material ocorre quando o prejuízo pode ser avaliado pecuniariamente por critérios objetivos. Em outras palavras, o este tipo de dano reflete diretamente no patrimônio da vítima, de modo que, segundo a concepção clássica, poderia ser constatada pela simples diferença entre o que o ofendido tem e aquilo que ele teria se não tivesse sofrido o dano.

Hoje, todavia, já se sabe que a noção do dano patrimonial vai além dos seus aspectos materiais. Os prejuízos na esfera imaterial podem ter consequências na universalidade de relações jurídicas pecuniariamente mensuráveis. Aliás, também é passível de ocorrer o contrário, quando o prejuízo no patrimônio reflete no campo extrapatrimonial.

Além disso, para a exata compreensão deste instituto, deve-se observar a sua classificação em dano emergente e lucro cessante. Conforme a disposição do artigo 402 do Código Civil, em linha geral, o primeiro estaria ligado à diminuição efetiva do patrimônio e o segundo, à frustração de um ganho.

O dano emergente pode ser conceituado como a redução direta do patrimônio da vítima, englobando tudo que foi perdido. Assim, a sua indenização também trata das demais despesas decorrentes do dano.

O lucro cessante, por sua vez, consiste na perda razoável de uma expectativa de um ganho esperado. Inclusive, pode-se observar que não é só aquilo que se deixa de ganhar, mas também a chance de lucro esperado, que geram tal dano.

1.4.4.2 O dano estético

Além do dano moral também existe o dano estético. Este caracteriza toda ofensa à beleza externa do ser humano. Como se pode notar, ele surgiu como um desmembramento do dano puramente psicológico, já que muitas vezes deformidades, as cicatrizes e outros defeitos ainda que mínimos que podem tornar a vítima menos bela ou até mesmo expor o ofendido ao ridículo ou inferiorizantes complexos.

Vale observar ainda que apesar de anteriormente existir discussão se o dano estético pertenceria ao dano moral ou se seria um ramo independente, atualmente é superada. Com o advento da súmula 387 do STJ, consagrou-se que possibilidade de cumular o dano moral com o dano estético, de modo que a última teoria prevaleceu.

1.4.4.3 O dano moral

Por ora, o presente trabalho acadêmico tece breves comentários sobre o dano moral, tendo em vista este ser o tema abordado com maior profundidade no capítulo seguinte.

Em suma, a última modalidade de dano deve ser inserida, em oposição ao dano material, como aquele extrapatrimonial. Da mesma forma, se extrai das lições de José de Aguiar Dias²⁶ que:

Quando ao dano não correspondem as características do dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral. A distinção, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado. De forma que tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a um bem não patrimonial como dano moral em resultado de ofensa a bem material.

Todavia, vale ressaltar que o dano moral não pode ser confundido com a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação que a vítima possa sofrer. Estes todos são consequências do dano. Na verdade, o prejuízo extrapatrimonial ocorre apenas quando o dano afeta a dignidade da pessoa ofendida.

²⁶ DIAS, José de Aguiar. Ob. cit. p. 992

II. DO DANO MORAL

2.1 Introdução

Historicamente, existiram vários fundamentos que se mostraram contrários à assimilação jurídica do dano moral. O argumento principal era baseado na dificuldade de mensurar o valor pecuniário do prejuízo no âmbito psicológico. Todavia, também se argumentava a impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro, bem como a imoralidade da compensação da dor com dinheiro e discricionariedade excessiva do juiz para arbitrá-la.

Apesar de todos estes posicionamentos contrários não é possível negar a existência deste instituto no universo jurígeno. Sabe-se que desde o tempo do Código de Hammurabi (aproximadamente 2.000 a.C) já dispunha de regras sobre a reparação pecuniária de danos extrapatrimoniais. E atualmente, dentro do ordenamento brasileiro encontra-se consagrada de modo expresso como cláusula pétrea no texto da Lei Maior de 1988 (artigo 5º, inciso X), como um dos direitos individuais.

Mesmo com a divergência doutrinária da sua exata conceituação, é notório que esta garantia individual decorre do direito à reparação a qualquer dano sofrido na esfera da intimidade, vida privada, honra ou imagem de alguém, ou seja, qualquer prejuízo à dignidade humana. Isto significa que, o dano moral está diretamente ligado a idéia de dignidade humana.

A conceituação do que seria dignidade do homem e, conseqüentemente, do dano moral envolvem uma carga de aspectos subjetivos e abstratos. Além disso, a ausência de normas que estabeleçam parâmetros concretos do que seria ou não indenizável como dano moral. Como conseqüência, os tribunais encontram dificuldades nos casos concretos para averiguar as hipóteses de incidência ou o valor da reparação, gerando uma discrepância entre as decisões judiciais.

Por causa disso, o presente estudo vem por ora analisar de forma pormenorizada o instituto do dano moral, averiguando além da sua conceituação com enfoque civil-constitucional, face a influência nas noções sobre dignidade da pessoa humana; os aspectos polêmicos que dificultam a sua aplicação prática, com ênfase na sua valoração e o reflexo da utilização da função punitiva no *quantum* indenizatório.

2.2 A dignidade da pessoa humana e o dano moral

A proteção da pessoa humana através das limitações da liberdade individual estão didaticamente caracterizadas dentro do universo do Direito Civil. Esse ramo da ciência do Direito que antes era marcado pela perspectiva individualista e hoje se funda na solidariedade social, tem a função/desafio ao disciplinar sobre o dano moral de eleger quais os atributos intrínsecos à pessoa humana merecem o amparo jurídico e, por conseguinte, o direito a reparação.

No entanto, intensas transformações sociais e tecnológicas geram situações, relações, danos que não possuem uma norma específica para regulamentá-los. Assim, o Direito como um todo, inclusive o civil, tem-se enfraquecido.

No intuito de combater esta situação, passaram os países de tradição romano-germânica, tal como o Brasil, a incluir nas suas constituições de estado os princípios de diversos ramos do Direito, inclusive do direito privado. Entretanto, ainda existem problemas para definir quais destas normas teriam valores fundamentais comuns dentro dos limites do princípio constitucional da dignidade humana, capazes de ao mesmo tempo respeitar os aspectos éticos da dignidade humana e não restringir demasiadamente a liberdade individual.

2.2.1 O conceito filosófico de dignidade

O ser humano é um animal social. Ele não é auto-suficiente, para a sua sobrevivência faz-se necessário o indivíduo estar dentro do seio da família, da comunidade e da sociedade.

Deste modo, segundo Hannah Arendt²⁷, o homem inserido no contexto da coletividade possui um duplo aspecto: o da igualdade e o da diferença. Os homens seriam iguais em face de noções como cultura, história, linguagem e experiências similares que possibilitem a compreensão dos indivíduos entre si, formando uma raiz, uma identificação, uma matriz da essência da espécie humana, independente da raça, idade ou sexo. Ao mesmo tempo, os homens seriam diferentes, singulares tendo em vista as necessidades, as experiências, as ações de cada ser variar de uma pessoa para outra. Em suma, a mesma autora aduz que a pluralidade humana na verdade seria um paradoxo formado pela pluralidade de seres individuais.

Assim, a partir das concepções retro mencionadas, pode-se aduzir que o elemento responsável pela identificação entre os homens, que tornaria a espécie humana distinta das

²⁷ Hannah Arendt apud Maria Celina Bodin de Moraes, **Danos à Pessoa Humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 76.

demais, seria o quesito da dignidade. Este elemento particular dos homens, seguindo a sua raiz etimológica, qual seja, a palavra latina *dignus*, significa aquele que merece estima e honra.

O cristianismo foi o movimento responsável pela o surgimento da idéia de uma dignidade pessoal, isto é, atributo de cada indivíduo. Nesta concepção o homem por ser originado por Deus, logo seria digno de liberdades e garantias. Além disso, pela transgressão, o pecado fazer parte da natureza do homem, caberia a cada um restringir tal vontade, através da conduta moral estabelecida de acordo com normas e regras impostas pelo dever ético.

Outro momento marcante para a conceituação de dignidade é a contribuição de Kant, o qual reassentou a questão da moralidade em novas bases. A sua obra, “Crítica da Razão Prática”, concentra-se na idéia que ele denominou de “imperativo categórico”. Este, por sua vez, compõe-se da noção que o homem deve ser visto como uma finalidade em si. Deste modo, a sua repercussão no âmbito do jurídico seria a garantia que o legislador ao elaborar normas sempre deve ter como fim a espécie humana, seguindo valores básicos, universais e incondicionais da dignidade humana.

2.2.2 A expressão jurídica da dignidade humana

A dignidade humana no contexto jurídico pode ser considerada como um acontecimento recente dentro desse universo, que exponencialmente adquiriu status de princípio jurídico primordial. Deve-se atentar que, de acordo com Maria Celina Bodin de Moraes²⁸:

Ao ordenamento jurídico, enquanto tal, não cumpre determinar seu conteúdo, suas características, ou permitir que se avalie essa dignidade. Tão pouco são as Constituições que a definem. O Direito enuncia o princípio, cristalizado na consciência coletiva, de determinada comunidade, dispondo sobre sua tutela, através de direitos, liberdades e garantias que a assegurem. Esclareça-se que não se trata de adotar uma posição jusnaturalista, mas de ressaltar que, evidentemente, antes de se incorporarem os princípios às Constituições, foi imperioso que se reconhecesse o ser humano como sujeitos de direitos e, assim, detentor de uma ‘dignidade’ própria, cuja base (lógica) é o universal direito da pessoa a ter direitos.

No Direito brasileiro, tal preceito foi explicitado como um dos fundamentos da república, conforme a letra do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal. Desta forma, deve-se observar que a Lei Maior não é responsável pela sua criação, apenas consagrou tal idéia

²⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 82

como princípio fundamental, atribuindo valor supremo, alicerce do novo ordenamento jurídico instaurado em 1988.

Ao estabelecer de forma genérica que a dignidade da pessoa humana é um princípio a ordem jurídica depara-se com um impasse. Ao mesmo tempo em que procura de forma democrática tornar a dignidade tangível a todos, também deve buscar seus contornos e limites, já que o risco da generalização pode enfraquecer ou até mesmo tornar impossível a sua aplicação.

Para facilitar a sua viabilidade o princípio ora em estudo é dividido em quatro postulados: o direito à igualdade, a tutela da integridade psicofísica, o direito à liberdade e o direito-dever de solidariedade social. “Esta decomposição serve, ainda, a demonstrar que, embora possa haver conflitos entre duas ou mais situações jurídicas subjetivas (...) o objetivo a ser alcançado, já está determinado, *a priori*, em favor do princípio, hoje absoluto, da dignidade humana”²⁹.

2.2.2.1 O direito à igualdade

O primeiro dos princípios derivados da dignidade humana é o direito à igualdade. Este se traduz na paridade entre as pessoas, de modo que não sejam tratadas com qualquer discricionariedade. Tal idéia demonstra que todos são iguais perante a lei, isto é, abrangendo apenas a vertente formal da igualdade.

Entretanto, o preceito exposto acima não se mostra suficiente para garantir de fato a equiparação entre os homens, tendo em vista que não é justo dá o mesmo tratamento a indivíduos com situações sociais, econômicas e psicológicas diferentes. Para isso, tem-se a igualdade subjetiva. Esta garante o respeito a todos, suprimindo as necessidades de cada um, sempre levando em consideração as suas desigualdades. Inclusive, a incorporação da igualdade substancial pelos ordenamentos jurídicos mundo a fora foi tão massiva que hoje há quem defenda a sua própria anti-tese, qual seja, o direito à diferença.

