

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A BANALIZAÇÃO DO DANO MORAL

Paulo Sérgio dos Reis

Presidente Prudente/SP
2007

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A BANALIZAÇÃO DO DANO MORAL

Paulo Sérgio dos Reis

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Francisco José Dias Gomes.

Presidente Prudente/SP
2007

A BANALIZAÇÃO DO DANO MORAL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Francisco José Dias Gomes
Orientador

Examinador

Examinador

Presidente Prudente/SP, ____ de novembro de 2007.

Dedico este trabalho aos meus
pais e irmãos, pessoas que
sempre estiveram ao meu lado,
que confiaram em mim e que me
apoiaram nos momentos difíceis.

Não há melhor maneira de exercitar a imaginação do
que estudar direito. Nenhum poeta jamais interpretou a
natureza com tanta liberdade quanto um jurista
interpreta a verdade.

Jean Giraudox

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, pois sem Ele nada somos e nada podemos.

Agradeço aos meus pais, Liseu e Maria, pela educação e carinho recebidos e por me ensinarem que não se deve desistir nunca.

Aos meus irmãos, Luís Cláudio, Neivaldo e Sandra, pela confiança e incentivo, não só na realização deste trabalho, mas em toda minha vida.

À minha namorada Yara, pessoa que me incentivou quando estava sem ânimo, que me deu carinho e segurança quando estava triste, que sempre depositou em minha pessoa uma confiança ímpar.

Aos meus colegas de classe, em especial Luís Gustavo, Fabiano, Carlos Eduardo, Luís Augusto, Fábio e Maria Lúcia, pessoas com quem convivi durante estes cinco anos, tendo compartilhado com eles muitas alegrias e algumas angústias.

Ao meu chefe e amigo, Ronaldo, pela compreensão e apoio.

Agradeço aos meus bancas, examinadores que não mediram esforços para aceitarem o meu convite.

Por fim, agradeço ao meu orientador, Dr. Francisco José Dias Gomes, que sempre se mostrou disposto a ajudar e prestar esclarecimentos, tendo sido sua presença importantíssima para a realização deste trabalho.

RESUMO

Atuando no campo da responsabilidade civil, importante matéria de Direito Civil, o presente trabalho faz uma análise do dano moral, dando especial ênfase à banalização do instituto. Constata que o dano moral consubstancia-se pela ofensa a interesses não-patrimoniais, sendo aquele que espelha uma dor intensa, um vexame, um sofrimento ou uma humilhação que foge à normalidade e interfere no comportamento psicológico, moral e intelectual do indivíduo. Demonstra que o dano moral trata-se de um instituto ainda novo, pois somente reconhecido pelo nosso ordenamento jurídico com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que contemplou a questão, em seu artigo 5º, incisos V e X. Estudando o assunto, conclui-se que o dano moral é causador de bastantes discussões e controvérsias, devido à falta de normas regulamentadoras, que determinem critérios objetivos para a fixação do valor a ser indenizado. Após análise doutrinária e jurisprudencial, verifica-se que compete ao magistrado a difícil tarefa de fixar a quantia indenizatória pelo dano moral, utilizando-se do seu bom senso e experiência de vida, agindo com prudência e cautela, bem como levando em conta as circunstâncias de cada caso em concreto e demais requisitos sugeridos pela doutrina e jurisprudência. Dá ênfase ao aumento, nos últimos anos, de ações buscando indenização por danos morais, muitas das quais baseadas em situações que não o caracterizam e que, pelos valores exigidos, deixam clara a intenção de enriquecimento fácil. Afirma que há uma verdadeira banalização do dano moral, um desvio de fins de algo tão importante e tão tardiamente reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Enumera três principais fatores que contribuem para a banalização do dano moral: subjetividade do juiz para constatação e valoração do dano moral, a Lei dos Juizados Especiais (Lei n.º 9.099/95) e a assistência jurídica gratuita.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Dano moral. Indenização. Quantia indenizatória. Banalização do dano moral.

ABSTRACT

Acting in the field of the civil liability, important substance of Civil Law, the present work makes an analysis of the pain and suffering, giving special emphasis to the demoralization of the institute. It evidences that the co substance pain and suffering for the offence to the patrimonial interests, being that one that reflects an intense pain, shame, a suffering or an humiliation that run away to normality and intervene with the psychological, moral and intellectual behavior of the individual. It demonstrates that the moral pain is about a new institute yet, therefore only recognized for our legal system with the promulgation of the Federal Constitution of 1988, that 5^o contemplated the question in its article, propositions V and X. Studying the subject, concludes that the pain and suffering is causing of sufficient quarrel and controversies due to lack of prescribers norms that fix objective rules for the setting of the value to be indemnified. After doctrinal and jurisprudential analysis, verifies that the difficult task competes to the magistrate to fix the indemnity amount for the pain and suffering, using of his common-sense and experience of life, acting with prudence and caution, as well as taking in account the excessively requisite circumstances of each case in concrete and suggested by the doctrine and jurisprudence. It gives emphasis to the action increase in recent years searching indemnity for moral pain, many of them based in situations that do not characterize it, and for the demanded values, they leave clear the intention of easy enrichment. It affirms that it has a true demoralization of the moral pain, a shunting line followings of something so important and so delayed recognized for the Brazilian legal system. It enumerates three main factors that contribute for the demoralization of the moral pain: subjectivity of the judge for evidence and valuation of the moral pain, the Special Courts Law (Law n.º 9.099/95) and free legal assistance.

Keywords: Civil Liability. Moral Pain. Indemnify. Indemnified Amount. Demoralizations of Moral Pain.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL	11
2.1 Conceito	11
2.2 Origem e Desenvolvimento	12
2.3 Culpa.....	15
2.4 Responsabilidade Civil e Responsabilidade Penal.....	17
2.5 Responsabilidade Contratual e Extracontratual ou Aquiliana.....	19
2.6 Responsabilidade Subjetiva e Responsabilidade Objetiva.....	21
2.7 Pressupostos da Responsabilidade Civil	24
2.7.1 Ação ou omissão.....	25
2.7.2 Culpa do agente	27
2.7.3 Nexo causal.....	28
2.7.3.1 Legítima defesa.....	29
2.7.3.2 Exercício regular de um direito reconhecido	30
2.7.3.3 Estado de necessidade	31
2.7.3.4 Culpa exclusiva da vítima.....	33
2.7.3.5 Fato de terceiro	34
2.7.3.6 Caso fortuito ou de força maior	35
2.7.3.7 Cláusula de não indenizar	36
2.7.4 Dano.....	37
2.8 Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor	43
3 DO DANO MORAL	46
3.1 Conceito	46
3.2 Evolução Histórica do Dano Moral no Brasil	47
3.3 Tipos de Danos Morais.....	49
3.3.1 Dano moral direto.....	50
3.3.2 Dano moral indireto	50
3.4 Reparação do Dano Moral	51
3.4.1 Problemática da reparação do dano moral.....	52
3.4.2 Natureza jurídica da reparação do dano moral	54
3.4.3 Quantificação das indenizações por danos morais	56
3.4.4 Cumulatividade da reparação por danos morais e materiais.....	61
3.4.5 A questão da culpa para a fixação da indenização	62
4 DA BANALIZAÇÃO DO DANO MORAL	64
4.1 Breve Histórico sobre o Reconhecimento da Indenização por Dano Moral.....	64
4.2 A Banalização do Instituto	65
4.3 Causas da Banalização do Dano Moral	67
4.3.1 Subjetividade do juiz	67
4.3.2 Lei dos Juizados Especiais (Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995)	73
4.3.3 Assistência jurídica gratuita.....	76

5 CONCLUSÃO	79
BIBLIOGRAFIA	83

1 INTRODUÇÃO

O Direito Civil é um ramo do Direito Privado, destinado a reger as relações obrigacionais entre os particulares, dentre elas, a responsabilidade civil, que assegura a obrigação de indenizar daquele que causar dano a outrem.

Da análise do artigo 186 do atual Código Civil, extrai-se que quatro elementos são essenciais para a responsabilidade civil, quais sejam: ação ou omissão, culpa,nexo causal e dano. Presentes estes pressupostos, haverá a obrigação de reparar o prejuízo causado.

A obrigação de reparar não se restringe ao dano material, mas também, aos danos extrapatrimoniais, aqueles cujo conteúdo não é pecuniário, nem redutível a dinheiro. É o que se chama de dano moral, uma ofensa a interesses não-patrimoniais, como, por exemplo, uma grande humilhação ou o sofrimento pela perda de um ente querido, etc.

Nem sempre foi assim, mas, hoje, todos têm a faculdade de exigir indenização pelo dano moral decorrente de conduta ilícita. Este direito foi garantido com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 5º, incisos V e X, tratou explicitamente da matéria. O Novo Código Civil (Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002) também se preocupou com o assunto, conforme se vê dos artigos 186 e 927.

O valor da indenização pelo dano moral não tem a simples função de reparação, como ocorre nos casos de danos materiais, em que se restabelece o *statu quo ante*, mas sim, de compensação para amenizar a dor sofrida, aquele sentimento ruim suportado pela vítima. Tem ainda, caráter punitivo, visando impedir que o ofensor pratique novamente aquele ato danoso, bem como serve de exemplo a outras pessoas, para que não incorram no mesmo erro.

Nos últimos anos, talvez devido à maior atenção dispensada à matéria, tem-se observado um aumento no número de ações buscando reparações por danos morais. Porém, observa-se também, que muitas delas são forçosamente

fundamentadas em fatos que não as justificam, uma vez que meros aborrecimentos, dissabores, irritações ou sensibilidades exacerbadas não caracterizam dano moral.

Somando-se a isso alguns valores atribuídos às mesmas, os quais não guardam correspondência com o dano alegado, chega-se, sem sombra de dúvida, à conclusão de que, por trás desse tipo de ação, existe um grande interesse econômico.

Esse fenômeno é preocupante, porque leva à banalização do dano moral, um instituto importantíssimo que foi reconhecido há tão pouco tempo pelo Direito Brasileiro.

O presente trabalho teve por objetivo estudar o dano moral, principalmente no tocante a sua banalização.

O método utilizado para a explanação do tema foi o dedutivo, baseado em materiais bibliográficos e pesquisas na Internet, constando a opinião de conceituados doutrinadores brasileiros. Foi utilizado ainda, o método observacional, quando da identificação do dano moral, bem como o método histórico, para explicar a sua evolução dentro do nosso Direito.

Primeiramente, foram feitas algumas considerações acerca da responsabilidade civil, tais como sua origem, espécies, pressupostos da obrigação de indenizar.

Em um segundo momento, foi analisado o instituto do dano moral, onde foram verificados conceito, evolução no Direito Brasileiro, tipos de danos morais, natureza jurídica, etc.

Por último, foi abordada a banalização do dano moral, onde foi explicado em que consiste a banalização e quais as causas que concorrem para este fenômeno, salientando a importância de se preservar o instituto do dano moral.

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Conceito

Responsabilidade civil é a obrigação de alguém reparar um dano causado a outra pessoa, por conduta sua ou de pessoas, ou a coisas sob seus cuidados.

O Novo Código Civil, em seu artigo 186, deixa claro esta responsabilidade, ao mencionar que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Nas palavras de Stoco (2004, p. 118):

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém por seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana.

A ninguém é dado o direito de lesar o patrimônio alheio, devendo assumir as conseqüências jurídicas pela sua atitude, com a justa indenização à vítima. Caso assim não fosse, estaríamos vivendo em um caos social e regredindo séculos, até o passado em que se fazia justiça com as próprias mãos.

2.2 Origem e Desenvolvimento

Para a nossa cultura ocidental, toda reflexão sobre as raízes históricas de um instituto jurídico acaba encontrando seu ponto de partida no Direito Romano.

Historicamente, nas primeiras formas organizadas de sociedade, bem como nas civilizações pré-romanas, onde não imperava ainda o Direito, a origem da responsabilidade civil estava baseada na vingança privada, sem regras e limitações.

Primeiramente, dominava a vingança privada, caracterizada pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes.

Após, evoluiu para uma reação individual, na qual os homens faziam justiça pelas próprias mãos, sob o amparo da Lei de Talião (*olho por olho, dente por dente; quem com ferro fere, com ferro será ferido*). Não se sabe ao certo em que período da humanidade teria surgido a Lei de Talião. Contudo, há informações de que os primeiros indícios de sua existência foram encontrados no Código de *Hamurabi* (lei elaborada por volta de 1730-1700 a.C., editada por *Hamurabi*, rei babilônico da antiga mesopotâmia).

Com o advento do Direito Romano e o surgimento da Lei das XII Tábuas (*Lex Duodecim Tabularum* ou simplesmente *Duodecim Tabulae*, preparada entre os anos de 451-450 a.C., considerada como cerne da Legislação da República Romana), o Estado intervém na sociedade, para coibir abusos. Para tanto, através da Pena de Talião (da qual se encontram traços na referida Lei das XII Tábuas), o Estado declarava quando a vítima poderia ter direito à retaliação, produzindo no lesante dano idêntico ao que experimentou.

Essa lei objetivava evitar que as pessoas fizessem justiça, elas mesmas, a sua própria vontade, introduzindo, assim, um início de ordem na sociedade com relação ao tratamento de crimes e delitos.

Na Lei das XXII Tábuas (tábua VII, lei 11^a), encontramos a seguinte expressão, que colabora com este entendimento, de acordo com Ferreira (2005, in: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=962>>): “*si membrum rupsit,*

ni cum eo pacit, tálío esto” (se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se existiu acordo).

Posteriormente, ainda sob a égide da Lei das XII Tábuas, surge o período da composição, onde o lesado passou a perceber as vantagens da substituição da Pena de Talião pela compensação econômica espontânea e a seu critério, representada por uma importância em dinheiro ou outros bens. Contudo, ainda subsistia a vingança como forma de reparação do dano.

Ainda em vigor a referida lei, sucede o período da composição tarifada, onde o legislador veda expressamente à vítima fazer justiça com as próprias mãos. A composição econômica, que antes era voluntária, passou a ser obrigatória e, além disso, como já dito, tarifada pelo Estado (o Estado determina que o ofensor pague um tanto ou quanto pelo dano causado).

Os romanos fizeram também a distinção entre delitos públicos, que eram mais graves e perturbadores da ordem, e os delitos privados. Nos delitos públicos, a pena econômica imposta ao ofensor era recolhida aos cofres públicos, ao passo que nos delitos privados a pena cabia à vítima.

Do que foi dito, deduzimos que os romanos foram importantíssimos na evolução do instituto da responsabilidade civil, pois foram os primeiros a esboçar a diferença entre “pena” e “reparação dos danos”.

O Estado assumiu assim, ele só, a função de punir. Com isso, fez surgir a ação de indenização e, conseqüentemente, a responsabilidade civil tomou definitivamente lugar, ao lado da responsabilidade penal.

Importante passo da evolução histórica da responsabilidade civil, a ser mencionado, se deu com a edição da *Lex Aquilia*, um plebiscito aprovado provavelmente em fins do século III ou início do século II a.C.. Sua grande virtude foi defender a substituição das multas fixas por uma pena proporcional ao dano causado. Regulava ela o *Damnum injuria datum*, que consistia na destruição ou deterioração da coisa alheia por fato ativo, que tivesse atingido coisa corpórea ou incorpórea, sem justificativa legal. Embora sua finalidade original fosse limitada ao proprietário de coisa lesada, a influência da jurisprudência e as extensões concedidas pelo pretor (magistrado que, na Roma Antiga, distribuía a justiça) fizeram com que se construísse uma efetiva doutrina romana da responsabilidade

extracontratual, não deixando dúvidas de que o elemento subjetivo da culpa originou-se da *Lex Aquilia*, permitindo o salto na evolução histórica.

O Direito Francês foi aperfeiçoando aos poucos essas idéias e fixou, de forma mais nítida, o princípio geral da responsabilidade civil, deixando de enumerar os casos em que a composição era obrigatória. Outros princípios importantes foram surgindo, tais como a reparação, sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando a responsabilidade civil da responsabilidade penal; a existência da culpa contratual (aquela das pessoas que descumprem suas obrigações contratuais) e que não tem ligação com crimes e nem com delitos, tendo por origem a negligência ou a imprudência. O Código Civil de Napoleão, que influenciou diversas legislações pelo mundo, trouxe a noção da culpa *in abstracto*, a distinção entre culpa delitual e culpa contratual e enfatizou que a responsabilidade civil se funda na culpa.

Todavia, com o imenso número de casos concretos em que os danos não eram reparados pela impossibilidade da comprovação da culpa, aliados ao progresso e desenvolvimento industrial, surgiram novas teorias para proporcionar maior proteção às vítimas. A título de exemplo, nos últimos anos, surgiu a teoria do risco, sem substituir a culpa, que responsabiliza o agente que, exercendo uma atividade perigosa, causa danos a terceiros, haja ou não culpa desse agente ou da vítima.

Trata-se da responsabilidade objetiva que, no Direito Moderno, apresenta-se sob dois aspectos: a da teoria do risco e a da teoria do dano objetivo.

Pela teoria do dano objetivo, se houver um dano, ele deve ser ressarcido, haja ou não culpa do agente, mas o que se observa é que tanto na teoria do risco como na teoria do dano objetivo se consagra a responsabilidade objetiva.

O Direito Moderno tende a substituir o conceito da responsabilidade pelo o da reparação, o conceito da culpa pelo o do risco e a responsabilidade subjetiva pela responsabilidade objetiva.

O Direito Brasileiro consagrou a teoria subjetiva no artigo 186 do Código Civil, ao exigir culpa do agente (prática de um ato ilícito); já em outros artigos ou em leis esparsas, adotou o princípio da responsabilidade objetiva e da culpa presumida, é o que se observa dos artigos 936, 937 e 938, que abordam, respectivamente, a responsabilidade presumida do dono de animal, do dono de

edifício e do habitante de casa. Adotou ainda, o princípio da responsabilidade, independentemente de culpa, conforme artigos 927, parágrafo único, 933 e 1.299, que dizem respeito, respectivamente, à atividade potencialmente perigosa; à responsabilidade dos pais, tutores, curadores e patrões e à responsabilidade decorrente do direito de vizinhança. Temos ainda, o Código Brasileiro de Aeronáutica, a Lei de Acidentes do Trabalho e outras leis especiais, onde se mostra nítida a adoção, pelo legislador pátrio, da responsabilidade objetiva.