Mais especificamente no âmbito do dano moral, o princípio da igualdade reflete em práticas ao combate a qualquer ato discriminatório, seja por sexo, raça, orientação sexual ou classe social. Já no seu aspecto teórico, o enfoque está voltado ao debate sobre a legitimidade das políticas assistenciais, isto é, questiona-se se há uma proteção especial ou um favoritismo às minorias. Trata-se de um liame de difícil precisão, afinal “as pessoas e os

²⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de, ob. cit., p. 85.

grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”³⁰.

2.2.2.2 A tutela da integridade psicofísica

Tradicionalmente este princípio é visto como o simples direito à proibição de tortura ou penas cruéis. Já na seara cível, a integridade psicofísica está diretamente ligada aos direitos da personalidade que de alguma forma garantam a existência digna do indivíduo, qual sejam, a vida, ao nome, a imagem, a honra, a privacidade, dentre outros derivados.

Hoje, esta tutela desenvolve-se no o campo do biodireito, tendo em vista as situações inimagináveis anteriormente por conta do desenvolvimento da tecnologia e da medicina. Enfim, procura-se dar a regulamentação jurídica adequada a casos como mudança de sexo, procriação assistida pós-morte e privacidade de dados genéticos, para, assim, garantir o tratamento de digno de todos os homens e respeitar a bioética.

2.2.2.3 O direito à liberdade

O antigo Código Civil brasileiro de 1916, como reflexo do Direito Civil da época, fundava-se exatamente na liberdade, na autonomia dos indivíduos, os quais poderiam fazer tudo aquilo que a lei não os proibisse. Desta forma, o liberalismo jurídico correspondia à idéia que o homem possuía o livre-arbítrio para dispor sobre sua vida, sua família, suas coisas e suas propriedades, independentemente do contexto social.

Esta mentalidade só modificou quando se tornou necessário regulamentar situações extrapatrimoniais. Passaram a questionar quais seriam os limites dessa autonomia privada, afinal quais seriam os casos escusáveis para o particular agir sem ofender a ordem pública, a moral, os bons costumes e a dignidade alheia.

Contemporaneamente, como exposto anteriormente, a aproximação do direito privado do público, resultou no enfraquecimento da concepção liberalista, subjetivista. Em consequência, foram incorporados limites externos, tendo em vista o interesse de terceiros e da coletividade, com ênfase nos valores defendidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Deste modo, aquilo antes encarado como exceção passou a ser a regra geral dos institutos jurídicos.

³⁰ Boaventura de Sousa Santos apud Maria Celina Bodin de Moraes, ob. cit., p. 92.

Assim, hoje o princípio da liberdade individual sofre uma releitura. Dentro de um ordenamento jurídico, cujo preceito supremo é a dignidade do homem, a liberdade de cada um deve ser observada sempre balanceando com o dever da solidariedade social. Não podendo jamais um princípio prevalecer sobre o outro, já que a liberdade excessiva restringe os direitos da coletividade e a solidariedade extremada anula os direitos individuais. Em suma, as palavras de P. Perlingieri³¹ resumem esta idéia de mediação, afirmando-se que: “no centro do ordenamento está a pessoa, não como vontade de realizar-se libertariamente, mas como valor a ser preservado também no respeito a si mesma”.

2.2.2.4 O direito-dever de solidariedade social

Após a falha do sistema liberalista, com a quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929 e as conseqüências devastadoras da II Guerra Mundial, surgiu uma nova mentalidade entre as pessoas. Os Estados passaram a adotar a solidariedade social, de forma que o enfoque individualista perde força e a coletividade é então amparada por uma proteção jurídica.

No Brasil, esta transformação só tornou-se concreta em 1988, com a declaração da atual constituição. A Carta Magna de forma expressa prescreve em seu artigo 3º, inciso I que uma das finalidades da República Federativa do Brasil é a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária.

Neste sentido, vale destacar as palavras de Maria Celina Bodin de Moraes³², quem esclarece que:

A expressa referência à solidariedade, feita pelo legislador constituinte, estabelece em nosso ordenamento um princípio jurídico inovador, a ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução de políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação e aplicação do Direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, por todos os membros da sociedade.

Assim, pode-se dizer que a solidariedade por ser um valor a ser observado por todos não se trata apenas de uma necessidade psicofísica para a coexistência. Ela deve ser encarada como um valor maior para a concretização do princípio da dignidade humana no contexto da coletividade como um todo, de modo que o interesse comum esteja arraigado na consciência geral, através da obrigação moral de “não fazer o que não se deseja que lhe seja feito”³³.

³¹ P. Perlingieri apud Maria Celina Bodin de Moraes, ob. cit. p. 106.

³² MORAES, Maria Celina Bodin de. Ob. cit., p. 110.

³³ Regra de Prata, prevista na Bíblia.

Como se pode ver, o princípio da solidariedade trata-se de um conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, para formar uma sociedade livre e justa. Por consequência, a sua aplicação está diretamente voltada à defesa contra danos sofridos dentro de uma coletividade, tal como nas relações familiares; bem como à tutela de prejuízos causados à coletividade, como, por exemplo, danos ao consumidor e ao meio ambiente.

2.2.3 O dano moral como lesão à dignidade

O dano moral não possui uma definição legal, além disso nem a doutrina nem a jurisprudência entram em consenso sobre o tema. Alguns autores defendem que ele seria o mesmo que dor, vexame ou humilhação sofrido por alguém. Entretanto, estes vocábulos apenas descrevem as sensações desagradáveis decorrentes do dano.

Na verdade, atualmente deve-se contextualizar o conceito de dano moral, tendo em vista que a finalidade do ordenamento jurídico é concretizar a proteção do homem, tornando sua vida digna ao proibir violações à igualdade, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade social. Assim, seguindo o princípio corolário da dignidade humana, o dano moral deve ser encarado com a violação de tal preceito. A professora Maria Celina Bodin de Moraes³⁴, coadunando com tal teoria, defende que:

Normalmente, o que nos humilha, ofende, constrange, o que nos magoa profundamente, é justamente o que fere a nossa dignidade. O dano moral tem como causa a injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem sua fonte na Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana (também identificado com o princípio geral de respeito à dignidade humana).

Não se pode negar o papel da reparação do dano moral para o desenvolvimento pleno de qualquer indivíduo. Entretanto, mesmo defendendo que o vínculo direto entre o princípio da dignidade humana e a reparação ao prejuízo moral, isto não é suficiente para resolver plenamente todos os problemas sobre o tema. Ainda existem questionamentos sobre quais seriam os seus limites, o valor indenizável, dentre outros.

2.3 A caracterização do dano moral

³⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. Ob. cit. ps. 132-133.

2.3.1 O dano indenizável

A palavra “indenização” advém do latim – “in dene”, que, por sua vez, significa devolver ao estado anterior. Como se pode notar, historicamente, tal concepção está diretamente ligada às lesões patrimoniais, já que somente estas são passíveis de eliminar o prejuízo com a recomposição da situação anterior. Por consequência, por muito tempo o dano moral foi subjugado como inexistente ou cuja indenização seria indevida, uma vez que a lesão extrapatrimonial jamais seria recomposta.

Além disso, existia todo um contexto de valores jurídicos e morais, os quais pregavam que seria inapropriado qualquer pagamento indenizatório pelo simples sofrimento ou dor alheia. Não obstante, aduziam que seria de extrema dificuldade aferir a verdadeira existência e extensão de uma lesão deste tipo. Por último, chegaram a questionar a legitimidade de tal reparação sob a alegação que a lesão extrapatrimonial seria transitória, já que só o tempo poderia curá-la.

Ainda hoje esses questionamentos podem ser considerados coerentes, dentro de aspectos lógico-rationais, todavia o direito da responsabilidade civil decorre diretamente da idéia de justiça, esta é fruto de uma concepção fluida feita pela sociedade do que seria aceitável ou não. Portanto, a partir de certo momento não se considerou mais tolerável que a lesão extrapatrimonial que atingisse a dignidade de alguém não fosse reparada. Passando, assim, esta situação a configurar um ato ilícito e lesivo ao direito da personalidade.

Assim, ao longo do tempo a sociedade e consequentemente os legisladores reagindo aos diversos fatores, tais como o desenvolvimento tecnológico e as modificações das relações familiares, mensuraram quais eram as situações que apresentavam riscos à convivência digna da coletividade. Isto significa que a historicidade é uma característica marcante no conceito da responsabilidade civil. Esta marca pode ser notada pela fluidez de seus conceitos, bem como pela variação com o passar do tempo. Maria Celina Bodin de Moraes³⁵ afirma que:

tal característica, a da historicidade, se estende também a seu elemento ineliminável, o dano, fazendo com que se tenha que reconhecer que cada época tem seus danos indenizáveis e, portanto, cada época cria o instrumental, teórico e prático, além dos meios de prova necessários para repará-los. Mas, para tanto, como já se indicou, será preciso, também, fazer a escolha acerca de quem deverá indenizar.

³⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. Ob. cit. p. 150.

A jurisprudência também exerce papel importante para decifrar os parâmetros do dano moral indenizável. Por conta dessas decisões reiteradas dos tribunais as leis podem se adaptar de modo a acompanhar as mudanças na sociedade, para que o dano não reste sem ressarcimento.

Enfim, apenas da inexatidão do que seria precisamente um dano indenizável, graças às contribuições da coletividade, dos legisladores e da jurisprudência, pode-se estabelecer limites, critérios que determinem quem, em que condições deve suportar um dano, seja a vítima ou o agente.

2.3.2 Dano patrimonial e dano extrapatrimonial

Como visto anteriormente, o dano é o elemento da responsabilidade civil caracterizado pelo prejuízo enfrentado pela vítima. O mesmo pode ser subdividido em dano patrimonial e dano extrapatrimonial. Vale observar que o prejuízo moral está incluído neste último grupo.

A primeira vista, pode-se dizer que a diferença entre os danos patrimoniais e os extrapatrimoniais seria basicamente os bens lesados. No primeiro caso os bens seriam econômico-financeiros mensuráveis e no segundo, aqueles fora do grupo anterior. Entrementes, a verdadeira distinção encontra-se no efeito da lesão, já que existem danos patrimoniais a bens não patrimoniais e vice-versa.

As lesões à dignidade humana, como danos morais, estão relacionadas com valores abstratos e, ao mesmo tempo, desprovidos de qualquer conotação econômica. Por causa disso, muitas vezes são consideradas *a priori* como incomensuráveis, porém, na verdade, eles podem ser medidos. Tratam-se exatamente dos danos extrapatrimoniais.

Além disso, o dano moral caracteriza-se como extrapatrimonial por três aspectos: a sua identificação, os critérios de reparação e a forma de liquidação.

De acordo com o primeiro critério, no dano patrimonial é imprescindível a comprovação do prejuízo através do concreto prejuízo/reflexo do lucro cessante e o dano emergente. Já no dano moral, segundo jurisprudência consolidada, ao adotar a teoria do risco, entende que este meio de prova é desnecessário neste tipo de lesão, basta demonstrar a violação à dignidade da vítima. Este é o pensamento de S. Cavalieri³⁶, o qual deduz que:

³⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 80.

Neste ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*, deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras de experiência comum; provado que a vítima teve o seu nome aviltado, ou a sua imagem vilipendiada, nada mais se lhe-á exigido provar, por isso que o dano moral está *in re ipsa*; decorre inexoravelmente da gravidade do próprio fato ofensivo, de sorte que, provado o fato, provado está o dano moral.

Entretanto, deve-se observar ainda que segundo a crítica esta presunção retratada acima baseada na experiência comum acarretaria uma padronização. Ignorando a individualidade de cada vítima, seria como se todas as vítimas que sofressem qualquer dano moral, teriam a mesma lesão aos seus direitos personalíssimos, já que a sensibilidade do juiz seria o único meio responsável por medir tal ofensa à dignidade. Depara-se, assim, como o maior problema da reparação do dano moral: quais são seus critérios que legitimam a reparação? Seria cabível uma tabela contendo o rol de espécies de dano moral tutelados pelo ordenamento jurídico?

Quanto aos critérios de reparação, na indenização por dano patrimonial ocorre a reparação do dano como um todo à medida da comprovação do prejuízo material, independente do grau de culpabilidade do ofensor. Já na indenização por dano moral basicamente o único critério de mensuração do prejuízo é a reprovação da conduta do agente, uma vez que engloba noções tais como a intensidade da culpa do agente, a repercussão social do dano e as condições socioeconômicas de ambas as partes.

O último aspecto que diferencia os tipos de dano é a forma de liquidação. O dano patrimonial tem como limites a perda (danos emergentes) e o dano (lucro cessante); enquanto para o dano moral o arbítrio do juiz é que determina a sua liquidação, independente de limites legais ou tabelas pré-fixadas.

2.3.3 A "injustiça" do dano

Todas as atividades realizadas pelos homens geram consequências. Muitas vezes podem ocasionar danos a terceiros ou até mesmo ao próprio agente. Cabe ao legislador, com auxílio da aplicação prática dos tribunais, determinar os limites do dever de reparar. Assim, incumbido de separar os danos tolerados pelo ordenamento jurídico daqueles injustos passíveis de indenização, bem como definir quais os danos que mesmos considerados lícitos devem reparar qualquer dano causado.

Diante dessa função complexa a doutrina ensaia definições do que consistiria a injustiça do dano. De um lado, há a corrente defensora do antijuridicidade, pois a indenização decorreria da violação de direito ou norma. Do outro lado, existem os doutrinadores contrários a primeira corrente, que buscando valores mais abrangentes, passaram a aduzir que o dano injusto seria todo aquele que ofendesse os interesses dignos de tutela jurisdicional.

Entende-se que a última corrente é mais condizente com o atual ordenamento jurídico, tendo em vista o papel ímpar do princípio da dignidade humana. A exemplo, existem danos causados por situações lícitas que mesmo assim são passíveis de reparação. Assim, deve-se concluir que “a injustiça do dano, que o torna indenizável, não pode estar juridicamente vinculada a supostos sentimentos negativos, grandes ou pequenos, da vítima. A lesão causadora do dano injusto refere-se, diretamente, ao bem jurídico tutelado, ao interesse ou direito da pessoa humana, merecedor de tutela jurídica”³⁷.

2.3.4 O dano moral segundo a metodologia civil-constitucional

A metodologia civil-constitucional consiste na aplicação dos preceitos constitucionais dentro das relações jurídicas de Direito Civil. No caso específico do dano moral, o elemento constitucional a ser perseguido é a integridade/respeito aos direitos fundamentais, mais precisamente, à dignidade humana. Em qualquer situação do cotidiano, os direitos à personalidade devem ser garantidos sem correrem o risco de serem ameaçados ou ofendidos.

Nota-se que o direito à reparação está ligado à lesão à dignidade do indivíduo, porém não se sabe precisar qual é a ordem dos fatores, gerando um paradigma. Afinal, seria a pessoa protegida por ser titular de um direito ou teria ela o direito por gozar de uma proteção? Acredita-se que a garantia aos direitos à personalidade vêm em primeiro lugar por serem a base do ordenamento jurídico, bem como inerentes a todos por ser um direito fundamental. Em consequência a proteção haveria um direito subjetivo de requerer a reparação à ofensa de tal garantia.

Por conta dessa relação direta entre o dano moral e a dignidade da pessoa humana existe uma verdadeira via de mão dupla. Ao mesmo tempo em que ocorre o desenvolvimento da responsabilidade civil está promovendo a proteção à pessoa e vice-versa. Assim, fatores como a jurisprudência desempenharam papel para o crescimento de ambas as áreas.

³⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. ob. cit. p. 181.

Entretanto, a exemplo do direito francês, a jurisprudência desenvolveu-se de modo assimétrico. Isto ocasionou a sua divisão em duas correntes que enriqueceram a discussão doutrinária e permitiram chegar às conclusões atuais.

De um lado, colocaram-se os que sustentavam o alargamento do rol dos direitos da personalidade. Estes defendiam que a essência seria a proteção da pessoa e por isso todos os meios seriam cabíveis desde que garantissem a dignidade humana. Todavia, estendeu-se tanto essa proteção que ela se tornou imprecisa e, conseqüentemente, ineficaz.

A outra corrente, de acordo com J. C. Monier³⁸, sob a perspectiva de que o Direito existe para proteger as pessoas, foi capaz de deduzir, como demonstrado acima, que a proteção ampla, geral e irrestrita da pessoa humana seria alcançável ao ultrapassar o conceito de sujeito de direitos.

Hoje, acredita-se ser mais vantajosa a última concepção, tendo em vista a existência de um núcleo irredutível de direitos à dignidade tutelados pelo ordenamento jurídico. Este núcleo funciona como uma cláusula geral de tutela, que permite o amparo de inúmeras situações que ponham a dignidade em risco.

Assim, independente da causa da lesão, seja ação ou omissão, dolo ou culpa, sempre haverá a proteção desta situação jurídica, face o conceito objetivo de culpa do agente. Entrementes, não se pode permitir o exagero, sob pena de fomentar a “indústria do dano moral”, bem como exigir cuidados extraordinários.

Além disso, sustenta-se que a adoção dessa cláusula geral de tutela de proteção à dignidade tornam mais objetivos o meio de apreciação dos fatores individuais a serem considerados para a formação do juízo de reparação. Pois, estariam excluídos critérios abstratos e discricionários que não possuem qualquer relação com a essência da lesão extrapatrimonial, tais como a condição econômica do ofensor ou da vítima ou o nível social de uma das partes.

Apesar desta liberdade concedida ao juízo para deliberar a respeito do dano moral e do *quantum* indenizatório não poder ser restringida por valores máximos (tetos), por conta da cláusula geral de tutela; isto não significa que é um poder ilimitado, discricionário. Tal como qualquer outra decisão judicial faz-se necessária a sua motivação, sob pena de prejudicar a estabilidade jurisprudencial.

2.4. O caráter punitivo da reparação do dano moral

³⁸ J. C. Monier apud Maria Celina Bodin de Moraes, ob. cit., p. 187.

2.4.1 A dicotomia público-privado e a exclusão da pena do âmbito da indenização

O individualismo jurídico, fruto do liberalismo econômico, tinha como característica a dicotomia público-privado. Esta se fundava ao mesmo tempo na separação entre a legalidade e a ética social (defendida por Kant); a separação entre a política e a economia (sustentada por Adam Smith); e a separação entre Estado e sociedade civil (alegada por Von Savigny).

Na verdade, pode-se dizer que a separação entre a política e a economia, por conta do tratamento igual dos agentes econômicos na livre concorrência, sem qualquer interferência do governo, deu origem a separação entre o Estado e a sociedade civil. E, conseqüentemente, promoveu a delimitação jurídica das atividades do Estado, o qual passou apenas a garantir o livre mercado.

Em contrapartida, o indivíduo pode atuar livre, sem qualquer barreira. No âmbito jurídico, valia a liberdade contratual e a igualdade formal. Entretanto, na prática, o modelo do liberalismo não se mostrou justo, já que enquanto aqueles que possuíam maior poder aquisitivo detinham o poder de decisão, os demais mal conseguiam sobreviver.

Para combater esta situação instaurou-se o modelo protecionista, marcado por regras intervencionistas na economia por parte do Estado. Assim, ao manter a mesma mentalidade de que a intervenção pública e a liberdade individual seriam opostas, permaneceu a visão que haveria uma separação entre Direito Público e Privado.

Sob essa perspectiva, a finalidade do Direito de proteger os bens jurídicos foi apurada. Vale ressaltar o papel do desenvolvimento das noções sobre o ato ilícito permitiu a dedução do valor volitivo do agente dentro da responsabilidade civil, já que considerou o ato como comportamento voluntário. Isto demonstrou tratar-se de uma perspectiva diversa dos preceitos anteriormente estabelecidos pelo Direito romano, uma vez que o ato ilícito era equiparado ao delito.

A partir disso, a teoria do ato ilícito, como manifestação da vontade humana, passou a ter relação direta com as noções de justiça e liberdade. Afinal, os atos de alguém livre seriam considerados injustos quando de algum modo restringissem a liberdade alheia. Nota-se a falta de limites, parâmetros para determinar com exatidão qual seria o ponto que transformava um ato justo em injusto.

Sob o risco de limitar excessivamente a liberdade, tornou-se necessário determinar as conseqüências jurídicas, diferenciando os atos lícitos dos ilícitos. Para isso,

utilizaram-se critérios que poderiam ser reconhecidos pelos cidadãos comuns, a fim de que garantisse a liberdade de todos. Assim, formulou-se a cláusula geral do ilícito dentro do Direito Civil. Isto ocasionou a separação das matérias civis das situações abrangidas pelos tipos penais. E, conseqüentemente, afastou do dever de reparação qualquer conotação punitiva, já que no âmbito cível as indenizações são voltadas exclusivamente para a vítima.

2.4.2 A concepção de culpa para a reparação do dano moral

Conforme visto no capítulo anterior, existem duas teorias sobre a noção de culpa dentro da responsabilidade civil: a concepção psicológica ou subjetiva e a normativa ou objetiva.

A primeira, como já diz o próprio nome, baseia-se no elemento psicológico, isto é, na manifestação de vontade o agente deve agir de modo livre e consciente, sendo capaz de prever o resultado, para, então, poder ser responsabilizado a pagar uma indenização.

A teoria objetiva, por sua vez, defende a existência de um dever geral de garantir a ordem social, logo qualquer ato que fuja da diligência média e que cause um dano a outrem, deve garantir a reparação deste prejuízo. Defende-se que a adoção desta teoria, exatamente por ser decorrente da idéia do erro de conduta, praticamente substituiu a teoria subjetiva, pois a sua finalidade é tornar possível a apuração o grau de reprovação social representado pelo comportamento concreto do ofensor. Neste sentido, a culpa passou a representar a violação de um comportamento padrão.

Assim, a adoção da responsabilidade subjetiva, fundada na culpa normativa, de acordo com Maria Celina Bodin de Moraes³⁹, tem importante papel, já que:

tem sua razão de ser na exigência de balizar o dever de respeito aos outros, nos limites da razoabilidade, a partir da possibilidade idônea de se oferecer modelos de conduta, relacionados àqueles limites. Evidentemente, tais modelos serão variáveis, porque devem sempre ser compatíveis com a atividade desempenhada.

Por fim, entende-se que a adoção da culpa objetiva permitiu a criação de diversos padrões de comportamento, os quais deveriam variar de acordo com a situação, a profissão e demais circunstâncias pessoais do agente. Isto significa que mesmo estabelecendo *standard cases* é possível a individualização da conduta do ofensor sem cair em modelos abstratos como bom pai de família.

³⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Ob. cit. p. 213.

2.4.3 A função punitiva e seus critérios constitutivos

A tese da função punitiva de reparação do dano moral não tem previsão legal. Todavia, existem vários adeptos na doutrina e na jurisprudência pátria.

Sob o argumento que a reparação ao dano moral não deve se limitar ao pagamento da indenização da lesão à dignidade, devendo abranger também a função vingativa de retribuir o prejuízo, de inibir a repetição do comportamento e de servir de exemplo para os demais. Isto significa que o dano moral acarretaria além do caráter compensatório para a vítima, o caráter punitivo ao agente em defesa da sociedade.

Trata-se, na verdade, da defesa da “pena privada”, teoria levantada por Boris Starck. Este argumento serviu de grande utilidade ao se perceber a necessidade de buscar fundamentos com maior poder de adesão para fortalecer a idéia da reparação do dano moral, tendo em vista que esta sanção justificaria o pagamento da indenização, caso a mensuração do dano não fosse possível.