É de se observar que o artigo 927, parágrafo único adotou solução mais avançada e mais rigorosa que a do Direito Italiano, ao acolher a teoria do exercício de atividade perigosa e o princípio da responsabilidade independentemente de culpa, a par da responsabilidade subjetiva, como regra geral, sem contudo preservar a possibilidade de o agente, mediante inversão do ônus da prova, exonerar-se da responsabilidade se provar que adotou todas as medidas necessárias para evitar o dano.

2.3 Culpa

Culpa em sentido estrito (*culpa stricto sensu*) é o comportamento equivocado de uma pessoa, sem intenção de causar o ato lesivo, mas da qual se poderia exigir comportamento diverso, por ser erro inescusável ou sem justificativa plausível e evitável para o homem médio.

Culpa em sentido amplo (*culpa lato sensu*) abrange também o dolo, a intenção de causar o resultado lesivo.

O Código Civil Brasileiro define culpa, em seu artigo 186, como a “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”. A negligência engloba a idéia de imperícia, ante o seu sentido amplo e abrangente. Estando o agente em alguma dessas circunstâncias, fica obrigado a reparar o dano causado. Sobre o referido artigo, escreve Venosa (2004, p. 27):

O art. 159 do Código de 1916 e o art. 186 do atual Código elegeram a culpa como centro da responsabilidade subjetiva que norteia a responsabilidade civil no direito brasileiro, com a nova perspectiva já enfatizada, descrita no art. 927, parágrafo único.

A imprudência pode ser definida como uma conduta do agente que age sem as cautelas necessárias, precipitado, apressado, com exagero. A negligência, como uma desatenção, quando o agente deixa de prever o resultado que podia e devia ser considerado; deixa de agir quando deveria fazê-lo. A imperícia se caracteriza pela inaptidão técnica; é a culpa profissional.

A culpa poderá ser classificada como grave, leve e levíssima, embora, para fins de indenização, seja indiferente o grau da culpa, uma vez que o ressarcimento à vítima será calculado de acordo com a extensão do dano. No entanto, convém observar que o legislador, no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, inovou ao dizer: “Art. 944. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”. Então, em situações especiais, ter-se-á a possibilidade da intensidade da culpa influenciar no montante da indenização.

A culpa grave é aquela derivada da imprudência ou negligência grosseira, como a do motorista que, dirigindo com excesso de velocidade, atravessa um sinal vermelho (fechado), causando um grave acidente. Há quem diga que a culpa grave ao dolo se equipara.

A culpa leve é aquela na qual um homem de prudência normal poderia incorrer.

A culpa levíssima é aquela em que, mesmo tomando todos os cuidados, uma pessoa normal não poderia livrar-se.

Embora o atual Código Civil exija a culpa como pressuposto da responsabilidade civil, essa regra tem exceções, considerando a existência da responsabilidade objetiva, que independe de culpa. Aliás, o referido Código deu muita atenção à responsabilidade calcada na atividade de risco, independente da idéia de culpa, conforme se observa dos artigos 927 e seguintes.

Sobre o assunto, mostrando um posicionamento mais radical, discorrem Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 25). Vejamos:

Ora, pelo simples fato de a responsabilidade subjetiva ser a tônica do Código Beviláqua – especialmente influenciado pelo Código Francês – não poderíamos chegar ao ponto de estabelecer a noção de culpa como pressuposto geral da responsabilidade civil.

Aliás, no curso de nossa obra, veremos que o vigente Código, refletindo as mudanças sofridas pela sociedade humana, especialmente após as duas grandes guerras, priorizou muito mais a idéia da responsabilidade calcada na atividade de risco (objetiva), consoante se pode notar da leitura dos seus arts. 927 e s.s.

Encerram os referidos autores:

A culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim acidental, pelo que reiteramos nosso entendimento de que os *elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil* são apenas três: *conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo, e o nexo de causalidade* [...] (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2006, p. 25). (grifo dos autores)

Finalmente, cumpre mencionarmos que a culpa poderá ser contratual ou extracontratual. Contratual, quando fundada na violação de um dever inserido em um contrato anterior ao evento. Será extracontratual ou aquiliana, quando derivada de uma infração a uma norma geral delimitadora de uma obrigação a todos imposta.

2.4 Responsabilidade Civil e Responsabilidade Penal

A palavra “responsabilidade” tem sua origem no verbo latino *respondere*, significando recomposição, obrigação de restituir ou ressarcir; enfim, obrigação que alguém tem de assumir com as conseqüências jurídicas de sua atividade.

A responsabilidade, na área jurídica, não se restringe apenas ao Direito Civil e, conseqüentemente, à responsabilidade civil, aplicando-se a outros ramos do Direito, como na esfera penal, administrativa e tributária.

A ilicitude pode ser civil ou penal. Os ilícitos de maior gravidade social são acolhidos pelo Direito Penal. Os ilícitos considerados de menor gravidade são acolhidos pelo Direito Civil e, portanto, de responsabilidade civil. Nestes, o interesse na reparação do dano é privado, embora tenha interesse social, mas não chega a afetar a segurança pública.

Em ambos os campos (civil ou penal) existem uma infração à lei e a um dever de conduta. Quando a conduta é muito grave, exigindo a punição do agente, o ordenamento descreve-a como uma conduta criminalmente punível (houve, no caso, uma infração a uma norma de Direito Público).

Na responsabilidade civil, o agente será condenado a reparar o dano patrimonial ou moral causado, buscando, sempre que possível, o *status quo ante* e, não sendo possível, será condenado ao pagamento de uma indenização ou de uma compensação.

Na responsabilidade criminal, o agente sofrerá uma pena, que pode ser privativa de liberdade, restritiva de direitos ou pecuniária.

É importante observarmos, porém, que um mesmo fato pode ensejar, ao mesmo tempo, tanto a responsabilidade civil quanto a responsabilidade penal, não havendo *bis in idem* em tal circunstância, isso porque são diferentes tanto os sentidos quanto as repercussões da violação do bem jurídico tutelado.

Vejamos o seguinte exemplo de Gonçalves (2005, p. 19):

Quando ocorre uma colisão de veículos, por exemplo, o fato pode acarretar a responsabilidade civil do culpado, que será obrigado a pagar as despesas com o conserto do outro veículo e todos os danos causados. Mas poderá acarretar, também, a sua responsabilidade penal, se causou ferimentos em alguém e se se configurou o crime do art. 129, § 6º, ou o do art. 121, § 3º, do Código Penal. Isto significa que uma ação, ou uma omissão, pode acarretar a responsabilidade civil do agente, ou apenas a responsabilidade penal, ou ambas as responsabilidades.

Outro aspecto importante da distinção da responsabilidade civil da responsabilidade penal, é que esta é pessoal e intransferível, ao passo que, naquela, a responsabilidade é patrimonial, ou seja, é o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações, sendo, por esta razão, transferível aos herdeiros, até o limite do patrimônio herdado.

2.5 Responsabilidade Contratual e Extracontratual ou Aquiliana

Se o prejuízo suportado pela vítima decorre de uma conduta ilícita, que viola uma norma legal, estamos diante da responsabilidade extracontratual ou aquiliana (por exemplo, colisão de veículos). Nesta, não há nenhum vínculo jurídico precedente entre vítima e causador do dano. Dispõe o artigo 186 do Código Civil que, todo aquele que causar dano a outrem, agindo com dolo ou culpa, comete ato ilícito, ficando obrigado a repará-lo, nos termos do artigo 927.

Diniz (2005, p. 522) conceitua a responsabilidade extracontratual da seguinte forma:

A responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana é resultante de violação legal, ou seja, da lesão de um direito subjetivo, ou melhor, da infração ao dever jurídico geral de abstenção atinente aos direitos reais ou de personalidade, sem que haja nenhum vínculo contratual entre lesante e lesado.

De outro modo, se as partes envolvidas estão ligadas por um contrato, e o dano causado decorreu da violação de alguma norma contratual ou do descumprimento do avençado, a responsabilidade será a contratual. Discorrendo sobre o assunto, Gonçalves (2005, p. 26) nos diz:

Uma pessoa pode causar prejuízo a outrem por descumprir uma obrigação contratual. Por exemplo: quem toma um ônibus tacitamente celebra um contrato, chamado contrato de adesão, com a empresa de transporte. Esta, implicitamente, assume a obrigação de conduzir o passageiro ao seu destino, são e salvo. Se, no trajeto, ocorre um acidente e o passageiro fica ferido, dá-se o inadimplemento contratual, que acarreta a responsabilidade de indenizar as perdas e danos, nos termos do art. 389 do Código Civil. Acontece o mesmo quando o comodatário não devolve a coisa emprestada porque, por sua culpa, ela pereceu; com o ator, que não comparece para dar o espetáculo contratado. Enfim, com todas as espécies de contratos não adimplidos.

O não cumprimento do contrato pode ser voluntário ou involuntário. Voluntário é quando o agente, de forma dolosa ou culposa, deixa de cumprir com o acordado, hipótese em que responderá por perdas e danos. Involuntário se dá quando o devedor justifica a sua conduta de não cumprimento do avençado, pela configuração de alguma situação que exclua a sua culpa, tais como caso fortuito ou

força maior, o que o exonerará da responsabilidade dos prejuízos resultantes (artigo 393), somente respondendo pela mora (artigo 395), visto que essa obrigação, não cumprida no tempo, no lugar e na forma devida, será honrada a favor de seu credor, tão logo possível.

Indubitavelmente, o descumprimento de uma obrigação, no modo e tempo assumidos, faz com que o devedor inadimplente responda materialmente perante a vítima. Além de responder pelos danos materiais, o devedor inadimplente poderá responder por danos morais, desde que originados do mesmo fato (súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça – STJ).

Veremos, agora, as diferenças entre a responsabilidade contratual e a extracontratual.

Começaremos a primeira, com a mais importante delas, que é a relacionada à prova. Na responsabilidade contratual, basta o prejudicado provar que a obrigação não foi cumprida, e ao devedor cabe, para livrar-se da reparação do dano, o ônus da prova da inexistência de sua culpa, ou que o fato ocorreu em razão de caso fortuito, força maior ou por culpa exclusiva da vítima. Na responsabilidade extracontratual, pela teoria subjetiva, a adotada pelo nosso Código Civil, quem deve produzir as provas para demonstrar a culpa do infrator é a vítima.

A segunda distinção diz respeito à origem da responsabilidade, ou seja, na contratual, a responsabilidade advém de um contrato não cumprido, enquanto na extracontratual, ela deriva da infração de um dever legal (não causar dano a ninguém).

A terceira distinção diz respeito à capacidade de lesionar, pois, na contratual, exige-se agente plenamente capaz, ao passo que, na extracontratual, não se exige capacidade plena, uma vez que um incapaz poderá responder pelos prejuízos que causar se os seus responsáveis não tiverem obrigação ou não dispuserem de meios para reparar o dano, ressalvados os casos previstos em lei. Nas palavras de Rodrigues (2002, p. 10):

[...] o menor púbere só se vincula contratualmente assistido por seu representante legal e, excepcionalmente sem ele, se maliciosamente declarou-se maior (CC, art. 180); portanto só pode ser responsabilizado por seu inadimplemento nesses casos [...].

Outra diferença que merece ser comentada é em relação à gradação da culpa. Como se sabe, a obrigação de indenizar, na responsabilidade extracontratual, decorre da infração de um dever legal, abrangendo todos. Em conseqüência, essa responsabilidade é apurada de maneira mais rigorosa, abrangendo inclusive a culpa levíssima. Já na responsabilidade contratual, essa culpa varia de intensidade, de caso para caso.

É importante frisar que o elemento subjetivo da culpa nem sempre será indispensável, uma vez que poderá haver responsabilidade civil independente de sua existência em hipóteses especialmente previstas no Código Civil.

O Código Civil Brasileiro disciplinou as duas espécies de responsabilidade. Nos artigos 186 a 188 e 927 e s.s., tratou da responsabilidade extracontratual e nos artigos 395 e s.s. e 389 e s.s., da responsabilidade contratual.

2.6 Responsabilidade Subjetiva e Responsabilidade Objetiva

Rigorosamente estudando o tema, não se pode afirmar serem espécies diversas de responsabilidade, mas, sim, maneiras diferentes de encarar a obrigação de reparar o dano.

Conforme o fundamento que se dê à responsabilidade, a culpa será ou não considerada elemento da obrigação de reparar o dano.

Sob o ponto de vista da teoria clássica, também chamada de teoria da culpa ou subjetiva, a culpa é fundamento da responsabilidade civil, ou seja, não havendo culpa, não há responsabilidade civil.

De acordo com Pinto (2003, p. 50):

Ocorre a RESPONSABILIDADE SUBJETIVA quando esta se fundamenta na idéia de culpa. Assim, para que se possa validamente postular o direito à reparação do dano, é indispensável que se produza a prova da culpa do ofensor. Logo, o lesionador somente será responsável pelo ato danoso praticado, se ficar demonstrado que agiu com culpa ou dolo. Com efeito, incomprovada a culpa do agente, irressarcida ficará a vítima.

Esta culpa, por ter natureza civil, se caracterizará quando o agente causador do dano atuar com negligência, ou imprudência, ou ainda com dolo, conforme interpretação do artigo 186 do Código Civil: “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”. Da análise do referido dispositivo normativo, concluímos que a obrigação de indenizar é consequência lógica do ato ilícito.

Como a responsabilidade do agente causador do dano só se configurará se agiu dolosamente ou culposamente, a prova de tais fatos é indispensável para que surja o dever de indenizar, ou seja, caberá ao autor, sempre, o ônus da prova da culpa do réu. Tal responsabilidade chama-se subjetiva, porque depende do comportamento do sujeito.

Há, entretanto, a responsabilidade objetiva. Ocorre em certas situações, em que o ordenamento jurídico atribui a responsabilidade de indenizar a alguém, por dano que não foi causado diretamente por ele, mas, sim, por um terceiro, sob sua responsabilidade. Trata-se de uma responsabilidade civil indireta, em que o elemento culpa não é desprezado, mas, sim, presumido, em função do dever geral de vigilância a que está obrigado o réu. Nesses casos, cabe ao réu, para livrar-se do dever de indenizar, provar a ausência da culpa, invertendo-se, assim, o ônus da prova. É denominada como objetiva imprópria ou impura.

Gonçalves (2005, p. 22) dispõe:

Quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova. O autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu, porque sua culpa já é presumida. Trata-se, portanto, de classificação baseada no ônus da prova. É objetiva porque dispensa a vítima do referido ônus. Mas, como se baseia em culpa presumida, denomina-se *objetiva imprópria ou impura*. É o caso, por exemplo, previsto no art. 936 do Código Civil, que presume a culpa do dono do animal que venha a causar dano a outrem. Mas faculta-lhe a prova das excludentes ali mencionadas, com inversão do *ônus probandi*. Se o réu não provar a existência de alguma excludente, será considerado culpado, pois sua culpa é presumida. (grifo do autor)

A lei também impõe a certas pessoas, em determinadas situações, a obrigação de reparar um dano cometido sem culpa, onde ela é totalmente dispensável, porque a responsabilidade se funda no risco. É a chamada teoria do risco, onde se transfere a figura da culpa para a idéia do risco. Quando isto ocorre,

diz-se que a responsabilidade é objetiva pura, porque independe da culpa do agente, satisfazendo-se apenas com o dano e o nexo de causalidade. Tem como preceito que todo dano causado a terceiros, em decorrência da espécie de atividade explorada, é indenizável e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa.

Como observa Diniz (2005, p. 55):

A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (*ubi emolumentum, ibi ônus; ubi commoda, ibi incommoda*). Essa responsabilidade tem como fundamento a atividade exercida pelo agente, pelo perigo que pode causar dano à vida, à saúde ou a outros bens, criando risco de dano para terceiros (CC, art. 927, parágrafo único). P. ex.: é o que ocorre com pessoas que empreendem atividades destinadas à produção de energia elétrica ou de explosivos; à exploração de minas; à instalação de fios elétricos, telefônicos e telegráficos; ao transporte aéreo, marítimo e terrestre; à construção e edificação de grande porte etc.

No entanto, é importante ressaltar que o artigo 927, parágrafo único do Código Civil, explicita que somente pode ser definida como objetiva, a responsabilidade do causador do dano, quando este decorrer de atividade normalmente desenvolvida por ele, ou seja, atividade costumeira e não uma atividade esporádica ou eventual. Caso não seja levada em consideração essa característica, poderá ser transformado em regra o que o legislador colocou como exceção.

É importante lembrar que o princípio da responsabilidade extracontratual, adotado pelo atual Código Civil Brasileiro, é o da responsabilidade subjetiva, ou seja, da responsabilidade com culpa; é o que se pode verificar com a leitura do artigo 186. Falando sobre o assunto, nos diz Venosa (2004, p. 19):

A responsabilidade objetiva, ou responsabilidade sem culpa, somente pode ser aplicada quando existe lei expressa que a autorize. Portanto, na ausência de lei expressa, a responsabilidade pelo ato ilícito será subjetiva, pois esta é a regra geral no direito brasileiro.

Primitivamente, a responsabilidade era objetiva, com a idéia da vingança. Mais tarde, passou-se ao estudo da culpa do autor do fato, como fundamento para o dever de indenizar. Atualmente, volta-se ao objetivismo, por se entender que a culpa é insuficiente para regular todos os casos de responsabilidade.

Foi a partir do século XIX que a responsabilidade objetiva tomou importância no cenário jurídico, destacando-se a França como país que mais desenvolveu o tema.

Como acima mencionado, o Código Civil Brasileiro filiou-se à teoria subjetiva, porém, não deixou de adotar a responsabilidade objetiva em vários dispositivos, tais como os artigos 936, 937 e 938, os quais regulam, respectivamente, a responsabilidade do dono do animal, do dono do prédio em ruína e do habitante da casa da qual caírem coisas; os artigos 929 e 930, que tratam da responsabilidade por ato lícito (estado de necessidade); os artigos 939 e 940, que dizem respeito à responsabilidade do credor, que demanda o devedor antes de vencida a dívida ou já paga.