Sob outro ponto de vista, sustentou-se que essa idéia de vingança, compensação em pecúnia por conta do prejuízo enfrentado pela vítima (diferente da indenização) só seria válido para os lesados de classes menos favorecidas. Critica-se esta teoria porque a pena é uma punição que deve ser revertida em favor da vítima independente de suas condições, afinal o ofendido rico, apesar do seu patrimônio, também sofre danos e estes devem ser indenizados.

Em paralelo, surgiu outra tese defendendo a exemplaridade das regras de punição. A chamada teoria do desestímulo consiste no acréscimo ao valor da indenização uma quantia significativa para que o agente tome consciência do ato praticado e não queira repeti-lo. Entretanto, é preciso atenção para que o valor arbitrado não gere o enriquecimento ilícito do lesado.

Acredita-se que a expansão da teoria punitiva tem causa histórica. Nos tempos em que prevalecia o entendimento que o dano moral era sinônimo de dor, sofrimento não existia meio que concretamente pudessem ser considerados como motivação plena para as decisões judiciais. Por causa disso, recorreu-se a teoria punitiva para justificar os julgados sobre os danos extrapatrimoniais.

Por fim, em face todas essas teses sobre a aplicação de possíveis penas privadas no dano moral, entende-se que a normatização de situações tipificadas merecedoras de tal punição seria o meio mais democrático. Mas, como esta matéria depende das escolhas de política legislativa, deve-se observar que ainda não há previsão no ordenamento jurídico

brasileiro e, além disso, caso haja regulamentação, sempre existirão lacunas a serem preenchidas pela casuística da jurisprudência.

2.4.4 Críticas à tese de um genérico caráter punitivo e à sua admissibilidade em hipóteses excepcionais

O instituto dos *punitive damages*, como visto acima, tem como objetivo punir o agente causador de um dano, embora o faça através de uma pena pecuniária que deve ser paga à vítima. Trata-se, na verdade, de uma figura típica no sistema da *Common Law*, em que cada juiz possui liberdade para tomar suas decisões, já que nele a jurisprudência tem papel principal dentre as fontes do Direito. No Brasil, adota-se o sistema da *Civil Law*, vinculado as leis. Por essa diferença a incorporação do caráter punitivo nas decisões sobre reparação de dano moral é considerada uma figura anômala, intermediária entre o direito civil e o direito penal.

Caso tal tese fosse aplicada a toda e qualquer lesão extrapatrimonial, poderia chegar a situações absurdas como a descaracterização da finalidade primordial da responsabilidade civil, qual seja, a reparação do dano; uma vez que a compensação se desvirtuaria pelas medidas punitivas, preventivas e dissuasivas.

Outros questionamentos surgem quanto à aplicação prática desses critérios punitivos. Afinal, como eles poderiam ser arbitrados? Sob que casos específicos? A jurisprudência que se encarrega de responder. Assim, a partir das decisões judiciais constata-se a existência de dois elementos – a gradação da culpa e o nível econômico do ofensor.

Todavia, ao deixar a estipulação desses critérios ao livre arbítrio do juiz sem qualquer restrição as penas privadas, corre-se o risco de violar o princípio da legalidade. Este é o entendimento de W. Melo da Silva⁴⁰, o qual defende que:

Para que haja pena, mister se torna, em cada caso, um texto legal expresso que a comine e um delito que a justifique, ou seja, '*nulla poena sine lege*'. Para que haja dano basta a simples infringência da ampla regra do '*neminem laedere*'. O delito, no dano, é apenas o fato gerador, a circunstância determinante dele. E o que no juízo cível se busca ressarcir é apenas consequência do delito, ou seja, o dano [...] Mirasse, na responsabilidade civil, a pessoa do ofendido e não a do ofensor; a extensão do prejuízo, para a gradação do *quantum* reparador, e não a culpa do autor.

⁴⁰ W. Melo da Silva apud Maria Celina Bodin de Moraes, ob. cit. p. 260.

Além disso, critica-se a imposição do caráter punitivo por diversos fatores. Um deles é a possibilidade dessa medida resultar em *bis in eadem*, já que muitos dos danos morais decorrem da prática de crimes, logo o agente seria punido duplamente, tanto em sede civil como em sede penal. Outra crítica seria a restrição das matérias recorríveis à instância máxima, já que basicamente só se poderia alegar a desproporção entre o dano e o ilícito cometido. Também se replica esta tese pelo fato que nem sempre o responsável é de fato o agente, o culpado, como, por exemplo, o caso dos seguros que respondem pelos agentes culpados.

III. CRITÉRIOS INDENIZATÓRIOS E A ANÁLISE DAS DECISÕES DA 2ª SEÇÃO DO STJ EM 2009 SOBRE DANOS MORAIS

3.1 Introdução

A *priori*, deve-se observar que, segundo o ordenamento jurídico adotado no Brasil, quando alguém sofre um dano moral, nasce para ela o direito à reparação, isto é, surge uma pretensão. Então, cabe ao lesado recorrer ao Poder Judiciário para fazer valer seu direito à reparação da lesão extrapatrimonial.

O órgão competente para julgar a ação de indenização por danos morais deve seguir o procedimento estabelecido no Código de Processo Civil. Deste modo, após avaliar as argumentações de fato e de direito de ambas as partes, realizar audiências, produzir provas e realizar outras medidas que achar necessário o juiz ou tribunal competente proferirá sentença, julgando o pedido autoral procedente ou não.

Nos termos do artigo 458 do CPC estão estabelecidos os requisitos da sentença: o relatório, a fundamentação e o dispositivo. O primeiro restringe-se ao resumo da demanda. Já no segundo momento, o juiz deve enfrentar todas as questões de fato e de direito que sejam relevantes para a solução da demanda, justificando a decisão que tomará. O último trata da conclusão alcançada, representando o comando da decisão.

A partir dessas regras, nota-se a importância da motivação da decisão, presente na fundamentação e no dispositivo, para o devido processo legal e para a possível correção das sentenças e acórdãos *ultra, citra ou extra petita*.

Assim, após o exame sobre a responsabilidade civil, seguido pelo aprofundamento no dano moral, vale, por ora, adentrar na análise prática destes institutos. Desta forma, o presente trabalho científico dedica-se ao estudo dos critérios adotados na motivação das decisões judiciais nas ações de indenização por danos morais, enfatizando aquelas proferidas pela 2ª Seção do STJ no ano de 2009.

3.2 Os critérios valorativos da decisão sobre dano moral

3.2.1 O papel do juiz no arbitramento do *quantum debeatur* e a motivação da decisão

Até não muito tempo atrás, o dano moral era considerado como uma dor, um sofrimento que não podia ser medido. Além disso, era considerado contrário à moral intentar arbitrar qualquer pagamento face tal lesão.

Com a evolução do sistema jurídico, construiu-se a tese que a vítima de dano extrapatrimonial não poderia quedar sem a devida reparação, ou seja, o lesado não deveria suportar o prejuízo que não deu causa. Para isso, a jurisprudência francesa, como pioneira, passou a decidir que as ações que pleiteassem esse tipo de reparação mereciam uma condenação simbólica, já que sua finalidade era expressar a reprovação social do ato praticado.

Depois, reconheceu-se que o dano moral, apesar de não ser passível propriamente de reverter a situação, poderia de alguma forma ter a angustia e demais sentimentos enfrentados pela vítima amenizados por uma condenação com finalidade de satisfação pecuniária e moral. Diante desse enfoque, destaca-se a lição de Pizarro apud Clayton Reis⁴¹, a qual admite que:

Não se trata de alcançar uma equivalência, mais ou menos exata, própria das questões de índole patrimonial, senão de brindar com uma satisfação ou compensação ao danificado, imperfeita, por certo, pois não apaga o prejuízo e nem o faz desaparecer do mundo dos atos reais, mas satisfação, enfim.

Essa incorporação da admissibilidade do dano moral só veio a acontecer no Brasil no final da década de 80, após a previsão constitucional que permitia a plena reparação dos danos morais. Deste modo, a partir de então, tal instituto tem-se expandido de modo bastante veloz, o que dificultou o amadurecimento da doutrina, legislação e jurisprudência. Sem conceitos consolidados houve a ruptura do tema em diversas doutrinas e correntes de pensamento. Neste sentido, Maria Celina Bodin de Moraes⁴² afirma que:

hoje muitas são as vozes discordantes, no que tange à sua [dano moral] conceituação, à sua valoração e, principalmente, à sua quantificação, problema este último que se remete à função (ou funções, conforme a existência ou não, ao lado da função compensatória, de uma função punitiva) desempenhada pela sua reparação. Concorde-se, no mais das vezes, apenas sobre dois aspectos, quais sejam, a intrínseca extrapatrimonialidade do dano moral e a importância de garantir uma compensação ao lesado.

⁴¹ Pizarro apud Clayton Reis. **Avaliação do Dano Moral**, 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 136.

⁴² MORAES, Maria Celina Bodin de. Ob. cit. p. 269.

Enfim, de acordo com os ensinamentos de Mirna Cianci, essa pluralidade de doutrinas aliadas a abstração do tema tornam notórias as dificuldades para consolidar os critérios a serem adotados na avaliação do dano moral.

Assim, no ordenamento jurídico pátrio, estabeleceu-se que o juiz seria competente para escolher os critérios a serem aplicados. O mesmo daria ampla liberdade para determinar os valores indenizatórios dos danos extrapatrimoniais. Isto significa que o julgador teria margem para utilizar a prudência e o equilíbrio decorrentes da sua experiência para melhor avaliar a sensibilidade do caso concreto. Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, este seria o sistema considerado como o que ofereceu maior segurança e justiça.

Por causa disso, os órgãos julgadores aplicam por praxe como parâmetro para quantificar a indenização por dano moral os critérios preestabelecidos na lei, na doutrina ou na própria jurisprudência. Desta forma, mesmo esses quesitos muitas vezes não possuam respaldo legal, defende-se que eles devam sempre seguir devem ser apresentados de modo lógico e motivados ao compor a fundamentação da decisão, para garantir a o controle da racionalidade da sentença.

É seguindo este raciocínio que o Código de Processo Civil autoriza no artigo 335 que o juiz nas sentenças e os tribunais em seus acórdãos apliquem valores com base na experiência de vida, senso comum e o costume para justificar suas decisões.

Entretanto, a aplicação de valores tão subjetivos e abertos, tal como o bom senso, dificultam o controle externo dessas decisões. Neste sentido, alerta Humberto Theodoro Júnior⁴³ para a importância do papel desempenhado pelos juízes ao arbitrar o *quantum* indenizatório de um bem lesado que não pode ser monetariamente mensurado, conforme suas palavras transcritas abaixo:

Cabe, assim, ao prudente arbítrio dos juízes e à força criativa da doutrina e da jurisprudência, a instituição de critérios e parâmetros que haverão de presidir às indenizações por dano moral, a fim de evitar que o ressarcimento, na espécie, não se torne expressão de puro arbítrio, já que tal se transformaria numa quebra total de princípios básicos do Estado Democrático de Direito, tais como, por exemplo, o princípio da legalidade e o princípio da isonomia.

Se a vítima pudesse exigir a indenização que bem quisesse e se o juiz pudesse impor a condenação que lhe aprouvesse, sem condicionamento algum, cada caso que fosse ter à Justiça se transformaria num jogo lotérico, com soluções imprevisíveis e as mais disparatadas.

Para afastar as decisões da arbitrariedade faz-se necessária a explicitação da motivação permitir o acompanhamento do raciocínio lógico aplicado pelo magistrado.

⁴³ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano Moral**, 7ª ed. Belo Horizonte: Del rey, 2010. p. 41

Através de extensa e profunda análise dos fatos é possível encontrar similaridades com casos parecidos e, conseqüentemente, justificar os valores arbitrados. Afastando, assim, qualquer vestígio de escolhas com base na intuição e na arbitrariedade.

Por fim, resume-se a importância além do comum da fundamentação da decisão judicial com as palavras de Maria Celina Bodin de Moraes⁴⁴, transcritas abaixo:

Não se trata de saber o que o juiz pensou ao prolatar a decisão, mas sim de examinar a “razoabilidade das razões” por ele apontadas para justificar o que decidiu. Sua racionalidade deve poder ser objeto de controle e verificação externos, para que se possam analisar as razões sobre as quais o seu juízo (racional) se formou.

3.2.2 Os critérios de avaliação adotados nas decisões sobre dano moral

A falta de parâmetros estabelecidos na legislação pátria, conforme demonstrado acima, deu margem à doutrina e à jurisprudência estipularem de modo livre que critérios deveriam ser aplicados no momento de quantificar/valorar a reparação moral. Vale lembrar que o órgão julgador é livre para adotar o entendimento que achar mais correto, basta que a decisão judicial proferida seja devidamente motivada e siga um raciocínio lógico.

Mirna Cianci defende que o primeiro critério de avaliação do dano moral deveria ser a averiguação se é possível a reparação *in natura* do dano moral. Isto significa que sem qualquer ônus para a vítima o órgão julgador poderia determinar que o caso voltasse ao estado anterior. Inclusive, a autora cita uma analogia de um pai que dá um presente para reparar um mal como se fosse a compensação (indenização); e que a reparação seria o mesmo que o diálogo entre pai e filho. Neste sentido, João Casillo⁴⁵ afirma que:

a melhor das soluções seria aquela que permitisse ser a ofensa reparada *in natura*, ou seja, que as coisas fossem colocadas exatamente no seu *statu quo ante*. O objeto destituído, por exemplo, seria restituído por outro idêntico, sem qualquer ônus para a vítima.

Américo Luis Martins da Silva⁴⁶ enriquece esta corrente ao esclarecer que:

A reparação do dano moral constitui um problema que deve ser solucionado pela reparação *in natura* nas hipóteses em que a reparação pode assumir aspecto não-pecuniário, principalmente quando utilizada para fazer cessar a ocorrência do dano moral (publicação de resposta, carta de boa referência, realização de matrimônio,

⁴⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. Ob. cit., p. 274.

⁴⁵ CASILLO, José. **Dano à pessoa e sua indenização**. São Paulo: RT, 1987, p. 47.

⁴⁶ SILVA, Américo Luis Martins da. **O dano moral e sua reparação civil**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2002, p. 55.

etc.) e pela compensação pecuniária nas hipóteses em que a reparação não pode assumir aspecto *in natura*, principalmente quando utilizada para compensar danos morais já consumados no passado.

Após esgotar as possibilidades de restabelecer a situação ao estado anterior, deve, então, valorar a lesão moral e calcular o *quantum* indenizatório. Humberto Theodoro Júnior acredita que o juiz deve se ater basicamente ao julgamento de prudência e equidade. Deste modo, dentro das particularidades de cada fato danoso, o juiz avaliará o binômio “possibilidades do lesante” – “condições do lesado” para arbitrar o valor adequado pela lesão sofrida e outro como compensação razoável para “apagar os efeitos da lesão”.

Mirna Cianci, por sua vez, prefere estender-se nessa análise dos critérios ao levar em conta “causas de aumento ou diminuição” do valor indenizatório proferidos pela jurisprudência ou argumentados pela doutrina.

Para ela, existiriam cinco principais elementos a serem levados em consideração. O primeiro deles seria a culpa concorrente. Caso o lesado venha de alguma forma contribuir para o dano causado a ele, este fator deve ser considerado como uma causa de diminuição na quantificação do valor da indenização. Carlos Roberto Gonçalves⁴⁷ coaduna com este pensamento, como se pode notar pelas suas palavras transcritas abaixo:

em geral mede-se a indenização pela extensão do dano e não pelo grau de culpa. No caso do dano moral, entretanto, o grau de culpa também é levado em consideração juntamente com a gravidade, extensão e repercussão da ofensa, bem como a intensidade do sofrimento acarretado à vítima. A culpa decorrente do lesado constitui fator atenuante da responsabilidade do ofensor.

Aguiar Dias⁴⁸, por sua vez, alerta para a devida apreciação deste elemento. Afinal, o juiz deve ter a sutileza de perceber qual dos atos possui nexo causal com o dano. O autor observa ainda que se a culpa do agente fosse gravíssima, deve-se desconsiderar qualquer participação da vítima, tendo em vista a gravidade da intenção do ofensor. Assim, segue abaixo as suas observações:

o que se deve indagar é, pois, qual dos fatos, ou culpas, foi decisivo para o evento danoso, isto é, qual dos atos imprudentes fez com que o outro, que não teria conseqüências, de si só, determinasse, completado por ele, o acidente. Pensamos que sempre que seja possível estabelecer inocuidade de um ato, ainda que imprudente, não se deve falar em concorrência de culpa. Noutras palavras: a culpa grave, necessária e suficiente para o dano, exclui a concorrência de culpas.

⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Ob. cit., p. 424.

⁴⁸ DIAS, José de Aguiar. Ob. cit., p. 1016.

Face às interpelações da doutrina sobre o tema, o legislador infraconstitucional previu no artigo 945 do Novo Código Civil que “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”.

Deve-se atentar para o fato que em nenhum momento a legislação acima transcrita estabeleceu qual o valor deve ser descontado da reparação. Apesar disso, encontra-se muitos julgados que reduzem pela metade o valor da indenização pelo simples fato da vítima ter contribuído para o dano. Todavia, seguindo os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, o julgador deve sempre ter em mente o grau efetivo de participação do concorrente.

O segundo critério é a demora na propositura da ação. Mesmo a ação de indenização ter sido interposto dentro do seu prazo prescricional, considera-se que o dano moral não tenha sido tão devastador, já que não houve o interesse imediato de repará-lo. Além disso, o transcurso do tempo também serviu para suportar o sofrimento. Deste modo, a jurisprudência tem entendido esta situação como outro fator de redução para o valor da condenação.

Mirna Ciani defende que, apesar da dor moral se tornar mais amena a cada dia que passa, isto não justifica o indeferimento do pedido quando a vítima demora a ingressar com a ação de indenização. Segundo a doutrinadora, os prazos prescricionais servem exatamente para determinar quando a pretensão se exaure, logo não cabe ao juiz determinar que um período de tempo diverso daquele previsto em lei, mesmo que longo, seja passível de assimilação absoluta da dor e por isso indevida a reparação. Entretanto, este período pode ser levado em consideração no momento de quantificar o valor compensatório, servindo como critério de diminuição.

Assim, da mesma forma que a contribuição da vítima deve ser considerada de modo proporcional para valorar o dano moral, o mesmo deve ocorrer com demora do lesado para ingressar com a devida ação deve ser considerada. Entretanto, a razoabilidade também deve nortear o julgador, por isso defendo que antes de aplicar tal causa de diminuição à indenização, deve-se investigar se não ocorreu algum motivo escusável para essa mora.

O quesito seguinte é a intensidade do sofrimento e a conduta do ofensor. Adverte Mirna Ciani que este é o critério mais importante na aferição do valor indenizatório e que consagra o caráter exclusivamente compensatório do dano moral.

A autora rechaça de modo veemente os critérios adotados por julgados que admitem ser possível a majoração da condenação porque a vítima era abastarda ou famosa, conforme sua lição abaixo transcrita:

Ao se admitir esse parâmetro, restará ofensa ao princípio da igualdade, porque qualquer pessoa, dentro do círculo social próprio, seja ele grande ou pequeno, sene da mesma forma os efeitos do dano à imagem (...) a ocasionalidade determinaria o desfecho da demanda: se atingir a qualquer um do povo, o valor será inferior, mas poderá ser elevadíssimo se atingir alguém mais conhecido em determinada comunidade, critério que reflete insegurança nas relações jurídicas que, em regra, não se verifica no campo do direito obrigacional.

[...]

São critérios que de modo algum revelam a repercussão moral do fato. Uma pessoa idônea, ainda que desprovida de fortuna ou de importantes laços, certamente padece do mesmo sofrimento, não se justificando, senão por conta de odiosa discriminação, a diminuição ou majoração do arbitramento sob tais indicadores ⁴⁹.

Do mesmo modo, a jurista mostra-se contrária às decisões judiciais que se baseiam na culpa ou dolo do ofensor. Para ela, esse critério seria a admissão do caráter punitivo nas indenizações por dano moral, uma vez que o grau de culpa do ofensor prevaleceria sobre a verdadeira finalidade da reparação, amenizar a ofensa à dignidade da vítima.

A mesma doutrinadora ainda tece comentários contrários às jurisprudências que defenderam a moderação no valor arbitrado a título de indenização sob o argumento que existem danos morais cujo sofrimento possui caráter transitório, tendo em vista apenas a natureza da ofensa.

O quarto critério a ser considerado é o número de ofendidos. Faz mister esclarecer que se trata de matéria de grande dificuldade prática aferir efetivamente o dano moral de cada pessoa quando a lesão envolve um grupo de pessoas ou, principalmente, quando o fato envolve membros de uma mesma família.

Este é o caso do dano reflexo, isto é, quando uma pessoa sofreu uma lesão e seus efeitos repercutiram na vida das pessoas próximas, causando lesão a estas também. Como exemplo, pode-se citar o caso da esposa de uma vítima que ficou paraplégica.

Os autores Caio Mário Pereira da Silva e José de Aguiar Dias consideravam possível essa modalidade de dano moral em caráter excepcional. Rui Stoco⁵⁰, por sua vez, aconselha cautela, afirmando que:

para que a ação de indenização não se converta em fonte de abusos e especulações da dor alheia, *maxime* com relação à ação intentada pelos pais, sob o fundamento de que o filho foi, por exemplo, caluniado, difamado ou injuriado, se o próprio atingido deixou de ingressar em juízo, quando poderia fazê-lo como pessoa diretamente

⁴⁹ CIANCI, Mirna, ob. cit., pp. 107-8.

⁵⁰ STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial**. 4ª Ed. São Paulo: RT, 1999, p. 112.

interessada. É ele o próprio juiz de sua vontade, de que o assunto seja objeto de debate público.

Mirna Cianci entende que seria mais adequado avaliar apenas o dano moral próprio do qual decorre a lesão, uma vez que existe uma tendência do dano reflexo se amenizar de modo mais rápido se comparado com o dano sofrido pela vítima. Além disso, ela assinala que estas supostas derivações podem ser supridas na indenização principal devida a quem sofreu propriamente dito a ofensa. Isto se deve ao fato que nada garante que as pessoas indiretamente ligadas ao dano permaneçam convivendo e, conseqüentemente, sofrendo junto ao lesado. Por último, menciona que mesmo o agente ao praticar o ato danoso tem a intenção apenas de deferir dano à vítima, ele estará sujeito à condenação em relação a todos os que sofrerem a repercussão do dano.

O último critério principal refere-se aos casos em que o Estado é parte nessas ações de indenização. De modo breve, deve-se mencionar que existe uma dicotomia. A Fazenda Pública ao mesmo tempo que poderia ter sua condenação majorada porque possui uma alta renda e tem o dever de ser punida pelos atos culposos de seus agentes; deveria ter diminuído o valor da indenização a ser paga, já que os recursos públicos na verdade são custeados pelo povo que paga os tributos e por causa que os agentes públicos, em sua maioria, atuam cumprindo seus deveres legais e funcionais. Assim, toda vez que o Estado configurar com uma das partes o julgador deve agir com cautela e decidir, de modo fundamentado, qual o fator deve prevalecer.