Temos ainda, o artigo 933 regulando a responsabilidade dos pais, tutores, curadores e empregadores donos de hotéis e de escolas, que respondem independentemente de culpa pelos danos causados por terceiros; o parágrafo único do artigo 927, sobre a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Em vários diplomas legais, também, a teoria objetiva foi acolhida e sancionada, como, por exemplo, a Lei de Acidentes de Trabalho, o Código Brasileiro de Aeronáutica, o Código de Defesa do Consumidor, entre outros.

No atual estágio de desenvolvimento, pelo qual passa a humanidade, adotar apenas a teoria subjetiva seria não abranger todos os atos danosos, abandoná-la em prol da responsabilidade objetiva seria de radicalismo extremo, que poderia levar à injustiça e à insegurança. As duas teorias devem conviver juntas, pois uma completa a outra.

2.7 Pressupostos da Responsabilidade Civil

O artigo 186 do Código Civil Brasileiro dispõe a regra de que todo aquele que causa prejuízo a outrem tem o dever de indenizar. Dispõe o referido

artigo: “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”.

Da análise do referido dispositivo, extrai-se que quatro elementos são essenciais à responsabilidade civil, quais sejam: ação ou omissão do agente, culpa do agente, nexos causal e dano experimentado pela vítima. Todavia, esse posicionamento encontra divergência na doutrina, como é o caso dos autores Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 24) que dispõem:

[...] a culpa (em sentido lato, abrangente do dolo) não é, em nosso entendimento, pressuposto geral da responsabilidade civil, sobretudo no novo Código, considerando a existência de outra espécie de responsabilidade, que prescindir desse elemento subjetivo para a sua configuração (a responsabilidade objetiva). Ora, se nós pretendemos estabelecer os elementos básicos componentes da responsabilidade, não poderíamos inserir um pressuposto a que falte a nota de generalidade.

Em que pese outros posicionamentos a respeito dos elementos da responsabilidade civil, ficaremos com aquele que inclui os elementos acima mencionados (ação ou omissão do agente, culpa do agente, nexos causal e dano).

2.7.1 Ação ou omissão

Analisando o artigo 186 do Código Civil, concluímos que, para haver um ilícito, é necessária a existência de uma conduta humana, que infrinja um dever contratual, legal ou social. Essa conduta ilícita, que pode ser uma ação ou uma omissão, provoca um dano que deverá ser ressarcido, o qual interessa ao Direito.

A responsabilidade derivará de fato praticado pelo próprio agente (comissivo) ou da não observância de um dever de agir (omissivo).

Na análise de Rodrigues (2002, p. 19):

A responsabilidade resulta de fato próprio, comissivo, ou de uma abstenção do agente, que deixa de tomar uma atitude que devia tomar. O motorista que atropela um pedestre imprudente poderá ser exonerado do dever de reparar o dano se conseguir demonstrar que a culpa foi exclusiva do atropelado. Mas, se vier a ser provado que a morte da vítima resultou da falta de socorro que o motorista deveria prestar mas não prestou, a sua responsabilidade defluirá não de seu ato comissivo, mas de seu comportamento omissivo.

No entendimento de Diniz (2005, p. 43):

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

A ação ou omissão humana deverá ser voluntária para a configuração da responsabilidade civil. É a conduta humana, positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que vai dar no dano ou no prejuízo.

A voluntariedade seria a qualidade essencial da conduta humana, representando a liberdade de escolha do agente com discernimento necessário para ter consciência daquilo que fez. Não representa a intenção de causar o dano, mas tão somente a consciência daquilo que se está fazendo.

Observação importante se faz para mencionar que a voluntariedade deve ser observada tanto na responsabilidade subjetiva (com base na culpa) quanto na responsabilidade objetiva (calcada na idéia do risco), porque em ambas as hipóteses, o agente deve agir de acordo com sua livre capacidade de autodeterminação.

Essa consciência diz respeito aos atos materiais que se está praticando, não se exigindo a consciência subjetiva da ilicitude derivada do ato. Vejamos o exemplo que nos trazem Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 28):

[...] sendo os pais responsáveis pelos danos causados pelo seu filho menor de 16 anos, que tenha quebrado uma vidraça ao chutar uma bola, a incapacidade absoluta da criança, bem como a sua eventual falta de consciência da ilicitude do ato, não excluem a responsabilidade civil, o que poderia ocorrer, todavia, se fosse provado que, embora estivessem na área, a bola teria se deslocado por uma repentina rajada de vento.

Em outro exemplo sobre conduta voluntária, nos dizem os mesmos autores:

[...] sujeito que, apreciando um raríssimo pergaminho do século III, sofre uma micro-hemorragia nasal e, *involuntariamente*, espirra, danificando seriamente o manuscrito. Seria inadmissível, no caso, imputar ao agente a prática de um ato voluntário. Restará, apenas, verificarmos se houve negligência da diretoria do museu por não colocar o objeto em um mostruário fechado, com a devida segurança, ou, ainda, se o indivíduo violou normas internas, caso em que poderá ser responsabilizado pela quebra desse dever, e não pelo espirro em si (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2006, p. 28). (grifo dos autores)

Finalmente, cumpre frisar que a omissão é, em regra, mais freqüente no campo contratual. Aquele que, num contrato de compra e venda, deixa de entregar o bem ao adquirente no dia e hora marcados, causando prejuízo, deverá ser responsabilizado pela sua omissão.

2.7.2 Culpa do agente

Culpa é a conduta de agir ou de se omitir sem o intuito de lesar, mas assumindo tal risco. Em sentido amplo, a culpa abrange também o dolo, que é a vontade e consciência de agir ou omitir-se.

Em princípio, para fazer *jus* à indenização, o ofendido deve provar a culpa do agente. Todavia, face à existência da responsabilidade objetiva, admite-se, em determinadas hipóteses, casos de responsabilidade sem culpa, que independe de culpa.

Sobre “culpa”, já escrevemos anteriormente, na seção 2.3, a qual recomendamos a leitura para maior entendimento.

2.7.3 Nexu causal

Nexo causal é a relação existente entre a conduta (ação ou omissão) do agente e o dano consumado. Sem o nexu causal não se pode falar em responsabilidade civil. Ele vem exposto no verbo “causar”, utilizado no artigo 186 do Código Civil.

Todos os danos, diretos ou indiretos, devem ser indenizados pelo agente causador; porém, se houve dano, mas a sua causa não está relacionada com a conduta do agente, inexistente o nexu causal e, conseqüentemente, o dever de indenizar.

A vítima que sofrer um dano, mas não provar que este resultou do ato praticado pelo agente, terá o pedido de indenização julgado improcedente.

Daí ser tão importante estudar as excludentes de responsabilidade, circunstâncias que, existindo, isentará o agente do dever de indenizar. Se, por exemplo, um determinado acidente ocorreu por culpa exclusiva da vítima, é claro que faltou o liame de causalidade entre o ato e o dano. Gonçalves (2005, p. 34) exemplifica da seguinte maneira:

Se, verbi gratia, o motorista está dirigindo corretamente e a vítima, querendo suicidar-se, atira-se sob as rodas do veículo, não se pode afirmar ter ele “causado” o acidente, pois na verdade foi um mero instrumento da vontade da vítima, esta sim responsável exclusiva pelo evento.

Da mesma maneira é com relação ao caso fortuito e a força maior (explicados mais adiante), que são também excludentes de responsabilidade. Vejamos o exemplo de Rodrigues (2002, p. 18):

O proprietário de um prédio que, ao ruir, despenca sobre outro inferior ordinariamente deve reparar o prejuízo causado ao dono deste. Entretanto, se ficar demonstrado que a ruína do prédio superior derivou de um terremoto ocorrido no local, o prejuízo deflui de caso fortuito, ou seja, de um evento externo que mãos humanas não poderiam evitar. De modo que, havendo o dano resultado não de comportamento culposo do agente que o causou, mas do fortuito, não há relação de causalidade entre os dois eventos, não surgindo a obrigação de indenizar.

Todavia, o nexo causal poderá não ser a causa imediata do dano, mas, sendo condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência. Bastará que se verifique que sem o ato praticado pelo agente, o dano não ocorreria.

O dano poderá ainda ter efeitos indiretos, concomitante ou posteriormente. O efeito indireto do dano pode ser explicado como uma consequência previsível do ato, mas não ligada a este diretamente; algo que não teria ocorrido se o fato e o dano não tivessem acontecido. A conduta do agente é a condição para a produção do efeito indireto do dano.

As outras circunstâncias concorrentes para a produção do dano não excluem o nexo causal nem reduzem a responsabilidade, uma vez que o dano indireto é resultado causal do fato de origem. Diniz (2005, p. 109) cita dois exemplos esclarecedores sobre efeitos indiretos do dano; o primeiro ocorrido simultaneamente e o outro posteriormente:

[...] se um desordeiro quebrar vitrina de uma loja, deverá indenizar o dono não só do custo do vidro e sua colocação, mas também do valor dos artigos furtados em consequência de seu ato, por ser dano indireto, embora efeito necessário da ação do lesante. Se alguém é atropelado e vem a falecer em consequência de uma anestesia, o agente responderá pela morte, como autor da lesão, que possibilitava esse evento lesivo.

Cumpre, finalmente, tecer alguns comentários sobre as causas excludentes de responsabilidade: legítima defesa, exercício regular de um direito reconhecido, estado de necessidade, culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior e a cláusula de não indenizar. É o que faremos a seguir, em breves palavras.

2.7.3.1 Legítima defesa

A legítima defesa constitui-se numa conduta que visa repelir agressão injusta, atual ou iminente, dirigida a si ou a terceiro, o qual não está obrigado a suportar. Quem assim agir não responderá pelos danos causados ao agressor, uma vez que não agiu de forma ilícita. É o que diz o artigo 188, inciso I, primeira parte do

Código Civil: “Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido [...]”. (grifo nosso)

A legítima defesa deverá ser moderada, suficiente para afastar a agressão, não podendo ultrapassar os limites do razoável. Caso o agente venha a exceder os limites do bom senso, responderá proporcionalmente pelo excesso, pois parte de sua conduta será ilícita.

Somente a legítima defesa real e, praticada contra o agressor, impede o ressarcimento dos danos. Destarte, será responsabilizado o agente que, no exercício da legítima defesa, vier a atingir terceira pessoa inocente ou bens desta. Porém, nesse caso, terá direito à ação regressiva contra o verdadeiro ofensor, para reembolso daquilo que teve de pagar pelos danos causados ao terceiro.

Outra observação importante diz respeito à legítima defesa putativa. Nessa situação, o agente não estará isento da obrigação de indenizar, porque a legítima defesa putativa não exclui a ilicitude da conduta, sendo apenas reconhecida como uma dirimente penal (excludente de culpabilidade). Mas o que seria a legítima defesa putativa? Encontra-se em legítima defesa putativa aquele indivíduo que, imaginando estar prestes a sofrer uma agressão injusta, pratica atos com o fim de afastá-la, vindo a causar danos ao suposto agressor inocente.

2.7.3.2 Exercício regular de um direito reconhecido

No exercício regular de um direito reconhecido, o agente age sob o escudo da lei, logo, não poderá ser qualificada como ilícita a sua conduta, a menos que proceda de forma imoderada, caracterizando o abuso de direito.

Assim, por exemplo, em determinadas práticas esportivas, como no caso do futebol, esporte que, sem dúvida, é o mais popular de nosso país, certas violações à integridade corporal dos jogadores são admitidas, desde que não ultrapassem o limite tolerável.

Havendo abuso de direito, o agente será responsabilizado pelos danos causados, podendo ter repercussão inclusive na esfera criminal.

O exercício regular de direito encontra-se expresso no artigo 188, inciso I, segunda parte do atual Código Civil, e o abuso de direito encontra-se disciplinado no artigo 187 do mesmo diploma legal, a seguir transcritos:

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

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo. (grifo nosso)

Como exemplos de abuso de direito, podemos citar: o uso abusivo do direito de propriedade por alguém que, desrespeitando a política de defesa do meio ambiente, faz desmatamento em área de preservação permanente, e o exagero correcional dos pais em relação aos filhos.

Por último, convém mencionar que, pela análise do artigo 187 do Código Civil, para caracterizar o abuso de direito não há necessidade da intenção de prejudicar terceira pessoa, bastando o excesso aos ditames legais.

2.7.3.3. Estado de necessidade

O estado de necessidade consiste em mais uma causa excludente da responsabilidade civil. Pinto (2003, p. 72) conceitua o estado de necessidade da seguinte forma:

ESTADO DE NECESSIDADE é a condição da pessoa que, para evitar um mal maior, ou salvaguardar de perigo atual – inevitável e não provocado intencionalmente – um direito ou determinados bens próprios ou de outrem, pratica o ato violador da norma legal, empregando para este fim os meios menos prejudiciais do interesse alheio, que a lei tutela.

Logo, encontra-se em estado de necessidade aquela pessoa que, sentindo ameaçada a vida ou a integridade física própria ou de outrem, bem como a

propriedade ou qualquer outro bem jurídico preste a ser lesado, pratica atos prejudiciais a terceiros, a fim de proteger estes bens. Por exemplo, alguém que, ameaçado de morrer de fome, furta alimentos de um supermercado.

Entretanto, não poderá ser alegado o estado de necessidade quando o bem jurídico protegido for de valor inferior ao bem lesado. Assim, por exemplo, se um motorista, ao observar um buraco na via pública, que poderia danificar o seu veículo, lança-o sob a calçada, atropelando pedestres, não estará agindo em estado de necessidade, pois o direito à vida e à integridade física dos pedestres se sobrepõe ao direito de propriedade do motorista.

Outra observação importante está no fato de que o estado de necessidade somente terá lugar quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário; o agente, nesse caso, não teria outro caminho, senão o de praticar aquele ato.

Deverão ainda ser empregados os meios menos gravosos para a defesa do bem a que se pretende, sob pena de ter o agente que responder pelo excesso.

O estado de necessidade tem assento legal no artigo 188, inciso II do Código Civil, vejamos: “Art. 188. Não constituem atos ilícitos: [...] II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente”.

A diferença existente entre a legítima defesa e o estado de necessidade é que na legítima defesa, o agente reage a uma agressão injusta; no estado de necessidade, diferentemente, o agente age para afastar, de um direito próprio ou de terceiro, uma situação de perigo concreto, como é o exemplo do motorista que, para não atropelar um pedestre, destrói o muro de uma residência.

Frisa-se, por último, que nos termos dos artigos 929 e 930 do Código Civil, se o terceiro atingido não for o causador do perigo, poderá exigir reparação dos danos ao agente que atuou em estado de necessidade, facultado a este ação regressiva contra o verdadeiro culpado.

Concluimos, com o que foi dito, que é bem restrita a possibilidade de o agente, que atuou em estado de necessidade, isentar-se do dever de indenizar.

2.7.3.4 Culpa exclusiva da vítima

Nesse caso, a vítima é que foi a responsável pela ocorrência do evento danoso, porque agiu de forma imprudente, desatenciosa, dolosa, etc. Como exemplo de um caso em que o evento danoso ocorreu por culpa exclusiva da vítima, vejamos o seguinte: determinada pessoa, ao atravessar uma rua de trânsito intenso, sem observar o sinal adverso, é atropelada e sofre ferimentos graves. Neste caso, está demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta do motorista (causa) e a consequência dos ferimentos graves no pedestre (efeito). Contudo, o motorista não agiu com culpa ou dolo, porque o evento ocorreu por culpa exclusiva da vítima, razão pela qual o motorista está desobrigado do dever de indenizar.

Contudo, há casos em que o evento danoso ocorre tanto por culpa da vítima como por culpa do agente causador do dano, ou seja, a atuação da vítima favorece a ocorrência do dano. É o caso da culpa concorrente, onde a indenização deverá ser reduzida na proporção da participação da vítima, conforme determina o artigo 945 do Código Civil Brasileiro: “Art. 945. 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”. Cada um responderá na proporção de sua culpabilidade, que deverá ser pesada pelo julgador, quando da fixação da reparação.

Já no campo do Direito do Consumidor, essa avaliação é diferente, visto que, lá, somente a culpa exclusiva da vítima é que pode interferir no dever de indenizar do fornecedor, excluindo-o por desaparecer a relação de causalidade entre o defeito do produto e o dano. Isso ocorre porque a culpa concorrente não está prevista no referido diploma legal, não isentando, assim, o fornecedor do dever de indenizar integralmente o consumidor.

2.7.3.5 Fato de terceiro

Com relação ao fato de terceiro, podemos dizer que, a princípio, havendo a atuação causal de um terceiro, sem que haja participação do autor do dano, estaria rompido o elo de causalidade e, por conseqüência, afastada a responsabilidade civil deste. Seria o caso do seguinte exemplo: o veículo “A” não respeita a preferencial e choca-se com o veículo “B”, que, em conseqüência, é arremessado contra o veículo “C”, que estava estacionado, causando-lhe danos de grande monta. Neste caso específico, a causa do acidente foi o fato de terceiro, que agiu com imprudência ou imperícia. A relação de causalidade entre o veículo “B” e o dano experimentado pelo veículo “C” se configura, porém, a responsabilidade civil fica afastada, porque não houve culpa nem dolo de “B”, uma vez que o fato era imprevisível e inevitável.

Todavia, a análise não é tão fácil quanto parece. Segundo Venosa (2004, p. 56):

A questão é tormentosa na jurisprudência, e o juiz, por vezes, vê-se perante uma questão de difícil solução. Não temos um texto expresso de lei que nos conduza a um entendimento pacífico. Na maioria das vezes, os magistrados decidem por equidade, embora não o digam.

Os artigos 929 e 930 do Código Civil regulamentam de forma indireta esta situação, estabelecendo ação regressiva do causador direto do dano contra o terceiro causador do perigo, para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Nada impede, porém, que a vítima ingresse com ação diretamente contra o terceiro causador do dano, devendo apenas atentar-se se realmente esse terceiro foi causador exclusivo do prejuízo; caso contrário, não eliminará o nexo causal e não excluirá a responsabilidade civil do agente causador do dano.