Por fim, deve-se observar que a existência de decisões judiciais tão discrepantes decorre exatamente da falta de normatização da matéria pelo legislador pátrio. Por causa disso, nota-se a proliferação de inúmeros critérios que são adotados ou não por cada órgão julgador, que, por sua vez, tornam a ação de indenização por danos morais uma verdadeira loteria.

Vale mencionar que existe um projeto de lei sob o número 334/08 e ele encontra-se em trâmite no Senado Federal. O mesmo já recebeu parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça. Este projeto de lei pretende regulamentar o dano moral e sua reparação, no intuito de dar fim à celeuma jurídica que circunda o tema. Para isso, prevê que a indenização teria caráter exclusivamente compensatório e deveria ser fixado sob parâmetros definidos. Outro quesito revolucionário seria o tabelamento dos valores a serem pagos a título de indenização conforme o tipo de dano moral. Além disso, destacam-se as propostas de possível litisconsórcio ativo e de prazo prescricional de três anos.

Considera-se válida a iniciativa do projeto de lei supramencionado ser de extrema relevância, todavia deve-se questionar o extremismo do texto proposto. É como se o legislador pretendesse modificar a situação atual de completa liberdade do órgão julgador, para o sentido oposto, em que restaria nenhuma discricionariedade para o juiz ou tribunal adaptar as disposições legais ao caso prático.

3.3 Análise das decisões do STJ em 2009 sobre danos morais

3.3.1 A competência do STJ

A priori, como visto anteriormente, no ordenamento jurídico adotado no Brasil, quando alguém sofre um dano moral, nasce para ela o direito à reparação. Para satisfazer essa pretensão faz-se necessário recorrer ao Poder Judiciário para que o Estado, através da jurisdição, substitua a vontade das partes promova a solução do conflito de interesse entre as partes e garanta a paz social, conforme os princípios da proteção judicial efetiva, do juiz natural e do devido processo legal (artigo 5º, incisos XXXV, XXXVII, LIII e LV da Lei Maior).

De acordo com os preceitos de processo civil, jurisdição “pode ser entendida como a atuação estatal visando a aplicação do direito objetivo ao caso concreto, resolvendo-se com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando tal solução a pacificação social”⁵¹. Isto significa que o Estado, mais precisamente, o Poder Judiciário é competente para dirimir os litígios que envolvam as matérias sobre dano moral.

Apesar de a jurisdição ser considerada una e indivisível, não é viável que um único tribunal ou juiz fosse atribuído para julgar todos os processos judiciais. Por causa disso, o Poder Judiciário é composto de vários órgãos jurisdicionais, os quais possuem cada um suas atribuições.

A competência é exatamente a limitação do exercício legítimo da jurisdição, de modo que forme uma hierarquia dentro do Poder Judiciário e ocorra a distribuição dos processos judiciais. Em suma, Canotilho⁵² aduz que:

⁵¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**, 2ª. ed., São Paulo: Método, 2010, p. 110.

⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 6ª. ed. Lisboa: Almedina, 2002, p. 542-543.

Por competência entender-se-á o poder de acção e de actuação atribuído aos vários órgãos e agentes constitucionais com o fim de prosseguirem as tarefas de que são constitucional ou legalmente incumbidos. A competência envolve, por conseguinte, a atribuição de determinadas tarefas bem como os meios de acção ('poderes') necessários para a sua prossecução. Além disso, a competência delimita o quadro jurídico de actuação de uma unidade organizatória relativamente a outra.

A Constituição Federal de 1988 foi responsável por estabelecer a organização geral do Poder Judiciário. Deste modo, estão prevista na Carta Magna as regras de competência da justiça militar, trabalhista, eleitoral e, de modo residual, a comum; de modo que o Supremo Tribunal Federal, os tribunais superiores – dentre eles, o Superior Tribunal de Justiça – e demais membros deste poder possuem suas áreas de atuação.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi criado pela Constituição de 1988 com a finalidade de preservar a interpretação adequada e a unidade do direito federal ordinário em relação às causas julgadas pelos tribunais federais comuns e pelos tribunais estaduais, de modo a desafogar o Supremo Tribunal Federal.

Ele é composto por trinta e três ministros, nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros, com mais de 35 (trinta e cinco) e menos de 65 (sessenta e cinco) anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

A sua competência engloba o julgamento de recurso especial contra decisão judicial de única ou última instância, uma vez que seu papel é uniformizar a interpretação do direito federal ordinário. Tornando, assim, a instância máxima das questões de competência da Justiça Comum que não versem sobre matéria constitucional.

Vale ressaltar que o STJ não possui o papel de rever as causas decididas pelos tribunais regionais federais ou tribunais de justiça, ele apenas busca a segurança sistêmica. Por causa disso, não é possível nos recursos especiais reexaminar prova dos autos (súmula 7 do STJ).

Conforme as observações do Ministro Gilmar Mendes⁵³, ocorreu a sobrecarga do STJ tendo em vista “o exercício da ampla competência, no âmbito do recurso especial, e a falta de qualquer instrumento de generalização de efeitos das decisões e de seleção de recursos”. Para combater esta situação criou-se através da Lei 11.672/2008 um mecanismo para julgamento único dos recursos repetitivos sobre o mesmo tema.

3.3.2 A composição do STJ

⁵³ MENDES, Gilmar. Ob. cit., p. 1017.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), no intuito de melhor atender ao seu *munus publico*, estabeleceu em seu regimento interno disposições criando subórgãos responsabilizados para julgar parte das competências estabelecidas na Constituição Federal para este egrégio tribunal.

Assim, com base no critério da especialização o STJ divide-se nos seguintes órgãos internos: Plenário, Corte Especial, 1ª a 3ª Seções e 1ª a 6ª Turmas.

As funções administrativas do STJ são exercidas pelo Plenário, integrado pela totalidade dos ministros da Casa.

A Corte Especial é órgão máximo do Superior Tribunal de Justiça. Esta corte é dirigida pelo presidente do STJ, além disso é formada pelos 15 ministros mais antigos do tribunal. Inclusive, sua principal função é julgar os processos criminais de competência originária, aqueles que têm início no próprio Tribunal, e dirime questões jurídicas entre os demais órgãos julgadores, como os conflitos de competência entre turmas de seções distintas e os embargos de divergência. Entretanto, este órgão também é responsável por algumas funções administrativas. Por último, Corte Especial é competente para estabelecer as novas súmulas de jurisprudência do STJ.

As três seções de julgamento, cada uma delas composta por duas turmas, analisa e julga matérias de acordo com a natureza da causa submetida a apreciação. Acima delas está a Corte Especial. É nas seções especializadas que são julgados os processos de competência originária do STJ, aqueles que têm início no próprio Tribunal. Cada seção é formada por duas turmas especializadas, e cada turma é integrada por cinco ministros.

Para o presente trabalho interessa tratar apenas da Segunda Seção. Esta é composta pelos ministros da Terceira Turma e da Quarta Turma. Nestes órgãos decidem-se sobre matérias de Direito Privado, examinando questões de Direito Civil e Comercial.

3.3.3 Os principais critérios adotados pela 2ª Seção do STJ

O STJ é o tribunal responsável por consolidar, unificar o entendimento jurisprudencial sobre as matérias comuns não-constitucionais, de modo a garantir a segurança jurídica, conforme o texto do artigo 105, inciso III da Constituição Federal transcrito logo abaixo:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão:

- a) Contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) Julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) Der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal.

Como a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça é responsável por processar e julgar as matérias de Direito Privado. Consequentemente, entende-se ser ela competente para processar e julgar as ações/recursos envolvendo danos morais, com a finalidade de unificar o entendimento sobre o tema.

Anteriormente ao analisar os critérios valorativos admitidos no ordenamento jurídico pátrio, constatou-se que havia a ausência de normas regulamentadoras para avaliar a quantificação do dano moral. Este fator aliado com a ampla liberdade dos juízes para formarem suas decisões resultou na criação pela doutrina e jurisprudência de inúmeros quesitos a serem considerados na aferição da indenização.

Conforme lição de Maria Celina Bodin de Moraes⁵⁴, “os critérios adotados na compensação do dano moral no Brasil variam muito, mas nota-se que são presenças freqüentes nas decisões judiciais o critério da extensão do prejuízo, o critério do grau de culpa e o critério relativo à situação econômico-financeira, tanto do ofensor quanto da vítima”.

Mirna Cianci, por sua vez, acrescenta outros valores, tais como as considerações sobre o dano punitivo.

Diante deste impasse, o Superior Tribunal de Justiça por ter a última palavra sobre o arbitramento de indenizações por dano moral, teve que julgar 11.369 processos em 2008 que de alguma forma debatiam sobre esse tema. Assim, o Tribunal tem procurado estabelecer parâmetros para readequar as reparações, de acordo com a notícia publicada no sítio do próprio STJ⁵⁵ em 13/09/09. Por causa disso, fornece exemplos de julgados recentes dos valores quantificados pelo STJ, como se fosse um tabelamento sobre a matéria.

No mesmo informativo, aduz-se o dilema enfrentado pelo egrégio tribunal. O STJ tem que cumprir a finalidade de reparar o dano minimizando a dor da vítima e punir o ofensor. Todavia, ao mesmo tempo tem seu papel é limitado, tendo em vista a impossibilidade de reexaminar provas; restando, assim, basicamente adequar os valores das indenizações fixados nas instâncias locais quando a quantia for irrisória ou exagerada.

⁵⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. Ob. cit., p. 275.

⁵⁵ STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais, seção “Notícias” do STJ, de 13/09/09, disponível em “<http://www.stj.jus.br>”, acesso em 22 set. 2010.

Por ora, vale analisar as decisões judiciais proferidas pela 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça no ano de 2009, de modo a captar qual o posicional do Egrégio Tribunal quanto aos critérios tratados anteriormente.

A primeira observação a ser feita é a conceituação de dano moral pela 2ª Seção do STJ. Tal órgão ainda entende que o dano moral estaria relacionado com sentimentos negativos experimentados pela vítima, tal como dor e sofrimento. Neste sentido, constata-se tal concepção nos seguintes acórdãos:

(...) quanto ao valor fixado a título de danos morais, lembre-se que a indenização por danos morais tem por objetivo compensar a dor causada à vítima e desestimular o ofensor de cometer atos da mesma natureza.

Não é razoável o arbitramento que importe em uma indenização irrisória, de pouco significado para o ofendido, nem uma indenização excessiva, de gravame demasiado ao ofensor.

Por esse motivo, a jurisprudência deste Superior Tribunal orienta que o valor da indenização por dano moral não escapa ao seu controle, devendo ser fixado com razoabilidade.

(STJ, 3ª Turma, REsp 731244/AL, Rel. Min. Sidnei Beneti, julg. 10.11.09 e publ. no DJe de 23.11.09).

INTERNET - ENVIO DE MENSAGENS ELETRÔNICAS - SPAM - POSSIBILIDADE DE RECUSA POR SIMPLES DELETAÇÃO - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO – RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1 - segundo a doutrina pátria "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 tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo".

2 - Não obstante o inegável incômodo, o envio de mensagens eletrônicas em massa - SPAM - por si só não consubstancia fundamento para justificar a ação de dano moral, notadamente em face da evolução tecnológica que permite o bloqueio, a deleção ou simplesmente a recusada de tais mensagens.

3 - Inexistindo ataques a honra ou a dignidade de quem o recebe as mensagens eletrônicas, não há que se falar em nexo de causalidade a justificar uma condenação por danos morais.

4 - Recurso Especial não conhecido.

(STJ, 4ª Turma, REsp 844.736/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 27.10.09 e publ. em 02.09.10)

Deste modo, resta caracterizado que a visão do STJ ainda não acompanha a doutrina moderna. Com base nas modificações do ordenamento jurídico estabelecidas pela Constituição Federal de 1988, a qual elegeu o princípio da dignidade humana como base, os juristas vinculam a lesão extrapatrimonial, a ilicitude ao desrespeito do direito previsto no preceito mencionado. A jurisprudência do Tribunal, por sua vez, atrela-se a noções antiquadas, confundindo o dano propriamente dito com as suas conseqüências (dor e sofrimento).