Citemos como exemplo de que realmente a matéria comporta grande discussão, a súmula 187 do Supremo Tribunal Federal – STF, no sentido de que: “Súmula 187. A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é ilidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”. Esse entendimento é fundamentado na obrigação de resultado do contrato de

transporte, compreendendo a inseparável cláusula de segurança, mesmo que esta não esteja expressamente prevista. Contudo, a empresa de transporte terá direito à ação regressiva contra o terceiro culpado.

2.7.3.6 Caso fortuito ou de força maior

Trataremos, agora, do caso fortuito ou de força maior.

O caso fortuito ou de força maior constituem excludentes da obrigação de indenizar, porque afastam o nexos causal entre o ato do agente que diretamente desencadeou o evento danoso e o prejuízo sofrido pela vítima.

Alguns doutrinadores entendem ser sinônimas as duas expressões; outros, porém, encontram diferenciação.

Para aqueles que dizem ser diversa a definição, o caso fortuito decorreria de forças da natureza, como terremotos, inundações, incêndios não provocados pelo homem, e a força maior decorreria de atos humanos irresistíveis, tais como greves, revoluções, guerras e determinações de autoridades. Outra forma adotada para diferenciar as expressões é aquela que diz que o caso fortuito seria uma situação normalmente imprevisível, fato da natureza ou o fato humano; a força maior seria marcada por alguma coisa que fosse também natural ou humano a que não se pode resistir, ainda que fosse possível prever sua ocorrência. Contudo, qualquer critério de distinção que se adote não terá conseqüências práticas, porque juridicamente os efeitos são sempre os mesmos.

Finalmente, cumpre mencionar a definição adotada pelo nosso Código Civil, no artigo 393, parágrafo único, mencionando o que seja caso fortuito o de força maior: “Art. 393. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”. É, por assim dizer, o ato alheio à vontade do agente causador do dano e que não derivou de negligência, imprudência ou imperícia.

2.7.3.7 Cláusula de não indenizar

A cláusula de não indenizar, pela sua natureza, diz respeito essencialmente à esfera contratual.

A cláusula de não indenizar constitui-se de um ajuste, pelo qual uma das partes contratantes esclarece que não será o responsável pelo prejuízo sofrido pela outra parte, mesmo que derivado de sua inadimplência contratual, dano este que sem esta cláusula deveria ser indenizado.

Nas palavras de Rodrigues (2002, p. 179):

A cláusula de não indenizar é aquela estipulação através da qual uma das partes contratantes declara, com a concordância da outra, que não será responsável pelo dano por esta experimentado, resultante da inexecução ou da execução inadequada de um contrato, dano este que, sem a cláusula, deveria ser ressarcido pelo estipulante.

A conclusão que chegamos é, portanto, que a cláusula de não indenizar atuará somente em contratos, pois envolve a fixação de uma condição que somente poderá existir em uma convenção.

A cláusula de não indenizar possui uma grande controvérsia entre os doutrinadores, sendo que as posições radicais são aquelas que a proíbem inteiramente e, de outro lado, aqueles que admitem-na sem restrições.

O entendimento da proibição da cláusula fundamenta-se na concepção de ser contrária ao interesse social, de ser imoral, pois exonerará alguém, antecipadamente, do dever de indenizar decorrente de sua inadimplência contratual. Justifica-se ainda a proibição, porque evitaria que o contratante economicamente mais fraco ficasse privado da proteção que a lei lhe atribui de pedir reparação pelo dano experimentado, além de estimular a desídia, a negligência e a imprudência do contratante, pois, este, não tendo que responder pelos seus atos, não procederia com a devida cautela.

Aqueles favoráveis à cláusula de não indenizar apóiam-se no princípio da autonomia da vontade, segundo o qual sendo as partes capazes e não sendo ilícito o objeto contratual, podem ajustar-se sobre tudo o que lhes interessar.

Segundo este posicionamento, a cláusula de não indenizar seria conveniente ao interesse social, uma vez que, diminuindo os riscos do empreendimento, reduziria os custos e assim aumentaria os negócios.

Salienta-se, finalmente, que entre as posições radicais acima mencionadas, encontra-se, na doutrina, na lei e na jurisprudência, todo um vasto posicionamento intermediário, ora admitindo em alguns contratos, ora proibindo em outros, ora admitindo com restrições maiores ou menores.

2.7.4 Dano

O dano pode ser conceituado como toda diminuição do patrimônio de uma pessoa (física ou jurídica), podendo ser individual ou coletivo, moral ou material.

É uma lesão a um interesse juridicamente tutelado e indispensável para a configuração da responsabilidade civil, seja qual for a sua espécie.

Não podemos esquecer, porém, que existem situações no campo da responsabilidade contratual em que o dano é presumido, ou seja, haverá a obrigação de indenizar sem a necessidade da alegação e da prova do prejuízo, o que poderá acarretar indenizações sem que tenha havido efetivamente prejuízo à vítima. É o caso, por exemplo, da cláusula penal, fixada previamente entre as partes do contrato como um valor a ser pago a título de perdas e danos, no caso de descumprimento do avençado ou de seu retardamento, funcionando também como uma garantia do cumprimento da obrigação.

Importante comentário sobre o assunto nos traz Venosa (2004, p. 241):

O dano negocial e o extranegocial possuem a mesma natureza. Ocorre que, na maioria das vezes, é mais fácil avaliar o dano emergente de um contrato porque as próprias partes delimitam o valor do prejuízo com a cláusula penal, além de descreverem ordinariamente a conduta negocial desejada pelas partes.

Em colaboração ao acima exposto, é o sábio posicionamento de Diniz (2005, p. 268):

A responsabilidade civil consiste na obrigação de indenizar e só haverá indenização quando existir prejuízo a reparar. É preciso não olvidar, porém, que há hipóteses, na seara da responsabilidade contratual, em que a lei presume a existência do dano, liberando o lesado do ônus de provar sua existência. É o que se dá, p. ex., com: *a*) a mora, nas obrigações pecuniárias, pois, independentemente de qualquer prova de prejuízo, o credor terá direito à indenização, segundo o Código Civil, arts. 404 e 407, como se tivesse havido efetivamente um dano; *b*) a cláusula penal (CC, art. 416), pois para exigir a pena convencional não será necessário que o credor alegue dano; *c*) a reprodução fraudulenta de obra literária, científica ou artística; não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de 3.000 exemplares, além dos apreendidos (Lei n. 9.610/98, art. 103, parágrafo único); *d*) aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que lhe for devido, responderá às penas previstas no art. 940 do Código Civil. Por esta disposição legal o demandante de má fé (*RT*, 467:198, 520:213; Súmula 159) ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se, por lhe estar prescrito o direito, decair da ação. Entretanto, não se aplicarão as penas desse artigo, quando o autor desistir da ação antes de contestada a lide (CC, art. 941). Conforme o Código de Processo Civil, art. 267, § 4º, decorrido o prazo para a resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação; *e*) o segurador que, ao tempo do contrato, sabe estar passado o risco de que o segurado se pretende cobrir e, não obstante, expede a apólice, pagará em dobro o prêmio estipulado (CC, art. 773). Convém esclarecer que tais casos não são propriamente de indenização sem prejuízo, mas de dispensa da alegação ou da prova do dano, por haver presunção de prejuízo.

O artigo 402 do Código Civil descreve, em linhas gerais, o que haverá de ser indenizado à vítima, vejamos: “Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. Como se observa, as perdas e danos envolvem não só o dano emergente, mas também, os lucros cessantes, ou melhor, tudo aquilo que a vítima efetivamente perdeu, mais tudo o que ela deixou razoavelmente de ganhar.

Rodrigues (2002, p. 185) exemplifica:

Assim, por exemplo, já se decidiu que, se um veículo abalroa outro, a indenização deverá corresponder à totalidade do prejuízo experimentado pelo dono do automóvel abalroado. Tal prejuízo incluirá as despesas de reparação do carro, as de transportes de seu proprietário durante o tempo em que ficou privado de seu uso e ainda nele se deverá adicionar uma taxa de desvalorização do veículo, correspondente a 7% (cf. *RT*, 359/360). Se daquele abalroamento tivesse resultado ferimento para a vítima, que, assim, por exemplo, viesse a perder dias de serviço, a indenização deveria abranger o valor de seu ganho nesses dias, pois é mister nela incluir todo o lucro cessante.

Dano patrimonial é aquele passível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro. É o caso de um dano sofrido em um automóvel ou em uma residência.

Convém, todavia, analisarmos o dano patrimonial sob dois aspectos, quais sejam: o dano emergente e o lucro cessante.

Dano emergente é o efetivo prejuízo sofrido pela vítima, é a diminuição do patrimônio da vítima; aquele que mais se destaca à primeira vista. Representa a diferença entre o patrimônio que a vítima tinha antes do ato ilícito e o que passou a ter depois (aquilo que efetivamente perdeu). É o dano mais facilmente avaliável, porque depende apenas de danos concretos.

O lucro cessante é aquilo que a vítima razoavelmente deixou de lucrar, ou seja, é a frustração da expectativa de lucro; deixar de ganhar um lucro esperado. Ao contrário do dano emergente, o lucro cessante nem sempre é muito fácil de ser avaliado, porque o cálculo do dano levará em conta acontecimento futuro, que não ocorreu ainda, e mais com o cuidado que cada caso específico requer, para que a reparação civil não se transforme em fonte de lucro (enriquecimento sem causa). Nessa mesma linha de raciocínio, escreve Venosa (2004, p. 36):

O termo *razoavelmente* posto na lei lembra, mais uma vez, que a indenização não pode converter-se em um instrumento de lucro. Assim, no exemplo do veículo sinistrado, temos que calcular quanto seu proprietário deixou de receber com os dias em que não pôde utilizá-lo. Se o automóvel pertencia a um taxista, evidentemente que o lucro cessante será calculado de forma diversa do que para o proprietário de um veículo utilizado exclusivamente para lazer. Em ambas as hipóteses, porém, haverá prejuízo nesse nível a ser indenizado. (grifo do autor)

Quando a lei nada disser, a doutrina e a jurisprudência auxiliam o magistrado nessa árdua tarefa de conferir à vítima a indenização mais adequada possível. Na indenização por morte, por exemplo, a jurisprudência orienta os cálculos com base nos ganhos do falecido e com a parcela que ordinariamente concorria para o sustento do lar.

Comentário interessante sobre o cálculo do dano material nos trazem os doutrinadores Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 42). Vejamos:

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

Cumprе mencionar que a compensação devida à vítima só deverá abranger os danos emergentes e os lucros cessantes diretos e imediatos. Assim, o devedor responderá apenas pelos prejuízos vinculados a seu ato, não por aqueles resultantes de causas estranhas ou remotas. Nesse sentido, é o que dispõe o artigo 403 do Código Civil: “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

O direito de pleitear a indenização compete à vítima, pois é ela que sofre o prejuízo. Igual direito caberá também aos herdeiros, conforme dispõe o artigo 943 do Código Civil: “Art. 943. O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-las transmitem-se com a herança”. Porém, quando a vítima, chefe de família, vem a falecer, em virtude de um ato ilícito, o direito de pleitear a indenização caberá à esposa e aos filhos, também na qualidade de vítimas que são. É a observação que faz o doutrinador Gonçalves (2005, p. 553):

Ressalve-se que, em caso de morte de um chefe de família, a esposa e os filhos menores têm legitimidade para pleitear a indenização não na condição de herdeiros do falecido, mas na de vítimas, porque são as pessoas prejudicadas com a perda do esposo e pai. Nesse caso, pois, a indenização é pleiteada *iure próprio*.

No caso de falecimento da vítima, o direito de pleitear a indenização caberá primeiramente ao cônjuge e aos parentes mais próximos (descendentes e ascendentes).

Uma outra espécie de dano que merece atenção, até porque está ligado ao que foi dito nos dois parágrafos anteriores, é o dano reflexo ou em ricochete, que consiste no prejuízo que atinge reflexamente pessoa próxima, ligada diretamente à vítima que sofreu o prejuízo provocado pela atuação ilícita do agente ofensor. Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 45-46) exemplificam:

É o caso, por exemplo, do pai de família que vem a perecer por descuido de um segurança de banco inábil, em uma troca de tiros. Note-se que, a despeito de o dano haver sido sofrido diretamente pelo sujeito que pereceu, os seus filhos, alimentandos, sofreram os seus reflexos, por conta da ausência do sustento paterno.

Embora não seja de fácil caracterização, essa vítima indireta (que sofreu o dano reflexo), desde que prove o prejuízo sofrido, tem direito à indenização pelo infrator que causou danos à vítima direta.

Comentaremos agora, em poucas linhas, sobre uma matéria ainda nova em nosso país, oriunda do Direito Francês, que é a perda de chance.

A perda de chance é caracterizada pela possibilidade de ganho que a vítima teria no futuro, caso não tivesse sofrido o prejuízo, ou seja, é a frustração no recebimento desse ganho. Com relação a essa matéria, o magistrado deverá calcular a indenização, fazendo uma projeção dessas perdas, desde o momento do fato jurídico que lhe deu causa até um determinado tempo final, que pode ser uma certa idade para a vítima, um certo fato ou data da morte.

A chance deve ser devidamente avaliada quando existe certo grau de probabilidade. A esse respeito, vejamos o entendimento de Venosa (2004, p. 244):

Os danos futuros devem ser razoavelmente avaliados quando consequência de um dano presente. Não podemos, por exemplo extremo, admitir que a indenização pela morte de um cavalo de corrida chegue ao ponto de indenizar por prêmio integral de sua vitória no próximo grande prêmio, mas podemos avaliar a média de prêmios que presumivelmente o animal conseguira em sua vida útil. No mesmo diapasão, podemos colocar a hipótese de um advogado que perde o prazo para interpor recurso, como vimos no Capítulo 9. Nada aponta que o recurso teria absoluto sucesso, mas há efetiva perda de chance por parte do cliente, que se traduz na impossibilidade de revisão da decisão judicial por outro grau de jurisdição. Nesses aspectos, estaremos avaliando a perda de chance.

Caso a possibilidade de ocorrência de determinado evento lucrativo e que foi frustrada por um ilícito seja vaga ou meramente hipotética, a conclusão será pela inexistência da perda de chance. O magistrado deverá analisar, quando do estudo de cada caso em concreto, se realmente é uma possibilidade sólida, clara. O fato é que, como se trata da perda de uma chance, jamais se poderá saber qual seria realmente o resultado.

Além do dano material, temos também, o dano moral, caracterizado pela lesão a interesses não-patrimoniais. Considera-se dano moral a dor, o vexame,

o sofrimento ou a humilhação, considerados anormais, e que interfiram de forma intensa no comportamento psicológico do ser humano, causando-lhe aflições, angústias e desequilíbrio em seu bem-estar, sentimentos estes provocados pela privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente. Nesse sentido, é o conceito apresentado por Pinto (2003, p. 79):

Danos morais são aqueles que causam desassossego, mágoas, aflições, desalentos, padecimentos, dores à intimidade, à alma do ofendido, em razão de atos lesionadores à sua honra, dignidade, decoro, reputação, intimidade, imagem, auto-estima, amor próprio ou sensibilidade, e que acabam por lhe causar aguda e penetrante *dor pessoal*. (grifo do autor)

A Constituição Federal assegura a reparação dos danos morais, como poderemos verificar no artigo 5º, incisos V (“é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”) e X (“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”) e, em especial, o artigo 1º, inciso III, que erigiu à categoria de fundamento do Estado Democrático de Direito, “a dignidade da pessoa humana”.

Posteriormente, com a publicação do Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei n.º 8.078/90), o dano moral foi expressamente admitido em favor do consumidor, conforme se vê do artigo 6º, inciso VI.

No ano de 2002, finalmente, foi aprovado o Novo Código Civil Brasileiro que, em seu artigo 186, também consagrou o instituto jurídico do dano moral ressarcível. Dessa forma, o direito à indenização pelo dano moral foi definitivamente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, colocando um ponto final sobre a possibilidade ou não da reparação do dano moral.

Ao contrário do dano material, em que a indenização visa restituir os bens lesionados ao *statu quo ante*, no dano moral a indenização tem a finalidade de buscar restaurar a dignidade da vítima, amenizar a sua dor. Nas palavras de Pinto (2003, p. 80): “Tal sistemática parte do pressuposto de que é indispensável COMPENSAR o lesionado por meio de um valor pecuniário frente aos prejuízos sofridos em seus valores mais íntimos e pessoais”.

É conveniente falar, ainda, do dano moral direto e indireto. O primeiro consiste na lesão a um interesse não patrimonial, como os direitos da personalidade

(vida, integridade corporal e psíquica, liberdade, honra, decoro, intimidade, etc.), os atributos da pessoa, tais como nome, capacidade, estado de família e lesão à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal). O dano moral indireto consiste na lesão a um interesse de natureza patrimonial, mas que, de modo reflexo, produz um prejuízo a um interesse não-patrimonial, como, por exemplo, o furto de um bem de família de grande valor afetivo, porque além do prejuízo financeiro, traz também efeitos morais.

Falaremos, de forma mais profunda, sobre o dano moral no próximo capítulo.

2.8 Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor

Em atendimento ao mandamento constitucional, que determina no artigo 5º, inciso XXXII que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, bem como pelo seu artigo 170, inciso V que erigiu a “defesa do consumidor” como princípio da ordem econômica, e ainda nos termos do artigo 48 de suas Disposições Transitórias, foi elaborado o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 12 de setembro de 1990), que entrou em vigor em março de 1991, tratando-se, sem nenhuma dúvida, de um dos mais importantes diplomas legais dos últimos tempos.

O Código de Defesa do Consumidor surgiu da necessidade de um melhor controle nas relações de consumo, tendo em vista o grande aumento destas e das relações comerciais, de um modo geral, nas últimas décadas, o que a legislação até então existente não mais conseguia regular de forma satisfatória.

O Código de Defesa do Consumidor gira em torno de duas figuras fundamentais: consumidor e fornecedor. Nessa relação, o consumidor é considerado a parte mais vulnerável. Assim sendo, o CDC tem por finalidade estabelecer um equilíbrio entre ambos, declarando expressamente no seu artigo 1º que o referido diploma estabelece “normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social”.