Outro fator a ser ressaltado é o caráter punitivo ter sido adotado nas decisões do egrégio tribunal, conforme as decisões transcritas abaixo:

(...) Destarte, em razão das particularidades do caso e à luz dos precedentes desta Corte Superior trazido à colação como paradigmas, entendo configurada a hipótese de redução desse valor aos parâmetros adotados por este Tribunal, de modo a garantir ao lesado a justa reparação, afastando-se, pois, a possibilidade de enriquecimento indevido, e “(...) a punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial”. (Caio Mário da Silva Pereira, citado por Sérgio Cavalieri Filho, in *Programa de Responsabilidade Civil*, 7ª ed. Editora Atlas, p.90).

(STJ, 4ª Turma, AgRg no Ag 1221953/MG, Rel. Min. Honildo Amaral Mello Castro, desembargador convocado do TJ/AP, julg. 15.12.09 e publ. no DJe de 08.09.10).

Quanto ao valor da indenização, não obstante o grau de subjetivismo que envolve o tema de sua fixação, uma vez que não existem parâmetros legais determinados para a quantificação do dano moral, reiteradamente, tem-se pronunciado esta Corte no sentido de que a reparação do dano deve ser arbitrada em montante que desestime o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido.

(STJ, 3ª Turma, REsp 791.025/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, julg. 19.11.09 e publ. no DJe de 09.12.09).

Assim, demonstra-se que o STJ convalida a pena privada, permitindo que o magistrado estipule uma quantia que sirva como desestímulo à repetição. Todavia, queda-se tal entendimento mais uma vez contrário à maioria dos doutrinadores, uma vez que estes defendem que a indenização deve se restringir à compensação do dano sofrido, sem margem para aplicação de penas arbitrárias ao ofensor.

Constatou-se também que as condições econômicas e sociais das partes são avaliadas pelo Pretório. Em outras palavras, o STJ tem julgado como causa de aumento do valor indenizatório de acordo com o grau de pobreza ou notoriedade na sociedade da vítima, bem como o poder aquisitivo do ofensor, a exemplo dos seguintes julgados:

A rigor, a indenização por dano moral trata-se mais de uma compensação do que propriamente de ressarcimento (como no dano material), até porque o bem moral não é suscetível de ser avaliado, em sua precisa extensão, em termos pecuniários. **O critério utilizado por esta Corte na fixação do valor da indenização por danos morais, tem considerado as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido e de modo que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.**

A jurisprudência do Superior Tribunal, quanto ao valor do dano moral, caminha no sentido de que a intervenção só é possível para corrigir eventual abuso, excesso, exagero, valor exorbitante, ou mesmo irrisório, insignificante.

(STJ, 4ª Turma, RCDESP no Ag nº 898.390/PR, Rel. Min. Fernando Mathias, juiz federal convocado do TRF 1ª Região, julg. 03.03.09 e publ. no DJe de 16.03.09).

Atento às peculiaridades do caso, em que o acórdão recorrido reconheceu a culpa exclusiva da ré, bem como ao fato de se tratar de vítima de tenra idade, circunstância

que exaspera sobremaneira o sofrimento da mãe, **além da sólida capacidade financeira da empresa ré**, considero razoável para a compensação do sofrimento experimentado pela genitora, e consentâneo ao escopo pedagógico que deve nortear a condenação, majorar o valor da indenização para R\$ 232.500,00, equivalente a 500 salários mínimos, conforme precedentes da Casa.

(STJ, 4ª Turma, REsp 1021986/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 16.04.09 e publ. no DJe de 27.04.09)

(...) **a situação do recorrido é especial, pois se trata de pessoa notória**, famosa por sua atuação como jogador de futebol e como comentarista esportivo, por isso os critérios para caracterizar a violação da privacidade são distintos daqueles desenhados para uma pessoa cuja profissão não lhe expõe. Assim, como sabido, o direito de informar sobre a vida íntima de uma pessoa pública revela-se mais amplo, o que, contudo, não permite tolerar abusos.

(STJ, 4ª Turma, REsp 713202/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 01.10.09 e publ. em 03.08.10)

(grifo nosso)

A culpa recíproca, por sua vez, é vista pelo Superior Tribunal como causa de diminuição. Rechaçando, portanto, a tese que defendia ser indevida qualquer indenização se a vítima houvesse contribuído de algum modo para o resultado danoso, segundo as seguintes decisões:

Como se verifica, no caso dos autos, destacou o acórdão *a quo* que havia muito próxima uma passarela, de sorte que era disponibilizado aos transeuntes um caminho seguro para transpor a linha do trem, do qual o *de cujus* não quis se utilizar, preferindo, provavelmente, um percurso mais cômodo, porém, evidentemente, muito mais perigoso, a seu talante.

Isso não retira a responsabilidade da concessionária, posto que se já existia uma passarela, deveria, então, manter fechados outros acessos, mesmo que clandestinamente abertos pela população, pois cuidava-se de área urbana densamente povoada, questão, aliás, que não é meramente fática, mas de direito.

Mas, é claro, que não se pode desconhecer que houve absoluto descaso do transeunte ao se furtar em utilizar a passagem de nível, fator que deve ser considerado na avaliação do grau de culpa da empresa.

(STJ, 4ª Turma, REsp 1046535/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julg. Em 18.06.09 e publ. no DJe de 10.08.09)

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ARTS. 29, II, "C", DA LEI N. 9.503/1997 E 935 DO CÓDIGO CIVIL (1.525 DO CCB/1916). AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282, 356-STF E 211-STJ. INCIDÊNCIA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. RESPONSABILIDADE RECONHECIDA PELO TRIBUNAL A QUO. MATÉRIA DE PROVA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ. CULPA CONCORRENTE. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. JUROS MORATÓRIOS. CÁLCULO. FATO OCORRIDO EM 1998. NOVO CÓDIGO CIVIL. INCIDÊNCIA A PARTIR DA SUA VIGÊNCIA.

I. "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo" - Súmula n. 211-STJ.

II. Entendido pelo Tribunal a quo que a recorrente teve responsabilidade concorrente na configuração do dano indenizável, tal circunstância fática não tem como ser reavaliada em sede de recurso especial, ao teor da Súmula n. 7 do STJ.

III. Culpa concorrente da vítima não exclui a responsabilidade da empresa pelo evento danoso, podendo, apenas, diminuir o quantum da indenização.

IV. Consolidou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que os juros moratórios incidentes sobre os valores das indenizações devem ser

calculados nos termos do art. 1.062 da antiga lei substantiva até a vigência do novo Código Civil e, a partir daí, regidos pelo disposto em seu art. 406.

V. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido.

(STJ, 4ª Turma, REsp 883.967/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julg. 16.06.09 e publ. em 04.08.09).

O último quesito que o presente estudo detectou nas decisões da 2ª Seção do STJ dentre os critérios mencionados pela doutrina foi a previsão do dano moral reflexo, isto é, quando o dano sofrido pela vítima afeta negativamente outras pessoas próximas a ele, causando também lesão à dignidade dos outros, a exemplo da decisão abaixo:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ROUBO AGÊNCIA BANCÁRIA. MORTE DE CORRENTISTA. RESPONSABILIDADE CIVIL DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRECARIEDADE DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA PREVENTIVA AFERIDA A PARTIR DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE, IN CASU. SÚMULA 07/STJ. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. JUROS DE MORA.

1. O reexame do conjunto fático-probatório carreado aos autos é atividade vedada à esta Corte superior, na via especial, nos expressos termos do enunciado sumular n.º 07 do STJ.

2. In casu, não merece prosperar a pretensão do banco recorrente de ver afastada sua responsabilidade pelo evento danoso, porquanto as conclusões das instâncias de cognição plena foram sempre no sentido de que impossível eximi-lo da obrigação de indenizar por sua desídia no que se refere à segurança do estabelecimento bancário onde ocorreram os disparos que ceifaram a vida da vítima, filha e irmã dos recorridos.

3. Na via especial, somente se admite a revisão do valor fixado pelas instâncias de ampla cognição a título de indenização por danos morais, quando estes se revelem nitidamente ínfimos ou exacerbados, extrapolando, assim, os limites da razoabilidade (Precedentes: AgRg no REsp 877.267/SE, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, DJ de 16/04/2007; e AgRg no Ag 939.482/RJ, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, DJe de 20/10/2008).

4. **In casu, o quantum indenizatório de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a cada um dos pais e ao irmão da vítima - que teve sua vida ceifada no interior de estabelecimento do recorrente**, desprovido das condições mínimas de segurança que legalmente lhe são exigidas - arbitrado pelo juízo sentenciante e mantido pelo Tribunal a quo, não escapa à razoabilidade, nem se distancia do bom senso e dos critérios recomendados pela doutrina e jurisprudência.

5. É assente na Corte que o dies a quo de incidência da correção monetária sobre o montante fixado a título de indenização por dano moral decorrente de ato ilícito é o da prolação da decisão judicial que a quantifica (Súmula n.º 362/STJ).

6. Os juros moratórios devem ser calculados na forma do art. 1.062 do Código Civil anterior até a vigência do atual, a partir de quando deve ser observado o art. 406 deste (Precedente: AgRg no Ag 915.165/RJ, Rel. Min. SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe de 20/10/2008)

7. Agravo regimental do Banco Bradesco S/A desprovido.

8. Agravo regimental dos autores da indenizatória parcialmente provido.

(STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 1011372/BA, Rel. Min. Vasco Della Giustina, Desembargador convocado do TJ/RS, julg. 08.09.09 e publ. no DJe de 28.09.09).

(grifo nosso)

Em suma, faz mister resumir os posicionamentos adotados pelo Superior Tribunal de Justiça, quais sejam, a conceituação do dano moral é vista como dor ou sofrimento da vítima; a indenização pode englobar o caráter punitivo; as condições socioeconômicas das partes, bem como a culpa recíproca da vítima são capazes de influenciar o valor arbitrado como indenização e, além disso, admite-se o dano moral reflexo.

Por fim, nota-se que o Superior Tribunal se esforça para alcançar a padronização dos seus critérios para uniformizar os valores arbitrados nas indenizações por dano moral. Entretanto, seus quesitos mostram-se muitas vezes insuficientes, tendo em vista que seu desempenho é limitado. Afinal, não é permitido tal Corte reexaminar os fatos e provas dos processos que julga em grau de recurso.

Não obstante, alguns critérios adotados pelo STJ afastam o magistrado da sua atribuição, qual seja, mensurar unicamente o efetivo dano sofrido pela vítima. O que deveria importar é a simples compensação pela lesão à honra ou qualquer outro direito relacionado à dignidade humana.

Deste modo, o foco do Egrégio Tribunal deveria ser modificado. Pois, enquanto se procura padrões para facilitar o julgamento e promover a celeridade processual, aumenta o risco perder a individualização necessária para reparar o dano de cada vítima. Assim, de acordo com Maria Celina Bodin de Moraes, os valores fixados permaneceriam díspares, todavia haveria uma base racional que traria a segurança jurídica necessária para essa temática.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por causa da celeuma jurídica envolvendo a temática dos danos morais, o presente estudo dedicou-se a prestar sua contribuição para o enriquecimento do assunto. Isto foi possível através das observações sobre a conceituação da lesão extrapatrimonial, os critérios indicados pela doutrina e os quesitos adotados pela jurisprudência.