Criando uma série de princípios e regras, muitos dos quais inovadores, reconhece a vulnerabilidade do consumidor e propõe não mais a igualdade formal entre as partes, mas sim, a proteção do consumidor.

Na definição do que seja consumidor, a lei é a mais objetiva possível. De acordo com o artigo 2º do CDC: “Art. 2.º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Consumidor, então, não é somente a pessoa física, mas também, a pessoa jurídica que adquire o produto para o seu uso, quando destinatários finais. Sobre o assunto, observa Venosa (2004, p. 192):

A opção da lei brasileira incluindo a pessoa jurídica no contexto dos direitos do consumidor é inovadora. A legislação europeia unificada apenas admitiu, em princípio, a pessoa natural abrangida pela lei protetiva. Não existe no direito europeu noção tão abrangente. Digna de elogio é a posição do Código de Defesa do Consumidor, pois as pessoas jurídicas colocam-se na mesma posição e contexto de vulnerabilidade nas relações de consumo. Desse modo, a pessoa jurídica que adquire produtos para seu uso, não incorporando em outro ou o revendendo, é também considerada consumidor.

Será, todavia, atingido pela proteção do CDC, não apenas o consumidor típico (aquele que adquire o produto diretamente do fornecedor para uso próprio), mas inclusive, aquele que utilizou o produto como destinatário final, sem que o tenha adquirido de forma direta com o fornecedor, como é o caso, por exemplo, do produto emprestado por um terceiro. Este receberá a proteção de acordo com o referido dispositivo.

Do outro lado da relação jurídica, encontra-se o fornecedor, definido no artigo 3º do CDC da seguinte forma:

Art. 3.º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviço.

Sobre o conceito de fornecedor trazido pelo Código de Defesa do Consumidor, adverte Gonçalves (2005, p. 400):

Observe-se que a lei se refere a fornecedor como aquele que desenvolve “atividade” de produção, montagem, comercialização etc., mostrando que é a atividade que caracteriza alguém como produtor. Ora, atividade significa não a prática de atos isolados, mas a de atos continuados e habituais. Assim, não é considerado fornecedor quem celebra um contrato de compra e venda, mas aquele que exerce habitualmente a atividade de comprar e vender.

Concluimos então que o conceito de fornecedor está ligado, de maneira íntima, à idéia de atividade empresarial.

Com relação à responsabilidade civil, o Código de Defesa do Consumidor adotou a responsabilidade objetiva do fornecedor, ou seja, independe de culpa o dever de indenizar o consumidor, abrangendo tanto a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço (ligado ao aspecto de saúde e segurança – o produto não pode conter problemas que afetem a saúde ou a segurança do consumidor), como a responsabilidade pelo vício do produto ou serviço (relacionado à qualidade ou quantidade que se espera – o consumidor não pode ser prejudicado por pagar por um produto que não vale a quantia exigida).

A escolha pela responsabilidade objetiva se deu pelo fato de vivermos hoje em uma sociedade de produção e de consumo em massa, o que dificulta a caracterização da relação jurídica e a prova da culpa ou de quem seja a culpa.

3 DO DANO MORAL

3.1 Conceito

Dano moral é aquele que espelha uma dor intensa, um vexame, um sofrimento ou uma humilhação, que foge à normalidade e interfere no comportamento psicológico, moral e intelectual do indivíduo. Seria uma dor no seu mais amplo significado, refletida pela emoção, pela vergonha, pela mágoa, etc, provocados por atos lesionadores à honra, à dignidade, à reputação, à imagem e à auto-estima.

Por conseqüência, não é qualquer dissabor da vida que pode acarretar o dano moral, devendo-se ainda, ter a cautela de observar o critério objetivo do homem médio. Nesse sentido, pondera Venosa (2004, p. 39):

Não é qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. Aqui, também é importante o critério objetivo do homem médio, o *bonus pater familias*: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino. Nesse campo, não há fórmulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca.

Convém, ainda, mencionar as douradas palavras de Gonçalves (2005, p. 565-566):

O direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente. Por exemplo: se vemos alguém atropelar outrem, não estamos legitimados para reclamar indenização, mesmo quando esse fato nos provoque grande dor. Mas, se houver relação de parentesco próximo entre nós e a vítima, seremos lesados indiretos. Logo, os lesados indiretos e a vítima poderão reclamar a reparação pecuniária em razão de dano moral [...].

Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 55) conceituam dano moral da seguinte maneira:

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

O dano moral não causa prejuízo na esfera patrimonial da vítima, tanto que a indenização corresponde ao pagamento de uma quantia em dinheiro, com vistas a uma satisfação compensatória, destinada a amenizar a dor da vítima. Ao contrário, nos danos materiais, se observarmos, veremos que a indenização visa restituir os bens lesionados ao *statu quo ante*.

Se do dano moral ocasiona reflexos de natureza material, a indenização será do dano patrimonial decorrente da lesão à esfera moral da vítima, e não somente do dano moral propriamente dito.

3.2 Evolução Histórica do Dano Moral no Brasil

O reconhecimento indenizatório do dano moral encontrou inúmeras resistências até a promulgação da Constituição Federal de 1988, como observa Venosa (2004, p. 249):

Durante muito tempo, discutiu-se se o dano exclusivamente moral, isto é, aquele sem repercussão patrimonial, deveria ser indenizado. Nessa questão, havia um aspecto interessante: a doutrina nacional majoritária, acompanhando o direito comparado, defendia a indenização do dano moral, com inúmeros e respeitáveis seguidores, enquanto a jurisprudência, em descompasso, liderada pelo Supremo Tribunal Federal, negava essa possibilidade. De uma postura que negava peremptoriamente a possibilidade de indenização por danos morais, inicialmente adotada pelo Supremo Tribunal Federal, esse Pretório passou a admitir danos morais que tivessem repercussão patrimonial até a promulgação da Constituição de 1988, que finalmente estabeleceu o texto legal que os tribunais e a maioria da doutrina reclamavam.

Na época do Brasil Colonial, durante a vigência das Ordenações do Reino de Portugal, não existia regra expressa sobre o ressarcimento do dano moral, o que nos faz concluir pela sua impossibilidade naquele momento histórico.

Posteriormente, foi editado o Código Civil de 1916, que apenas previa algumas hipóteses de indenização pelo dano moral, conforme exemplifica Gonçalves (2005, p. 576):

O Código Civil de 1916 previa algumas hipóteses de reparação do dano moral, como quando a lesão acarreta aleijão ou deformidade, ou quando atinge mulher solteira ou viúva ainda capaz de casar (art. 1538); quando ocorresse ofensa à honra da mulher por defloramento, sedução, promessa de casamento ou rapto (art. 1548); ofensa à liberdade pessoal (art. 155); calúnia, difamação ou injúria (art. 1547).

O fato é que o Código Civil de 1916, no seu artigo 159 (atual artigo 186 do Novo Código Civil), obrigava a reparação do dano, sem fazer nenhuma restrição a danos exclusivamente materiais, ou seja, não fazia qualquer distinção entre dano material e moral, o qual dispunha: “Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. Mas, por ser omissivo nesse aspecto, provocava intensos debates sobre a possibilidade ou não da indenização do dano moral.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, acabou a resistência existente até então, da impossibilidade de reparação do dano moral, uma vez que o seu artigo 5º, incisos V e X contemplou a questão, passando a admiti-la de forma ampla e irrestrita, pondo fim à controvérsia. Vejamos o teor dos referidos incisos:

Art. 5º. [...]:

[...]

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

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...].

Os citados direitos foram elevados à categoria de cláusula pétrea, imutável, de acordo com o artigo 60, parágrafo 4º da Magna Carta.

Colaborando ainda mais com o direito à reparação do dano moral, em seu artigo 1º, inciso III, a Constituição Federal de 1988 erigiu à categoria de fundamento do Estado Democrático de Direito, “a dignidade da pessoa humana”.

Assim sendo, a reparação do dano moral integrou-se definitivamente no nosso ordenamento jurídico.

É de acrescentar que a enumeração constitucional constante dos incisos V e X do artigo 5º é meramente exemplificativa, sendo lícito à jurisprudência e à lei ordinária editar outros casos. Com efeito, referentemente a determinados direitos, a Constituição estabeleceu o mínimo, não se tratando de enumeração taxativa. Não podem ser reduzidos por via legislativa, porém, podem ser ampliados por lei ordinária e receber extensão por via de interpretação.

Com a edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990), através de seu artigo 6º, inciso VI, que trata do capítulo “Dos Direitos Básicos do Consumidor”, foi ali também garantida, expressamente, a reparação do dano moral em favor do consumidor.

O Código Civil de 2002 (Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002), que entrou em vigor em 2003 (um ano após sua publicação), em seu artigo 186, consagrou, categoricamente, o instituto jurídico do dano moral, de maneira direta e objetiva, bem como a sua reparação no artigo 927.

3.3 Tipos de Danos Morais

Os danos morais podem ser classificados em diretos e indiretos, de acordo com os interesses jurídicos atingidos. Interessante fazer essa distinção, eis que se constituem em classificações oriundas do requisito causalidade entre dano e fato, imprescindível para a configuração do dano indenizável.

3.3.1 Dano moral direto

O dano moral direto ocorre quando há lesão a um interesse que visa à satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial, contido nos direitos da personalidade ou nos atributos da pessoa. Inclui ainda, a lesão à “dignidade da pessoa humana”, a qual, conforme dito antes, elevada à categoria de fundamento do Estado Democrático de Direito no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988.

Compreendem-se como direitos da personalidade aqueles relacionados à vida, à integridade corporal e psíquica, à liberdade, à honra, ao decoro, à intimidade, aos sentimentos afetivos e à própria imagem da pessoa. Como atributos da pessoa humana, podemos citar o nome, a capacidade e o estado de família. Em relação à “dignidade da pessoa humana”, a referida expressão quer dizer o respeito que deve ser dispensado ao ser humano, de um modo geral.

Assim, por exemplo, quando alguém é injuriado em público ou tem seu nome lançado em cadastros de maus pagadores, trata-se do dano moral direto, pois são exemplos de violação à honra e à imagem da pessoa.

3.3.2 Dano moral indireto

O dano moral indireto ocorre quando há lesão a um bem ou interesse de natureza patrimonial, mas que, de modo reflexo, produz um prejuízo a um bem de natureza extrapatrimonial.

É aquele que provoca prejuízo a qualquer interesse não-patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial, como, por exemplo, o furto em uma residência, em que o ladrão acaba levando um bem de grande valor afetivo, que pertencia à família há décadas; o rebaixamento ilícito de um funcionário, que, além de causar prejuízo financeiro, traz efeitos morais lesivos ao empregado.

Contudo, deve-se tomar cuidado para não confundir o dano moral indireto com o dano moral reflexo ou em ricochete. No indireto, existe uma violação a um direito extrapatrimonial de alguém, em função de um dano material. No reflexo, tem-se um dano moral sofrido por um sujeito, em função de um dano de que foi vítima uma outra pessoa ligada a ele, pouco importando se esse dano era de natureza material ou moral.

A respeito do dano moral indireto, o Código Civil traz disposição expressa no seu artigo 952, parágrafo único: “Art. 952. Parágrafo único. Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa, estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avante àquele”. (grifo nosso)

Como se vê, a lei manda que se leve em conta o preço de afeição, que equivale à composição do dano moral, fixando ainda, limite para a indenização (o preço de afeição não poderá ser superior ao preço comum da coisa).

3.4 Reparação do Dano Moral

A reparação do dano moral, embora definitivamente integrada no Direito Brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988, ainda é tema que suscita diversas controvérsias, sobretudo, quanto a sua indenização e ao valor a ser indenizado.

A indenização pelo dano moral não possui o aspecto de reparar o patrimônio ao estado anterior ao evento danoso, mas sim, compensar o ofendido pela dor sofrida, buscando restaurar a sua dignidade. Daí surgir a dificuldade em sua reparação. Como saber, com certeza, da dor, da mágoa, da tristeza de alguém? Qual o valor justo a ser indenizado?

Entre outras, a dificuldade reside exatamente em responder a essas questões, aliadas à falta de dispositivos legais que auxiliem o aplicador do Direito na quantificação do valor a ser pago.

3.4.1 Problemática da reparação do dano moral

Muitas são as objeções levantadas contra a reparação do dano moral, porém, acabaram sendo todas rechaçadas na doutrina e na jurisprudência, face às inconsistências das mesmas.

Destacaremos a seguir, resumidamente, as principais objeções à reparação do dano moral, seguidas dos argumentos que as rebatem. Vejamos, então:

a) *falta de efeito penoso durável*: a circunstância de um evento danoso não ter efeito permanente, não elimina a existência de prejuízo e nem a responsabilidade pela sua reparação. Em casos dessa natureza, a indenização variará conforme a maior ou menor duração do sentimento ruim provocado à vítima;

b) *escândalo da discussão, em juízo, sobre sentimentos íntimos de afeição e decoro*: objeção insustentável, pelo fato de que os juízes e Tribunais têm a função de acolher as queixas das partes e resolver as controvérsias, além do que, questões delicadas e graves podem ser instruídas em segredo de justiça;

c) *incerteza, nos danos morais, de um verdadeiro direito violado e de um dano real*: a causa do dano (ação ou omissão do lesante) é sempre uma só, pouco importando se o bem ou o direito violados sejam materiais ou morais. Logo, não há dúvidas quanto à ocorrência do prejuízo, e pouco importa que o bem lesado seja material ou imaterial. O dano moral decorre de uma violação a um direito extrapatrimonial, mas o fato dos efeitos do direito violado serem imateriais não implica a inexistência da violação e do direito do lesado. O dano moral não é a abstrata lesão do direito, mas sim, de interesses não-patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo. O nosso ordenamento jurídico, corroborando com esse entendimento, de forma indubitável, acolheu o instituto do dano moral, a partir da Constituição Federal de 1988, conforme já comentado na seção 3.2 deste capítulo;

d) *dificuldade de descobrir a existência do dano*: trata-se apenas de uma questão meramente probatória, tanto válida para o dano moral quanto para o

dano patrimonial. Em alguns casos será difícil negar a dor que está sofrendo a pessoa lesada, como, por exemplo, a dor de um pai que perde o seu filho;

e) *impossibilidade de uma rigorosa avaliação pecuniária do dano (como compensar a dor com dinheiro?)*: o dinheiro provocará na vítima uma sensação de prazer, que visa compensar a dor, aliado a isso, o sentimento de vingança, pois o agente causador do dano ficou privado da quantia desembolsada;

f) *indeterminação do número de lesados*: nesse caso, cabe ao juiz, através do poder que lhe é concedido de decidir de acordo com o seu livre convencimento, no exame do caso concreto, indicar com moderação quem são as pessoas cuja dor merece ser reparada;

g) *imoralidade da compensação da dor com o dinheiro*: imoral e injusto seria deixar impune o causador do ilícito, ante às graves conseqüências provocadas pela sua falta. Além disso, será o Judiciário quem decidirá, no exame de cada caso em concreto, se a vítima terá direito ou não a receber algum valor em pecúnia pela dor sofrida; conseqüentemente, nenhuma imoralidade haverá na compensação;

h) *perigo de inevitabilidade da interferência do arbítrio judicial conferido ao magistrado (poder ilimitado do juiz na apreciação dos danos morais, ao avaliar o montante compensador do prejuízo)*: várias são as justificativas que rebatem essa oposição, como, por exemplo, as que dizem que:

1 – em numerosas hipóteses a regra de direito se reveste de grande flexibilidade, permitindo ao magistrado a sua adequação a casos diversos;

2 – para fixar o *quantum* da indenização, o juiz ouvirá as partes e as provas, portanto, não agirá a seu bel-prazer e sim como um homem de responsabilidade;

3 – quando o legislador confere ao juiz poderes para fixar uma indenização, não está conferindo a um homem, mas sim, ao Poder Judiciário, pois a decisão daquele juiz poderá ser reexaminada em instâncias superiores e até ser mudada ou confirmada;

i) *enriquecimento sem causa (o credor teria um aumento patrimonial sem que antes tivesse tido nenhum desembolso ou prejuízo)*: o nosso ordenamento jurídico não ampara apenas os bens que possuem valor econômico. A reparação

pecuniária do dano moral não pretende refazer o patrimônio da vítima; seu objetivo é dar uma compensação, um conforto, amenizando o sofrimento;

j) *impossibilidade jurídica de se admitir tal reparação*: essa objeção não tem mais nenhum fundamento, notadamente após a Constituição Federal de 1988. O Código Civil de 2002 amparou, de forma expressa, o instituto no seu artigo 186, e a sua reparação no artigo 927. Outras leis já admitiam também a reparação do dano moral, tais como o Código de Telecomunicações, o Código Eleitoral e o Código de Defesa do Consumidor.

O fato é que, se fizermos uma análise sistemática do nosso ordenamento jurídico, verificaremos que a reparação do dano moral está plenamente admitida pelo nosso Direito Positivo. Em complemento, menciona Gonçalves (2002, p. 554): “[...] todas as demais dificuldades apontadas ou são probatórias ou são as mesmas existentes para a apuração do dano material”.

3.4.2 Natureza jurídica da reparação do dano moral

Conforme já afirmamos anteriormente, na reparação do dano moral, o dinheiro não desempenha função de equivalência com o prejuízo, como no dano material, mas sim, função compensatória, amenizando o sofrimento.

Salientamos que, de forma reflexa, a reparação do dano adquire cunho punitivo, marcante nesse tipo de indenização. É que pela função compensatória, na qual será desembolsada certa quantia em dinheiro para ser paga à vítima, o lesante terá o seu patrimônio diminuído, adquirindo, desse modo, indubitavelmente, a reparação do dano moral um caráter punitivo, além disso, funcionará como desestímulo à prática de novos ilícitos. Porém, tal sanção não se revela através de uma pena, e sim da compensação.

Uma terceira função, de cunho sócio-educativo, pode ser extraída da reparação civil, que é a de tornar público que condutas semelhantes não serão toleradas, o que certamente desestimulará outras pessoas a praticar condutas lesivas.

Nesse sentido, argumentam Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 77):

Quando a vítima reclama a reparação pecuniária em virtude do dano moral que recai, por exemplo, em sua honra, nome profissional e família, não está definitivamente pedindo o chamado *pretio doloris*, mas apenas que se lhe propicie uma forma de atenuar, de modo razoável, as conseqüências do prejuízo sofrido, ao mesmo tempo em que pretende a punição do lesante. Dessa forma, resta claro que a natureza jurídica da reparação do dano moral é sancionadora (como conseqüência de um ato ilícito), mas não se materializa através de uma “pena civil”, e sim por meio de uma *compensação* material ao lesado, sem prejuízo, obviamente, das outras funções acessórias da reparação civil. (grifo dos autores)

Nessa linha de raciocínio, está o Projeto de Lei n.º 6.960/2002 que, se for aprovado, acrescentará ao artigo 944 mais um parágrafo (segundo parágrafo), com a seguinte redação: “A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”. (grifo nosso)

Este dispositivo será a base legal do caráter punitivo que possui a reparação do dano moral, já amplamente aceito pela doutrina.

Apesar de ainda não existir expressamente em nosso ordenamento jurídico com o caráter de punição, a reparação do dano moral já possui, sim, esta característica, materializada pela compensação.

Inclusive, é recomendado como um requisito a ser observado pelo juiz, quando da fixação do *quantum* indenizatório. Ora, se for fixado um valor pequeno, inexpressivo, que não provocará reflexo nenhum na esfera patrimonial do ofensor, este não sentirá desfalque em seu patrimônio e provavelmente não recuará em seu comportamento nocivo.

Caso venha a ser acrescentado este parágrafo ao artigo 944, será o fundamento legal para uma prática já exercida pelos nossos magistrados, que é impor indenizações por dano moral, levando em conta seu caráter sancionador. Essa característica deverá ser observada, especialmente, se o agente causador do dano é reincidente.

Outra observação importante que deve ser feita é com relação à freqüente confusão do gênero “sanção” com a espécie “pena”. A “pena” corresponde a uma submissão pessoal e física do agente, para restauração da normalidade social violada com o delito. A compensação (ou mesmo a indenização), pela teoria

da responsabilidade civil, é uma espécie de “sanção” aplicável a quem viola interesses privados, como é o caso dos danos morais.

Contudo, há teorias que buscam classificar a reparação do dano moral como uma prestação de caráter duplo, em que a compensação e a “pena civil” coexistiriam. A compensação teria apenas a finalidade de amenizar a dor da vítima, ao passo que a “pena civil” é que teria cunho punitivo. Ocorre que este posicionamento, além de questionado por parte da doutrina, não nos parece o melhor, pois entendemos diferentemente, que a reparação do dano moral é uma sanção que se materializa através da compensação pecuniária.

3.4.3 Quantificação das indenizações por danos morais

Qual o conceito de indenização? O termo é derivado do latim *indemnitas* (indene), de que se formou no vernáculo do verbo *indenizar* (reparar, compensar, retribuir). Indenização tanto se refere ao reembolso de quantias que alguém despendeu, ou desembolsou por conta de outrem, ao pagamento feito para recompensa do que se fez (por exemplo, trabalho), ou para reparação de prejuízo ou dano que se tenha causado.

É, em sentido amplo, toda reparação ou contribuição que se efetiva para satisfazer um pagamento a que se está obrigado ou que se apresenta como dever jurídico.

Para Rodrigues (2002, p. 185): “Indenização significa ressarcir o prejuízo, ou seja, tornar indene a vítima, cobrindo todo o dano por ela experimentado”. Ou seja, surge a partir da prática de um ato ilícito do agente causador.

Nos termos do artigo 402 do Código Civil, “as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”, o que se deduz que a indenização deverá abranger todo o prejuízo provocado à vítima, mesmo aqueles ocorridos em momento posterior à prática do ato, mas dele derivados (lucro cessante).

Mas, quantificar o valor da indenização a ser paga pela ofensa sofrida ao patrimônio da vítima não é uma tarefa das mais fáceis, notadamente com relação aos danos morais, cuja valoração não tem uma base de equivalência com o prejuízo, que caracteriza os danos patrimoniais.

Quando se trata da reparação dos danos extrapatrimoniais, há que ser observada a possibilidade de sua reparação, através de dois critérios básicos: a reparação *in natura*, qual seja, devolver à vítima o seu estado anterior ao evento, e a reparação pecuniária por equivalência.

A reparação *in natura*, ainda que considerada a forma mais correta de reparação do dano, torna-se pouco viável no tocante aos danos morais, em razão das peculiaridades que o envolve. Por exemplo, ainda que nos casos de calúnia, difamação e injúria se possa exigir retratação pública a ser promovida pelo ofensor, os efeitos danosos do ato já terão se espalhado, de modo que os prejuízos morais decorrentes poderão perdurar e se refletir na vida privada e profissional da vítima.

Destarte, o princípio da reparação *in natura* mostra-se insuficiente para a reparação do dano moral, uma vez que não conseguirá voltar ao passado e reverter os efeitos lesivos ocasionados ao ofendido. Aconselha-se, nesses casos, fixar um montante pecuniário de natureza complementar, objetivando a reparação integral do dano moral.

Neste sentido, é a lição de Melo (2004, p. 163-164), após fazer uma análise dos casos de retratação pública ou de publicação de uma decisão judicial: “[...] mesmo nestes casos, há que se buscar uma equivalência pecuniária, para complementar a pena a ser aplicada ao ofensor, de tal sorte a que se persiga o intento da reparação integral”.

Do acima exposto, é incontestável a importância, na reparação do dano moral, de um equivalente pecuniário, seja pela função compensatória, seja pela função punitiva, ou por ambas. Isso porque, na maioria das vezes, é impossível obter a reparação *in natura*.

A reparação pecuniária por equivalência divide-se em dois sistemas: sistema tarifário e o sistema aberto.

No sistema tarifário há uma predeterminação, legal ou jurisprudencial, do valor a ser fixado a título de dano moral, devendo o juiz aplicar a regra ao caso concreto, com a observância do limite estabelecido em cada situação.

Destarte, pelo sistema aberto, é do juiz a competência para, subjetivamente, fixar o valor indenizável, sendo este o sistema adotado no Brasil.

A maioria da doutrina se posiciona contra o sistema tarifário, sob os argumentos de que, se a Constituição Federal não estabeleceu limites indenizatórios para o dano moral, não poderão ser fixados limites através de leis ordinárias, sejam elas preexistentes (tal como a Lei de Imprensa) ou futuras. A tarifação quebra o princípio da equidade, pois limitará os poderes do juiz na aplicação da justiça ao caso concreto. Ademais, como poderá ser atribuído a cada um o que efetivamente seja de seu direito, se este mesmo direito estará previamente tarifado? Como considerar as peculiaridades de cada caso, a fim de que se possa sentenciar com uma perfeita dosimetria do valor indenizatório e, ao mesmo tempo, se ater a valores pré-tarifados?

Deverá o magistrado, investindo-se na condição de árbitro, sem desprezar os parâmetros sugeridos pelas partes, adotar critérios para fixação do valor do dano de acordo com a sua consciência e noção de equidade (justiça ao caso concreto), sopesando as situações do caso concreto.

Segue uma lista de sugestões colhidas na doutrina que, se observadas, auxiliará o magistrado na fixação de uma quantia, a mais justa possível a ser paga a título de dano moral à vítima:

a) o grau de culpa da vítima. Se a vítima concorreu para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa, em confronto com a do ofensor;

b) a condição social da vítima (não se poderia proporcionar, por exemplo, alojamento em hotel cinco estrelas a quem sempre se utilizou morada rústica ou vice-versa) e do ofensor (fixado um valor modesto a ser pago por quem é detentor de grande fortuna, não cumprirá a indenização sua finalidade secundária de inibir a prática de novos ilícitos);

c) os padecimentos causados à vítima, bem como as seqüelas, sua duração e as circunstâncias traumáticas da conduta do ofensor;

d) o juiz deve considerar a realidade social que o cerca (como, por exemplo, o contexto econômico do país) e das máximas de experiência (em se tratando de dano moral, a mesma situação pode atingir de forma diversa pessoas diferentes);

e) considerar a idade da vítima. Uma indenização muito vultosa a quem já tem idade avançada poderá beneficiar, em tese, seus herdeiros, não atingindo a finalidade;

f) não aceitar indenizações meramente simbólicas, mantendo-se, porém, o equilíbrio para evitar o enriquecimento injusto;

g) não deverá haver paralelismo ou relação na indenização por dano moral com o dano patrimonial;

h) casos semelhantes podem servir de parâmetro para a fixação das indenizações;

i) a indenização deverá atender ao chamado prazer compensatório;

j) quando se tratar de pessoa jurídica, o dano à imagem será verificado em razão da repercussão material, por se tratar de regra de aferição de sua ocorrência;

k) meros aborrecimentos ou percalços comuns não justificam indenização por dano moral.

Sobre a importância da atividade do juiz na fixação do valor do dano moral, escreve Venosa (2004, p. 258-259):

Sempre será portentosa e sublime a atividade do juiz na fixação dos danos imateriais, mormente porque, na maioria das vezes, os danos dessa categoria não necessitam de prova. É importante que o magistrado tenha consciência dessa importância e possua formação cultural, lastro social e preparo técnico suficiente para dar uma resposta justa à sociedade. Isso somente é possível ao magistrado que exerce a judicatura por fé e não como atividade ideológica ou de mera subsistência. Embora possam ser estabelecidos padrões ou faixas indenizatórias para algumas classes de danos, a indenização por dano moral representa um estudo particular de cada vítima e de cada ofensor envolvidos, estados sociais, emocionais, culturais, psicológicos, comportamentais, traduzidos por vivências as mais diversas. Os valores arbitrados deverão ser então individuais, não podendo ser admitidos padrões de comportamento em pessoas diferentes, pois cada ser humano é um universo único. Nesse sentido, é importante que o juiz conheça o perfil cultural e social da vítima para que possa avaliar corretamente a extensão do dano. Sem o conhecimento da estrutura

psicológica dos agentes envolvidos, o simples conhecimento do fato motivador da indenização dará um parâmetro incorreto ao julgador e agravará o risco de uma sentença injusta.

Completa o Ilustre doutrinador: “De qualquer modo, em sede de indenização por danos imateriais há que se apreciar sempre a conjugação dos três fatores ora mencionados: compensação, dissuasão e punição” (VENOSA, 2004, p. 258-259).

Mencionaremos, ainda, os valores sugeridos pela doutrinadora Cianci (2003, p. 111-112), para serem fixados em casos específicos, os quais foram extraídos a partir da análise das decisões mais reiteradas na jurisprudência:

Morte – 100 a 600 salários mínimos

- Aplica-se a regra geral compensatória, apurando-se a repercussão do dano e sendo também avaliada a proximidade com a vítima, bem como a sua expectativa de vida.

Lesões corporais – 10 a 300 salários mínimos

- O valor será fixado de acordo com o grau de incapacidade da vítima. Quando resultar incapacidade total e permanente, o valor será fixado e acrescido em 50%, sem prejuízo do acréscimo devido em razão da presença do núcleo familiar, atingindo com isso os patamares jurisprudenciais definidos e colacionados neste trabalho.

- Quando resultar dano estético capaz de impor à vítima prejuízo psicológico, será devido o dano estético que merece, quando possível, reparação natural. Se o ofendido recusar a cirurgia, o valor equivalente será devido a título de reparação moral pecuniária. Se não houver prescrição cirúrgica, ou esta não for suficiente a restaurar integralmente o dano produzido, o valor será fixado em 20% sobre o valor do dano moral autônomo ou, inexistente este, de 10 a 150 salários mínimos, de acordo com a gravidade da ofensa, nos termos dos patamares jurisprudenciais.

Dano à honra (injúria, difamação e calúnia) – 20 a 300 salários mínimos

- A quantidade de publicações, a amplitude da circulação e a abrangência do veículo serão levadas em conta na opção pelos limites indenizatórios.

Dano à honra (abalo de crédito e cobrança indevida) – 20 a 200 salários mínimos

- Será levado em conta o tempo decorrido entre o fato gerador do abalo de crédito e as providências do ofensor no sentido de regularizar a situação.

- Será apurada a existência de outros fatos geradores de abalo de crédito em nome do ofendido e contemporâneos ao indigitado, na opção do valor indenizatório.

- Será verificada a repercussão objetiva, representada por fatos concretos originados pelo ato.

Descumprimento de contrato – 10 a 200 salários mínimos

- Se o descumprimento implicar risco à saúde ou à vida do ofendido, será considerado o limite máximo.

Ofensa à liberdade – 20 a 300 salários mínimos

- O valor será graduado de acordo com o tempo em que o ofendido ficou ilegalmente privado da liberdade.

Demais casos

- O valor será fixado em até no máximo 500 salários mínimos, obedecidos os critérios gerais, tendo em conta que a jurisprudência tem considerado, para o caso mais grave, que é o de morte, em média o equivalente a esse limite. (grifo do autor)

Contudo, é importante não esquecer que, caso a parte entenda que o valor arbitrado pelo juiz seja insatisfatório ou excessivo, poderá expor o seu inconformismo a uma instância superior, revisora da decisão prolatada, por força do duplo grau de jurisdição.

3.4.4 Cumulatividade da reparação por danos morais e materiais

A reparação do dano patrimonial não exclui ou substitui a indenização pelos danos morais, mesmo que ambos decorram do mesmo fato. Isso porque é preciso entender que um único fato pode gerar diversas conseqüências lesivas, tanto no patrimônio materializado do indivíduo, quanto na sua esfera extrapatrimonial de interesses, como, por exemplo, se o ato ilícito, a um só tempo, diminui a aptidão laborativa da vítima e lhe atinge a honra, fere dois distintos círculos, justificando-se a cumulação do dano material e moral.

Importante reforço à tese da cumulabilidade das indenizações por danos patrimoniais e morais foi dado pelo Código de Defesa do Consumidor, que em seu artigo 6º, inciso VI diz ser direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais coletivos e difusos, não restando dúvidas sobre a possibilidade da cumulação de indenizações por danos materiais e morais, causados ao consumidor. A conjunção aditiva “e”, ao invés da conjunção alternativa “ou”, do referido artigo 6º, inciso VI do CDC, deixa claro a possibilidade de haver tal cumulação.

Ressalte-se, ainda, que o STJ, desde o ano de 1992, quando editou a súmula 37, em consonância com a nova ordem constitucional, afirmando que “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”, vem admitindo, sem restrições, a cumulação dos danos morais e patrimoniais.

3.4.5 A questão da culpa para a fixação da indenização

A idéia que deve reger a fixação da indenização é a da restituição integral, conforme regra estampada no *caput* do artigo 944 do Código Civil Brasileiro; assim, a responsabilidade ressarcitória será integral, independentemente de que tenha o agente lesionador agido com dolo ou mesmo com culpa levíssima.

Todavia, a nova codificação civil brasileira trouxe à baila, no parágrafo único do referido dispositivo, uma inexplicável norma que limita a indenização, em função da “desproporção entre a gravidade da culpa e o dano”, autorizando o juiz a reduzir, eqüitativamente, a indenização.

A conclusão que chegamos é que o legislador quis colocar um freio na voracidade de determinadas vítimas que, sem a menor cerimônia ou constrangimento, pleiteiam cifras abusivas para ressarcir, muitas vezes, ações culposas extremamente leves.

Porém, acreditamos que a referida regra somente será aplicável em demandas calcadas na responsabilidade subjetiva (culpa), caso em que, analisando a situação concreta, o juiz poderia reduzir o *quantum* se verificar desproporção entre gravidade da culpa e o dano. Outra possibilidade de aplicação é nas hipóteses de culpa concorrente, que não excluem a responsabilidade civil, mas devem ser levadas em consideração, como determinado no artigo 945: “Art. 945. 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”.

Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 368) criticam esta nova disposição, nos seguintes termos: “Trata-se de um retrocesso paradoxal no novo sistema, uma vez que, se a tendência é a responsabilidade civil objetiva, como, após a delimitação da responsabilidade, ter-se que discutir o elemento culpa?”.

Mas, ainda subsiste a responsabilidade subjetiva, e considerando a hipótese de uma enorme indenização a ser paga por quem atuou com culpa levíssima, o parágrafo único do artigo 944 confere ao juiz o poder de agir,

eqüitativamente, e assim reduzir a indenização quando houver explícita desproporção entre o montante desta e o grau de culpa do responsável.

4 DA BANALIZAÇÃO DO DANO MORAL

4.1 Breve Histórico sobre o Reconhecimento da Indenização por Dano Moral

Como já mencionado anteriormente, durante muito tempo foi discutido se o dano exclusivamente moral, isto é, aquele sem repercussão patrimonial, deveria ser indenizado. O seu reconhecimento encontrou inúmeras resistências até a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Na época do Brasil Colonial, durante a vigência das Ordenações do Reino de Portugal, não existia regra expressa sobre o ressarcimento do dano moral, o que nos faz concluir pela sua impossibilidade naquele momento histórico. Com o advento do Código Civil de 1916, que previa de forma tímida algumas hipóteses de indenização por dano moral, passou-se às primeiras defesas sobre a possibilidade.

Ante a omissão do Código Civil de 1916, que não tratou de forma clara e ampla sobre o dano moral, grandes debates foram travados em relação à possibilidade de se obter indenização por lesão ao seu objeto, qual seja a honra, a dignidade e a integridade psicológica, haja vista que são bens incorpóreos, abstratos, aos quais é impossível se atribuir um valor exato e aritmético que os defina.

Nesses debates, existiam aqueles que defendiam e aqueles que eram contrários à possibilidade jurídica do pedido de indenização por danos morais. A doutrina nacional majoritária, acompanhando o Direito Comparado, defendia a indenização do dano moral, enquanto a jurisprudência, em descompasso, liderada pelo STF, negava essa possibilidade.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ficou estabelecido aquilo que os Tribunais e a maioria da doutrina reclamavam, acabando com a resistência existente até então, da impossibilidade da reparação do dano moral. Em seu artigo 5º, incisos V e X, foi contemplada a questão, passando a

admiti-la de forma ampla e irrestrita. Colaborando ainda mais com o direito à reparação do dano moral em seu artigo 1º, inciso III, a Constituição Federal de 1988 erigiu à categoria de fundamento do Estado Democrático de Direito, “a dignidade da pessoa humana”.