Em outras palavras, com as análises realizadas neste trabalho, almejou-se alcançar um maior esclarecimento *a priori* sobre a evolução da responsabilidade civil. O primeiro passo foi o estudo sobre noções gerais sobre responsabilidade civil. Concluiu-se que desde os primórdios a busca por ressarcir o prejuízo causado a outrem, como meio de estabelecer o equilíbrio resultante do dano e a pacificação social. Assim, pode-se dizer que os anseios sociais e as determinações legais influenciaram a constante mudança, evolução (e, quiçá, revolução) dos parâmetros de quais prejuízos poderiam ser ressarcidos e de que forma.

Em seguida, analisou-se os principais momentos históricos para poder traçar a linha evolucionária da responsabilidade civil. Constatou-se que no primeiro momento valia a vingança privada, logo a reparação pelo dano sofrido estava fora do universo jurígeno. Depois, no direito romano passou a valer como regra jurídica conhecida como talião, da qual se pode extrair o bordão “olho por olho, dente por dente”. Sucedido pelo período da composição. E Num estágio mais avançado, quando a composição voluntária se vulgarizou, tornou-se necessário a intervenção do legislador, de modo a sancionar o seu uso. Nessa fase, ainda não havia a distinção entre a responsabilidade civil e a penal, essa separação foi fruto do desenvolvimento da civilização romana que ao constatar que as figuras delituais não eram suficientes para reparar o dano, criaram os *quasi delicta*. A verdadeira revolução nos conceitos jus-romanísticos sobre a responsabilidade civil só veio com a Lei Aquília, considerada um marco para a origem do elemento “culpa” na reparação do dano.

Ao analisar a contribuição do direito francês, mais precisamente do seu Código Civil, notou-se que ele foi responsável por ser base de inspiração e modelo para as legislações modernas, já que consagrou um princípio geral da responsabilidade civil, afastando-se do critério de enumerar os casos de composição obrigatória.

Já no direito brasileiro, pôde-se observar que o Código Civil Brasileiro de 1916, por sua vez, mostrou-se fortemente influenciado pelas idéias da separação da responsabilidade civil da penal e pelo Código Civil francês. O passo mais recente na evolução da responsabilidade civil no Brasil foi o advento do Código Civil de 2002. Pôde-se notar também que o legislador adotou a teoria da responsabilidade subjetiva como regra geral, porém não

excluiu a teoria do exercício de atividade perigosa nem o princípio da responsabilidade independentemente de culpa, os quais são aplicáveis aos casos previstos em lei.

O último elemento estudado dentro da evolução foram as novas tendências da responsabilidade civil. Concluiu-se que o centro de preocupações em matéria de responsabilidade civil foi modificado. Antes, considerava-se o homem de modo isolado e atualmente prevalece o entendimento do homem dentro da coletividade e da sociedade. Por oportuno, notou-se que hoje o direito não consegue acompanhar as intensas transformações tecnológicas e sociais, ocasionando situações envolvendo a responsabilidade civil e que ainda não possuem posicionamento legal. Deste modo, surgiram várias tendências jurisprudenciais e doutrinárias. Cabe destacar dentre elas a flexibilização dos tribunais quanto à exigência da prova do nexo causal; a coletivização das ações de responsabilidade civil; e a expansão do dano ressarcível para casos como dano por nascimento indesejado, dano à vida sexual etc.

Este trabalho, então, passou a analisar as teorias envolvendo a responsabilidade civil através do estudo do posicionamento da doutrina clássica. Entendeu-se que a responsabilidade civil possui duas vertentes que convivem em harmonia. Logo, dependendo da fundamentação que se dê à responsabilidade, o elemento culpa será considerado ou não para configurar a obrigação de reparar o dano. A teoria clássica está diretamente relacionada com a culpa. A responsabilidade objetiva é aquela que não exige prova do elemento culpa para a sua constatação.

Em momento posterior, adentrou-se o presente estudo nos elementos da responsabilidade civil. Este é formado pelo fato, o nexo causal, a culpa e o dano. Como o objeto principal deste trabalho é o dano moral, nesta parte foram tecidas apenas considerações superficiais. Assim, em seguida, aprofundou-se na análise das lesões extrapatrimoniais.

O ordenamento jurídico brasileiro absteve-se do papel de fixar um conceito preciso para o dano moral e os quesitos valorativos para alcançar a devida reparação. Entretanto, o problema é que a admissibilidade plena do dano moral só veio a acontecer no Brasil no final da década de 80, após a previsão constitucional que permitia a plena reparação dos danos morais. Deste modo, a partir de então, tal instituto tem-se expandido de modo bastante veloz, o que dificultou o amadurecimento da doutrina, legislação e jurisprudência. Sem conceitos consolidados houve a ruptura do tema em diversas doutrinas.

Assim, no primeiro instante, seguindo as considerações da doutrina moderna o presente trabalho buscou contextualizar o dano moral com noções sobre a dignidade humana. Neste ponto, de fato, entendeu-se que, com o advento da Constituição Federal, o princípio da dignidade humana torna-se um sobredireito a ser aplicado em todas as relações jurídicas. Em

consequência, o dano moral uma vez compreendido como inadmissível, passou a ser considerado como dor ou sofrimento e hoje tal instituto procura incorporar preceitos como a liberdade, a igualdade, a integridade psicofísica e a solidariedade social no conceito da vida digna. Assim, estes valores podem ser considerados como aqueles a serem resguardados contra a ocorrência do dano moral.

Todavia, notou-se que a doutrina e a jurisprudência estabeleceram os mais diversos critérios a serem aplicados na quantificação do dano moral a ser reparado. Desde quesitos como a reparação *in natura* à condição socioeconômica do lesado e passando pela pena privada do ofensor.

Deste modo, o legislador estabeleceu ao magistrado o papel de escolher os critérios a serem aplicados. O mesmo daria ampla liberdade para determinar os valores indenizatórios dos danos extrapatrimoniais. Isto significa que o julgador teria margem para utilizar a prudência e o equilíbrio decorrentes da sua experiência para melhor avaliar a sensibilidade do caso concreto.

Entretanto, a liberdade dos órgãos julgadores deu margem a decisões discricionárias e muitas vezes sem nenhum parâmetro. Isto tornou as decisões judiciais que versassem sobre indenização por dano moral extremamente díspares.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça, é responsável por uniformizar as decisões judiciais dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça dos Estados. Além disso, de acordo com as regras de competência estabelecidas na Constituição Federal de 1988, o STJ é considerado a corte máxima das questões relacionadas aos danos morais.

Notou-se, ao analisar a jurisprudência do STJ, que estas digressões não se encontram consolidadas. O entendimento do Egrégio Tribunal permanece vinculado que a dor e o sofrimento são os sentimentos correspondentes ao dano moral. Este trabalho prefere filiar-se a tese defendida pela doutrina, seguindo os preceitos constitucionais, aduz que os sentimentos enfrentados pela vítima de um dano moral são apenas consequências, a verdadeira lesão, ilicitude está no desrespeito ao seu direito à dignidade.

Em seguida, analisou-se a possibilidade do ordenamento jurídico nacional poder incorporar os *punitive damages* nas condenações dos danos morais. Concluiu-se que por ser um instrumento anômalo ao sistema do *Civil Law*, adotado no Brasil, deveria ser repudiada pelos magistrados. Assim, a aplicação dessa pena privada poderia implicar no afastamento da verdadeira finalidade da indenização, qual seja, a compensação do dano sofrido; bem como resultar em *bis in idem*, já que muitas vezes também ocorre a punição na esfera penal.

Entrementes, a posição firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme as decisões judiciais analisadas da 2ª Seção no ano de 2009, é firme na possibilidade dessa medida. Inclusive, esta Corte considera como causas de aumento ou diminuição as condições socioeconômicas das partes. Além disso, a culpa recíproca da vítima é capaz de influenciar o valor arbitrado como indenização.

O presente estudo, como humilde trabalho de conclusão de curso formulado por um aluno de graduação, defende que é louvável o empenho do STJ em para alcançar a padronização dos seus critérios para uniformizar os valores arbitrados nas indenizações por dano moral. Entretanto, seus quesitos mostram-se muitas vezes insuficientes, tendo em vista que seu desempenho é limitado. Afinal, não é permitido tal Corte reexaminar os fatos e provas dos processos que julga em grau de recurso.

Não obstante, alguns critérios adotados pelo STJ afastam o magistrado da sua atribuição, qual seja, mensurar unicamente o efetivo dano sofrido pela vítima. O que deveria importar é a simples compensação pela lesão à honra ou qualquer outro direito relacionado à dignidade humana.

Deste modo, o foco do Egrégio Tribunal deveria ser modificado. Pois, enquanto se procura padrões para facilitar o julgamento e promover a celeridade processual, aumenta o risco perder a individualização necessária para reparar o dano de cada vítima.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: RT, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Poder Legislativo, Brasília, DF, 1988.

_____. Lei nº 5.869/73, de 11 de janeiro de 1973. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11.01.1973.

_____. Lei nº 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10.01.2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ – 3ª Turma, REsp 731244/AL, Rel. Min. Sidnei Beneti, julg. 10.11.09 e publ. no DJe de 23.11.09. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 nov. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ – 4ª Turma, REsp 844.736/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 27.10.09 e publ. no DJe de 02.09.10. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 nov. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ – 4ª Turma, AgRg no Ag 1221953/MG, Rel. Min. Honildo Amaral Mello Castro, desembargador convocado do TJ/AP, julg. 15.12.09 e publ. no DJe de 08.09.10. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 nov. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ – 3ª Turma, REsp 791.025/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, julg. 19.11.09 e publ. no DJe de 09.12.09. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 nov. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ – 4ª Turma, RCDESP no Ag nº 898.390/PR, Rel. Min. Fernando Mathias, juiz federal convocado do TRF 1ª Região, julg. 03.03.09 e publ. no DJe de 16.03.09. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 nov. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ – 4ª Turma, REsp 1021986/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 16.04.09 e publ. no DJe de 27.04.09. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 nov. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ – STJ, 4ª Turma, REsp 713202/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 01.10.09 e publ. em 03.08.10. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 nov. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ – 4ª Turma, REsp 1046535/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julg. Em 18.06.09 e publ. no DJe de 10.08.09. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 nov. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ – 4ª Turma, REsp 883.967/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julg. 16.06.09 e publ. em 04.08.09. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 nov. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ – Turma, AgRg no REsp 1011372/BA, Rel. Min. Vasco Della Giustina, Desembargador convocado do TJ/RS, julg. 08.09.09 e publ. no DJe de 28.09.09. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 nov. 2010.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª. ed. Lisboa: Almedina, 2002.

CASILLO, João. **Dano à pessoa e sua indenização**. São Paulo: RT, 1987.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2010.

CIACI, Mirna. **O valor da reparação moral**. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada por Rui Belford Dias, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil - teoria geral do processo e processo de conhecimento**. vol. 1. 9ª ed., Salvador: JusPodivm, 2008.

FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. **Direito das obrigações**. Coimbra: Livraria Almedina, vol. 1, 2003.

FERREIRA FILHO, Roberval Rocha. **Principais Julgamentos do STJ – 2009**, Salvador: JusPodivm, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - parte geral**. vol. 1. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro - parte geral**. vol. 1. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LAGO, José Manuel Busto (Org.). **Xornadas e seminários de la Escola Galega de Administración Pública: Estudios acerca de la responsabilidad civil y su seguro**. Santiago de Compostela: Xunta de Galicia, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>>. Acesso em: 02 set. 2010.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. **A reengenharia da responsabilidade civil na sociedade de riscos – da culpa à socialização dos riscos**. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Salvador.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9ª ed., revista, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil - Responsabilidade civil**. v. 4. 20ª ed. rev. e atual. 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Luis Cláudio. **Responsabilidade civil: teoria e prática das ações**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 4ª ed. São Paulo: RT, 1999.

VIDE, Carlos Rogel. **La responsabilidad civil extracontratual em derecho español**. Madrid: Civitas S.A., 1976.