Posteriormente, foi editado o Código de Defesa do Consumidor, que também admitiu expressamente o dano moral em favor do consumidor, nos termos do seu artigo 6º, inciso VI.

No ano de 2002, depois de mais de duas décadas de tramitação, finalmente foi aprovado o Novo Código Civil Brasileiro (Lei n.º 10.406), o qual, em seu artigo 186, da mesma forma, consagrou o instituto jurídico do dano moral de maneira direta e objetiva, bem como a sua reparação no artigo 927. Destarte, reforçou ainda mais a conclusão de que, nos dias atuais, a indenização pelo dano moral pode ser manejada com mais disposição e rigor do que em tempo algum.

Assim, a reparação do dano moral integrou-se definitivamente no nosso ordenamento jurídico, colocando um ponto final sobre a sua possibilidade, sendo direito garantido a todos.

Desde a Constituição Federal de 1988, passando pelo Código de Defesa do Consumidor, e há poucos anos pelo Novo Código Civil (em vigor a partir de 2003), o instituto do dano moral vem gradativamente ganhando corpo e sendo difundido através dos diversos doutrinadores, que escrevem obras sobre o assunto, jurisprudências, artigos, publicações em meios de comunicação de massa, tais como revistas, jornais, telejornais, *sites*, etc, todos tratando do tema.

Enfim, a possibilidade da reparação do dano moral deixou de ser algo de ciência apenas daquelas pessoas diretamente ligadas ao Direito, mas também, do conhecimento de toda a sociedade de um modo geral.

4.2 A Banalização do Instituto

A banalização do dano moral consiste em desprestigiar, vulgarizar, desviar a verdadeira razão de existir do instituto.

Com a conscientização da sociedade sobre seus direitos, aliada ao grande amparo jurídico e atenção dispensados à matéria a partir do ano de 1988, vem se observando, nos últimos anos, um grande aumento de ações buscando indenizações por danos morais ou cumuladas com dano moral.

Nesse tipo de demanda observa-se que, em muitos casos, são ajuizadas ações forçosamente fundamentadas em fatos que não as justificam, deixando clara a intenção de enriquecimento fácil. Somam-se a isso, os valores exigidos, os quais não guardam proporcionalidade com o dano alegado, tendentes a ser sempre altos.

Em um país tão pobre como o nosso, com péssima distribuição de renda, onde é muito difícil o cidadão mudar de classe social, não é de se ignorar que esse tipo de demanda seja visto como um meio, senão de enriquecimento, mas de melhoria de condições de vida.

Ocorre que meros aborrecimentos, dissabores, mágoas, irritações ou mesmo sensibilidades exacerbadas estão fora da órbita do dano moral, pois este só deve ser reputado existente quando espelha uma dor intensa, um vexame, um sofrimento ou uma humilhação que foge à normalidade, interferindo no comportamento psicológico do indivíduo. Logo, não é qualquer caso que se enquadra como sendo de dano moral.

Não bastasse a imoralidade contida em uma ação que visa lucro sem causa, isso aumenta consideravelmente o número de processos em tramitação no Judiciário e, conseqüentemente, de serviço. Logo, haverá mais lentidão à solução final dos processos já em andamento, colaborando para o atual caos em que se encontra o Poder Judiciário, com Cartórios abarrotados de processos em tramitação há anos, e sem decisões definitivas.

Isso é algo preocupante, porque ao tentarem induzir em erro o juiz na busca pela vantagem indevida, acabam por banalizar, por desprestigiar um instituto tão importante e tão tardiamente reconhecido, benéfico a toda a sociedade.

4.3 Causas da Banalização do Dano Moral

Várias são as causas que contribuem para a banalização do dano moral, todavia, tentaremos falar de forma clara e resumida sobre apenas três delas, as quais entendemos ser as principais a contribuir para esse fenômeno, quais sejam: a subjetividade do juiz para constatação e valoração do dano moral, a Lei dos Juizados Especiais (Lei n.º 9.099/95) e a assistência jurídica gratuita.

4.3.1 Subjetividade do juiz

Diante da omissão da lei em fixar elementos objetivos, a dosagem e mensuração da indenização por dano moral têm caráter basicamente subjetivo, recaindo sobre os magistrados a difícil tarefa de quantificarem o valor da indenização, utilizando-se do princípio do livre convencimento do juiz, da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, conforme prevê o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro – LICC, sem deixar de lado ainda, as circunstâncias de cada caso em concreto.

Além de considerar as normas dos artigos 927 e s.s. do Código Civil, incumbe ao magistrado também, agindo com consciência e equidade para dar um tratamento justo à matéria, considerar na fixação do *quantum debeat* indenizatório os seguintes requisitos:

- a) a posição social e cultural, o estado emocional e psicológico, e o grau de escolaridade das partes;
- b) a verificação da intensidade do ânimo de ofender e de culpa;
- c) a gravidade e a repercussão da ofensa, bem como o prejuízo sofrido pela vítima;

d) a análise da situação econômica das partes, a fim de que a indenização não se torne tão elevada, que prejudique a própria subsistência do lesante, e nem sirva como fonte de enriquecimento ao lesado;

e) a teoria do desestímulo, pela qual deve ser estabelecido um valor que desestimule o autor do dano a praticar novamente aquele ato;

f) a fixação de uma quantia que possa amenizar a dor sofrida pelo ofendido;

g) os demais fatores concorrentes para a fixação do valor do dano.

Conforme já dito anteriormente, “meros aborrecimentos” não induzem o dano moral. Mas o que serão esses meros aborrecimentos? A resposta a essa pergunta é também tarefa subjetiva do juiz que, na análise do caso concreto, deverá averiguar, detidamente, quais os percalços sofridos pelo indivíduo, a situação em que se deu o ato causador do dano, as conseqüências, e ainda investigar e estudar como essa pessoa reagiu internamente àquele dano que lhe fora infligido, uma vez que há o aspecto subjetivo do dano.

Essa carga de subjetividade, infelizmente, possibilita a ocorrência de decisões injustas, proferidas de forma incriteriosa, o que contribui ainda mais para a banalização do dano moral. Possibilita ainda, a ocorrência de decisões díspares em casos semelhantes.

Às vezes, causa perplexidade ao jurisdicionado verificar uma pessoa recebendo uma indenização de valor considerável, pelo fato do nome ter sido registrado indevidamente no cadastro de inadimplentes, enquanto outra, pelo mesmo fato, ter direito a uma indenização insignificante. Os valores mudam de ser humano para ser humano; aquilo que para um juiz é gravíssimo, para outro pode não ser tão grave.

Já dissemos que a lei não estabelece ou fixa critérios previamente definidos, objetivos e claros para se apurar o valor em indenizações por dano moral. Por isso, as balizas têm sido traçadas por nossas Cortes de Justiça, em especial, pelo Superior Tribunal de Justiça, órgão responsável pela missão de uniformizar a aplicação do Direito infraconstitucional.

A título de exemplo, observamos as seguintes decisões do STJ, manifestando-se quanto à matéria:

COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. PROTESTO DE DUPLICATA PAGA NO VENCIMENTO. DANO MORAL. PESSOA JURÍDICA. ARBITRAMENTO. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

III – A indenização por dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio. Há de orientar-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso.

[...]

(4ª Turma, Resp n.º 214381/MG; Recurso Especial n.º 1999/0042195-7, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (1088), julgado em 24.08.1999, in: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=214381&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>).

PROCESSO CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – RESPONSABILIDADE CIVIL – INSCRIÇÃO INDEVIDA EM ORGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – REEXAME DE PROVAS – SÚMULA 7/STJ – DANOS MORAIS – QUANTUM – RAZOABILIDADE – DESPROVIMENTO.

[...]

3 – Como cediço, o valor da indenização sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na sua fixação, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores e, ainda, ao porte econômico dos réus, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso [...].

[...]

(4ª Turma, AgRg no Ag n.º 657289/BA; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 2005/0020642-0, Rel. Ministro Jorge Scartezini (1113), julgado em 28.11.2006, DJ 05.02.2007, p. 242, in: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=657289&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DEDUZIDA EM FACE DE AUTARQUIA FEDERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CEGUEIRA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. COMPETÊNCIA. PROMULGAÇÃO DA EC Nº 45/2004. ATRIBUIÇÃO JURISDICCIONAL DEFERIDA À JUSTIÇA DO TRABALHO. APLICAÇÃO TEMPORAL DA NOVA REGRA DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL. ART. 114, VI, DA CF. PROLAÇÃO DE SENTENÇA NA JUSTIÇA FEDERAL EM MOMENTO PRETÉRITO À PROMULGAÇÃO DA EMENDA. PERPETUATIO JURISDICTIONIS.

[...]

6. A indenização por danos morais não visa reparar a dor, a tristeza ou a humilhação sofridas pela vítima, haja vista serem valores inapreciáveis, o que não impede que se fixe um valor compensatório, com o intuito de amenizar o respectivo dano.

7. O quantum indenizatório devido a título de danos morais deve assegurar a justa reparação do prejuízo sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, além de levar em conta a capacidade econômica do réu, devendo ser arbitrado pelo juiz de maneira que a composição do dano seja proporcional à ofensa, calcada nos critérios da exemplaridade e da solidariedade.

[...]

(1ª Turma, Resp n.º 685025/SC; Recurso Especial n.º 2004/0129437-9, Rel. Ministro Luiz Fux (1122), julgado em 07.12.2006, DJ 05.02.2007, p. 201, in: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=685025&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>).

Exemplos de decisões de Tribunais estaduais sobre a matéria em questão:

DANO MORAL – Banco de dados – Restrição indevida de nome junto aos cadastros de proteção ao crédito – Recurso adesivo do autor – Pretensão de majoração do “quantum” indenizatório fixado – Descabimento, eis que a fixação do gravame moral deve atender aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como atingir aos fins a que se destinam, quais sejam, a satisfação na justa medida do abalo sofrido, sem enriquecimento sem causa e apto a produzir, no causador do mal, impacto o bastante para dissuadi-lo de reincidir no erro – Sentença que se subsume a estes regramentos – Majoração descabida – Decisão mantida – Recurso adesivo desprovido (TJSP, 24ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível n.º 1.076.289-7, Franca, Rel. Desembargador Walter Fonseca, julgada em 14.12.06, M.V., Voto n.º 1.142, in:<http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br/acervo/principal.nsf/Result_Juris?OpenForm&ID=428074&FORM=Alt_Juris>).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – SERVIÇO DE TELEFONIA – NEGLIGÊNCIA DA EMPRESA – DANO MORAL – DEVER DE INDENIZAR – QUANTUM INDENIZATÓRIO – MANUTENÇÃO – SALÁRIO MÍNIMO – CRITÉRIO DE FIXAÇÃO DA VERBA – VEDAÇÃO – ERRO MATERIAL – CORREÇÃO EX OFÍCIO. É caracterizada a negligência da empresa de telefonia, quando comprovado que esta não determinou que seus agentes procedessem à conferência dos dados cadastrados por ocasião da solicitação da linha telefônica, no momento da instalação, o que poderia ter evitado a indevida inclusão do nome do consumidor nos serviços de proteção ao crédito. Em casos de inscrição indevida nos cadastros de inadimplentes, prescinde o ofendido de maiores demonstrações da existência do dano. Não existem critérios para fixação do quantum indenizatório que satisfaça o dano moral. Deve o julgador, observados os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, atentar sempre para as circunstâncias fáticas, a gravidade objetiva do dano, seu efeito lesivo, as condições sociais e econômicas da vítima e do ofensor, de forma que não possibilite enriquecimento sem causa do ofendido, mas que vise a inibir o ofensor à prática de futuras ofensas, atendendo à teoria do desestímulo. O salário mínimo não pode ser adotado como critério para fixação da verba indenizatória, de forma que constando da sentença aludido erro material, cumpre à instância revisora saná-lo “ex ofício” (TJMG, Apelação Cível n.º 1.0024.05.848953-5/001, Comarca de Belo Horizonte, Rel. Desembargador Afrânio Vilela, julgada em 21.03.2007, publicação em 11.04.2007, in: <

Como se vê, os Tribunais sugerem apenas fatores para serem considerados quando da fixação do *quantum*. É lógico que, se o magistrado fizer uma pesquisa detalhada em decisões do Superior Tribunal de Justiça, verificará quais os parâmetros adotados sobre determinado caso, o que poderá auxiliá-lo.

Vejamos alguns valores, que normalmente prevalecem no STJ:

- inscrição indevida na Serasa – 50 salários mínimos;
- exoneração indevida – 50 salários mínimos;
- inscrição indevida em cadastro restritivo ou devolução indevida de cheques e situações similares – 50 salários mínimos;
- manutenção do nome de consumidor em cadastro de inadimplentes após quitação de débito – 15 salários mínimos;
- entrega indevida de talonários de cheques a falsário – 150 salários mínimos;
- devolução indevida de cheque – 50 salários mínimos;
- falha na entrega de conta telefônica com inclusão de cliente em órgão de restrição ao crédito – 10 salários mínimos;
- doméstica injustamente acusada de furto em supermercado – 25 salários mínimos;
- extravio de bagagem – 50 salários mínimos;
- vítimas fatais de acidente aéreo – 500 salários mínimos;
- atropelamento com culpa concorrente – 100 salários mínimos;
- detenção indevida, efetuada por lojista, por suspeita de furto – 300 salários mínimos;
- perda precoce de filho em razão de acidente com transporte urbano – 500 salários mínimos;
- tetraplegia resultante de queda em supermercado – 1000 salários mínimos;
- notícia ofensiva à honra de magistrada – 100 salários mínimos;
- várias publicações ofensivas a um ex-candidato à presidência – 101 salários mínimos;
- matéria injuriosa publicada por rede nacional de televisão contra modelo – 500 salários mínimos;
- ofensa veiculada na imprensa – 400 salários mínimos;
- publicação de foto vexatória e não autorização de atriz – R\$ 50.000,00 (PINHO e MILICIO, 2007, in: <<http://www.conjur.estadao.com.br/static/text/53979,1>>).

Mas, tudo isso não retira o caráter subjetivo dessas decisões, tratando-se de uma tarefa complexa e árdua, que exige do magistrado preparo técnico e cultural para fixar uma quantia, a mais justa possível.

O magistrado que é por excelência o executivo da norma, passou a personalizá-la.

Todo esse subjetivismo, aliado ao fato de que o magistrado, como qualquer pessoa, pode errar, é que permite o surgimento da possibilidade de se ter uma decisão favorável, fixando um valor milionário a título de dano moral,

estimulando que pessoas se arrisquem nessas “loterias jurídicas”, com a intenção apenas de auferir lucro.

Evidente que a banalização do instituto do dano moral repousa na leviandade do que é requerido e no acolhimento da pretensão, que, em muitos casos, é inconsistente.

Justamente por essas razões, nossos Tribunais vem se mostrando rígidos na fixação da verba reparatória, como instrumento de preservação do instituto.

Corroborando com o que dissemos, cabe a nós fazer referência à orientação prolatada pelo STJ:

DIREITO CIVIL. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. VALOR. FIXAÇÃO. ENUNCIADO NUM. 7 DA SUMULA/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

I – É de repudiar-se a pretensão dos que postulam exorbitâncias inadmissíveis com arrimo no dano moral, que não tem por escopo favorecer o enriquecimento indevido.

[...]

(4ª Turma, AgRg no Ag n.º 108923/SP; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 1996/0026531-3, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 24.09.1996, DJ 29.10.1996, p. 41666, in: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=108923&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>).

Por vezes, vemos Tribunais estaduais manifestando-se também no sentido de preservar o instituto do dano moral: “DANO MORAL [...] – O montante, contudo, não pode constituir fonte de enriquecimento a banalizar o instituto – [...]” (TJSP, 1ª Câmara de Direito Público, Apelação n.º 403.524-5/8, Mogi das Cruzes, Rel. Renato Nalini, julgada em 12.09.06, V.U., Voto n.º 12.044, in: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br/acervo/principal.nsf/Result_Juris?OpenForm&ID=415329&FORM=Alt_Juris>).

Em casos assim, além da total improcedência da ação, deveria o juiz submeter o autor da demanda judicial aos efeitos da litigância de má-fé, o que serviria, concomitantemente, como indenização à parte requerida e punição ao requerente, por mover a máquina judiciária injustificadamente.

4.3.2 Lei dos Juizados Especiais (Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995)

Atendendo ao mandamento constitucional, no ano de 1995 foi editada a Lei n.º 9.099, especificamente em 26 de setembro, disciplinando a criação e a instalação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais de âmbito estadual.

A finalidade dos Juizados Especiais é o processamento e o julgamento de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo.

Mas, para efeito deste trabalho, o que nos interessa da referida lei é a parte que trata dos Juizados Especiais Cíveis, mais precisamente um de seus princípios, qual seja, o *princípio da gratuidade no primeiro grau de jurisdição*, isso porque ele possui algumas características que entendemos contribuir para o aumento de ações totalmente infundadas, buscando indenização por dano moral.

O artigo 2º da Lei n.º 9.099/95 indica os princípios que norteiam o sistema dos Juizados Especiais Cíveis, os quais visam facultar o amplo acesso ao Judiciário, a conciliação entre as partes, e a solução da lide o mais rápido possível, que são os objetivos da própria lei citada: princípio da oralidade, da simplicidade, da informalidade, da economia processual e da celeridade, todos indicados de forma explícita.

Vejamos, *ipsis literis*, o conteúdo do referido dispositivo: “Art. 2.º. O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”.

O artigo 54 da referida lei inclui mais um princípio de relevante importância a ser observado, para se atingir os fins almejados pela lei, o da gratuidade no primeiro grau de jurisdição, que, como já nos referimos, será o centro de nossa atenção no estudo da referida lei.

Já o artigo 3º, também da mesma lei, fixa a competência do Juizado Especial Cível, indicando o que a lei considera como causas de menor potencial ofensivo, ou seja, causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo e

as enumeradas no artigo 275, inciso II do Código de Processo Civil, sendo que estas últimas também não deverão ultrapassar o valor de quarenta salários mínimos, conforme entendimento doutrinário de Chimenti (1999, p. 21):

Creio que a interpretação sistemática da Lei n. 9099/95, em especial a análise conjunta dos seus arts. 3º (§ 3º), 15 e 39, autoriza a conclusão de que a sentença condenatória, mesmo nas hipóteses do inciso II do art. 275 do CPC, será ineficaz na parte que superar a alçada do sistema especial (v. itens 39.1 e 39.4).

Observa-se que, nos termos do artigo 9º da referida lei, em causas cujo valor não ultrapasse a quantia correspondente a vinte salários mínimos, a assistência das partes por advogado é facultativa e não compulsória, regra que prevê o inciso I, do artigo 1º da Lei n.º 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB), que diz que a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos Juizados Especiais deverá ser privativa de quem exerce a advocacia, ou seja, neste caso específico, não há necessidade do *jus postulandi*.

Embora existindo todos aqueles princípios já mencionados e sendo eles de igual importância a orientar os Juizados Especiais Cíveis, trataremos apenas do princípio da gratuidade no primeiro grau de jurisdição, essencial para o nosso trabalho.

Pois bem, por este princípio, desde a propositura da ação até o julgamento pelo juiz de primeiro grau, em regra, as partes estão dispensadas do pagamento de custas, taxas ou despesas processuais. Nestes termos, é o conteúdo do artigo 54 da Lei n.º 9.099/95: “Art. 54. O acesso ao Juizado Especial independe, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas e despesas”. Contudo, caso a parte queira recorrer da decisão do juiz singular, salvo nos casos de assistência judiciária gratuita, deverá recolher as custas (no percentual de dois por cento do valor da causa), taxa de porte e remessa, e o mais que for necessário.

Porém, mesmo em primeiro grau de jurisdição, nos termos do artigo 55 da lei supracitada, o princípio da gratuidade no primeiro grau de jurisdição não será observado quando se verificar litigância de má-fé: “Art. 55. A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogados, ressalvados os casos de litigância de má-fé [...]”.

O que seria, então, a litigância de má-fé? Verifica-se a litigância de má-fé, toda vez que uma pessoa deduz pretensão em juízo ou defesa em processo judicial contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, que alterar a verdade dos fatos, que usar do processo para conseguir objetivo ilegal, que interpor recurso meramente protelatório, etc. Deve aquele que assim agir, responder por perdas e danos, nos termos do artigo 16 do Código de Processo Civil: “Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente”.

Da análise do artigo 51, parágrafo 2º, verifica-se mais uma exceção, que poderá ocorrer ao princípio da gratuidade no primeiro grau de jurisdição, ocasionada também pela conduta da parte. Nos casos de extinção do processo, em razão da ausência do autor devidamente intimado a qualquer das audiências do processo, a lei determina que ele pague as custas processuais, caso não comprove justo motivo para a sua falta.

Outra característica do princípio em estudo é a faculdade de assistência das partes por advogado em causas de valor até vinte salários mínimos, conforme já mencionado anteriormente. Todavia, se a complexidade da causa o exigir, o juiz alertará as partes da conveniência do auxílio de um advogado.

Ainda sobre a assistência advocatícia, uma observação que deve ser feita é que, em caso de recurso, qualquer que seja o valor da ação, as partes obrigatoriamente deverão estar representadas por advogado.

No entanto, entendemos que o princípio da gratuidade no primeiro grau de jurisdição, juntamente com a sua função nobre de facilitar o acesso da população ao Judiciário, em especial daquelas pessoas de classes menos abastadas, contribuiu para este aumento de ações de indenização por danos morais fundadas em casos que não o caracterizam e que comumente vemos hoje.

A explicação para o que afirmamos é bem simples. O fato do autor da demanda não ter nenhuma custa em primeiro grau de jurisdição faz com que ele conclua que não terá nada a perder, prejuízo algum, caso a sua ação seja julgada improcedente, isso porque o juiz não poderá condená-lo em custas e honorários advocatícios da parte contrária, salvo em havendo condenação por litigância de má-fé, o que não acontece com muita freqüência. Assim sendo, dá-se ao luxo de

arriscar-se em uma ação com grande chance de perder, visto que fundamentada em fatos que não ensejam danos morais.

Com relação aos honorários advocatícios, é notória, nesse tipo de demanda, a existência dos contratos vulgarmente chamados de “contrato de risco”. O autor da ação e o advogado acordam que somente serão devidos honorários advocatícios, caso seja positivo o resultado da demanda; normalmente se fixa uma porcentagem não superior a trinta por cento sobre o valor da condenação, a título de honorários advocatícios, pois estes nunca poderão ser superiores ao proveito financeiro do cliente.

Creemos que, com o que foi dito, concluímos o nosso raciocínio e podemos passar para o próximo subtítulo.

4.3.3 Assistência jurídica gratuita

Primeiramente, cumpre-nos fazer uma diferenciação entre os termos assistência judiciária e assistência jurídica. Embora possam parecer sinônimos, verifica-se que a própria Constituição Federal tratou de diferenciá-los, uma vez que a garantia constitucional recai sobre a assistência jurídica, enquanto a Lei n.º 1.060/50 refere-se à assistência judiciária. A simples interpretação dos termos demonstra a abrangência de um sobre o outro, eis que a assistência judiciária refere-se ao Poder Judiciário, portanto, aos atos praticados após a propositura da ação, ou seja, o direito já se encontra na esfera processual. Diferentemente, a assistência jurídica é mais abrangente, pois engloba tanto a assistência judiciária como a pré-judiciária, isto é, todo o direito e não apenas o processual.

Assistência jurídica gratuita é o benefício concedido pelo Estado ao litigante que não dispõe de recursos financeiros para arcar com as taxas, custas e despesas judiciais e extrajudiciais, bem como honorários advocatícios. Corroborando com esse entendimento, é o conceito trazido por Campo (2002, p. 54-55):

[...] denomina-se assistência jurídica gratuita o auxílio que o Estado oferece – agora obrigatoriamente – aos que se encontram desprovidos de recursos financeiros, dispensando os mesmos do pagamento das custas e das despesas judiciais e extrajudiciais, bem como dos honorários advocatícios de seu patrono e/ou consultor jurídico, quer tenha este atuado em juízo ou não, isto é, judicial ou extrajudicialmente, ficando ainda suspensa a exigibilidade do ônus da sucumbência, quando tenha perdido a demanda o favorecido, até que cesse o seu estado de necessidade e enquanto a prescrição não se operar (arts. 11, § 2º, 12 e 13 da Lei da Assistência Judiciária Gratuita).

Concedido o benefício, a parte ficará isenta de todas essas despesas. Aliás, é o mandamento constitucional do artigo 5º, inciso LXXIV, ao dispor que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de fundos”. Norma constitucional que, sem dúvida, contribui sobremaneira para o acesso da população ao Judiciário, colaborando ainda, para a atuação do princípio da igualdade, ao facilitar o alcance de classes menos abastadas ao Judiciário, para fazer valer os seus direitos.

A Lei n.º 1.060, de 05 de fevereiro de 1950, é o diploma legal que estabelece as normas para a concessão da assistência judiciária aos necessitados.

Nos termos do artigo 2º desta lei, fará *jus* ao benefício “todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”. Segundo Vidigal (2000, p. 13-14):

Prejuízo para o sustento próprio ao da família sucederá quando suportar o custo do processo vier a impedir que o interessado tenha acesso à necessidade vital básica indicada no inciso IV, do art. 7º, da Constituição Federal (moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência).

Há muito tempo a idéia de necessitado foi ampliada, de modo que, nos dias atuais, não mais abrange somente a parte miserável da população, mas também, aquelas camadas economicamente mais fracas, não se confundindo com estado de insuficiência absoluta. O que se constata é que não há um critério bem definido para a concessão do benefício.

Uma observação a ser feita é: caso o beneficiário perca a condição de necessitado, esses benefícios poderão ser cassados e, conseqüentemente, obrigado a pagar as despesas; essa é a compreensão dos artigos 11, parágrafo 2º; 12 e 13 da Lei da Assistência Judiciária (Lei n.º 1.060/50).

Tal como ocorre no caso da Lei n.º 9.099/95, entendemos que aquele indivíduo, com possibilidade de receber os benefícios da assistência jurídica gratuita, se sentirá encorajado em ajuizar uma demanda, embora infundada, buscando indenização por dano moral, vez que na pior das hipóteses, não terá custo algum.

5 CONCLUSÃO

O nosso ordenamento jurídico adota, como regra, a responsabilidade subjetiva, ao exigir culpa do agente, como se observa do artigo 186 do Código Civil. No entanto, há previsão da responsabilidade objetiva baseada nas teorias do risco e do dano objetivo, conforme regra dos artigos 927, parágrafo único, 933, 936, 937 e 938 do Código Civil, bem como do Código de Defesa do Consumidor.

Os elementos essenciais da responsabilidade civil são: ação ou omissão, culpa, nexo causal e dano, todos extraídos da análise do artigo 186 do Código Civil. É de observar que para a responsabilidade objetiva, o elemento culpa é dispensável.

O dano material e o dano moral são institutos diversos, uma vez que este é caracterizado pela lesão a interesses não-patrimoniais.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 acabou a resistência existente até então, da possibilidade da reparação dos danos morais, uma vez que em seu artigo 5º, incisos V e X, foi expressamente acolhido o instituto.

A indenização pelo dano moral tem a finalidade de buscar restaurar a dignidade da vítima, amenizar a sua dor, compensando a lesão por meio de um valor pecuniário, isso porque, na maioria das vezes, é impossível obter a reparação *in natura*. Ao lado da função compensatória, ela possui também, caráter punitivo, funcionando como desestímulo à prática de novos ilícitos e deixando público que condutas semelhantes não serão toleradas.

Se do dano moral ocasionar reflexos de natureza material, a indenização será do dano patrimonial decorrente da lesão à esfera moral da vítima e não somente do dano moral propriamente dito. Atualmente, é pacífico que são cumuláveis as indenizações por dano moral e por dano material provenientes do mesmo fato, tendo a súmula 37 do STJ colocado fim a qualquer dúvida com relação ao assunto, com o que contribuiu também o artigo 6º, inciso VI do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90).

No Brasil, é do juiz a competência para, subjetivamente, fixar o valor da indenização do dano moral, face à inexistência de leis ou parâmetros legais. Trata-se de uma tarefa difícil, que exige do magistrado preparo técnico, formação cultural, consciência e noção de equidade, suficientes para dar uma resposta justa à sociedade. Deverão ainda ser utilizados, a analogia, os costumes, os princípios gerais do direito, bem como ser levadas em conta as circunstâncias de cada caso em concreto, o grau de culpa, a condição social da vítima e do ofensor, os padecimentos causados à vítima, etc.

Nos últimos anos, observa-se uma ampliação do número de ações buscando indenizações por danos morais, ocorrência que talvez esteja ligada ao grande amparo jurídico e atenção dispensada à matéria a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Ocorre que uma parte considerável dessas ações é baseada em situações que não caracterizam o dano moral.

Considerando o aumento desse tipo de demanda nos últimos anos e os valores atribuídos a elas – em grande número, valores demasiadamente altos, que não fazem correspondência alguma em matéria de proporcionalidade com o dano alegado – chega-se, em muitos casos, sem sombra de dúvida, à conclusão de que, por trás, existe um grande interesse econômico por parte de quem as promove, não só pelo autor, mas também, por advogados ávidos em tirar a grande sorte nessas verdadeiras “loterias jurídicas”.

É algo muito preocupante a banalização de um instituto tão importante e tão tardiamente reconhecido, benéfico a todos os cidadãos, por assegurar a reparação de danos causados a bens incorpóreos.

Em outras épocas, alguém que tivesse, de qualquer forma, abalada a sua honra, moral e dignidade, certamente manifestaria apenas um intenso sentimento de tristeza e injustiça, não vislumbrando a possibilidade de obter lucro algum. Hoje, no entanto, já não é bem assim, uma vez que, em certas situações, aqueles sentimentos ruins, não apenas são amenizados, mas substituídos pela expectativa de auferir algum lucro. Não é exagero dizer que os sentimentos de tristeza e injustiça foram substituídos pelo senso de felicidade.

Dentre as várias causas da banalização do dano moral, três delas merecem destaque: a subjetividade do juiz, a Lei dos Juizados Especiais (Lei n.º 9.099/95) e a assistência jurídica gratuita.

A subjetividade do juiz contribui para a banalização, por permitir decisões diferentes em casos semelhantes. O juiz, antes de tudo, é um ser humano, passível de erros e falhas, embora sabendo os caminhos pelos quais deva trilhar para julgar e fixar um valor justo. Dessa forma é que se torna possível obtermos uma decisão favorável, onde seja fixado um valor acima do razoável para aquele determinado caso, o que, sem dúvida, estimula certas pessoas a se arriscarem nessas “loterias jurídicas”.

Com relação à Lei n.º 9.099/95, nas ações sob o seu rito, em função de um de seus princípios (princípio da gratuidade no primeiro grau de jurisdição), não haverá nenhuma custa em primeiro grau de jurisdição, o que certamente estimula o ajuizamento dessas ações infundadas, pois o autor não terá nada a perder caso sua demanda seja julgada improcedente, ressalvado se condenado em litigância de má-fé.

Na assistência jurídica gratuita, benefício concedido ao demandante declarado necessitado nos termos da lei, a situação não é muito diferente, uma vez que esta, quando concedida, isenta a parte das custas com a demanda, o que também encorajará a interposição de ação buscando uma indenização indevida, porque prejuízo nenhum poderá sofrer se a ação vier a ser julgada improcedente.

Por fim, gostaríamos de mencionar que são preocupantes os critérios de valoração do dano moral, para satisfação compensatória da pessoa lesada. Isso porque a dor, as angústias, assim como todo e qualquer sentimento com repercussão negativa à personalidade de alguém, são lesões difíceis de se atingir um valor exato para a sua reparação. Soma-se a essa particularidade do dano moral, o fato de a legislação pátria ser omissa quanto a regras objetivas para a fixação do *quantum*.

Não é viável que sejam fixados pela lei valores máximos e mínimos para a compensação do dano moral, mas a norma jurídica deveria, sim, indicar critérios objetivos ou bases que oferecessem ao magistrado margens de avaliação judicial, para uma reparação eqüitativa. Se assim fosse, por certo se diminuiria

extraordinariamente a ocorrência de diferenças em decisões sobre casos semelhantes; as decisões seriam mais justas e o instituto não estaria tão vulgarizado.

BIBLIOGRAFIA

BENASSE, Paulo Roberto. **A Personalidade, os Danos Morais e a sua Liquidação de Forma Múltipla**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRASIL. **Código Civil, Código Comercial, Código de Processo Civil e Constituição Federal**. Colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Turma, 1. **Recurso Especial** n.º 685025/SC; Recurso Especial n.º 2004/0129437-9. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 07 de dezembro de 2006, DJ 05 de fevereiro de 2007, p. 201. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=685025&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 21 ago. 2007.

_____. Turma, 4. **Agravo Regimental no Agravo** n.º 108923/SP; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 1996/0026531-3. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, DF, 24 de setembro de 1996, DJ 29 de outubro de 1996, p. 41666. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=108923&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 21 ago. 2007.

_____. **Agravo Regimental no Agravo** n.º 657289/BA; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 2005/0020642-0. Relator: Ministro Jorge Scartezzini. Brasília, DF, 28 de novembro de 2006, DJ 05 de fevereiro de 2007, p. 242. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=657289&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 21 ago. 2007.

_____. **Recurso Especial** n.º 214381/MG; Recurso Especial n.º 1999/00421 95-7. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, DF, 24 de agosto de 1999. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=214381&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 21 ago. 2007.

CAMPO, Hélio Márcio. **Assistência Jurídica Gratuita: assistência judiciária e gratuidade judiciária**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CIANCI, Mirna. **O Valor da Reparação Moral**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DELGADO, Rodrigo Mendes. **O Valor do Dano Moral**: como chegar até ele: teoria e prática. Leme, SP: JH Mizuno, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. VII, 669 p.

FERREIRA, Rogério Campos. Indenização por dano moral: fixação do quantum debeat. **Boletim Jurídico**, Uberaba, MG, ano 4, n. 155, dez. 2005. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=962>>. Acesso em: 21 ago. 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. III, 378 p.

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

_____. _____. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano Moral**: problemática: do cabimento à fixação do *quantum*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação cível** n.º 1.0024.05.848953-5/001, Comarca de Belo Horizonte. Relator: Desembargador Afrânio Vilela. Belo Horizonte, MG, 21 de março de 2007, publicação em 11 de abril de 2007. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0024&ano=5&numeroProcesso=848953&complemento=001&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=>>. Acesso em: 21 ago. 2007.

PINHO, Débora; MILICIO, Gláucia. Preço Moral. Juízes fixam indenizações maiores para danos menores. **Consultor Jurídico**, São Paulo, mar. 2007. Disponível em: <<http://www.conjur.estadao.com.br/static/text/53979,1>>. Acesso em: 24 mar. 2007.

PINTO, Eduardo Viana. **Responsabilidade Civil**. Porto Alegre: Síntese, 2003.

REIS, Clayton. **Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. IV, 274 p.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1ª Câmara de Direito Público. **Apelação** n.º 403.524-5/8, Mogi das Cruzes. Relator: Desembargador Renato Nalini. São Paulo, SP, 12 de setembro de 2006, V.U., Voto n.º 12.044. Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br/acervo/principal.nsf/Result_Juris?OpenForm&ID=415329&FORM=Alt_Juris>. Acesso em: 21 ago. 2007.

_____. _____. 24ª Câmara de Direito Privado. **Apelação cível** n.º 1.076.289-7, Franca. Relator: Desembargador Walter Fonseca. São Paulo, SP, 14 de dezembro de 2006, M.V., Voto n.º 1.142. Disponível em: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br/acervo/principal.nsf/Result_Juris?OpenForm&ID=428074&FORM=Alt_Juris>. Acesso em: 21 ago. 2007.

SILVA, Américo Luís Martins da. **O Dano Moral e a sua Reparação Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. IV, 295 p.

VIDIGAL, Maurício. **Lei de Assistência Judiciária Interpretada**: Lei n. 1.060, de 5-2-1950. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.