

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ALAN ENGELBERT

**DANO MORAL: UM ENSAIO ACERCA DA PROBLEMÁTICA DO
ARBITRAMENTO JUDICIAL DO SEU VALOR INDENIZATÓRIO NO
ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA**

**Florianópolis,
2014**

ALAN ENGELBERT

DANO MORAL: UM ENSAIO ACERCA DA PROBLEMÁTICA DO
ARBITRAMENTO JUDICIAL DO SEU VALOR INDENIZATÓRIO NO ÂMBITO
DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

Monografia apresentada ao Curso de
Graduação em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina, como requisito
essencial à aquisição do título de bacharel
em Direito.

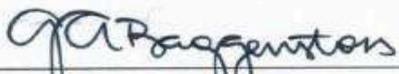
Orientadora: Prof.^a Dr.^a Grazielly
Alessandra Baggenstoss

Florianópolis,
2014

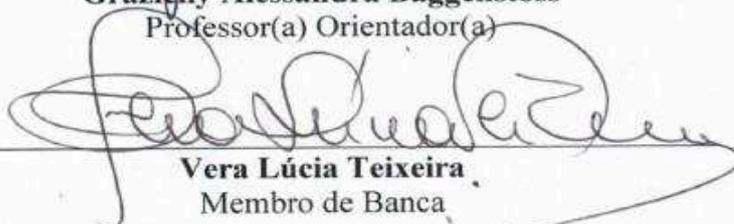
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Dano moral: um ensaio acerca da problemática do arbitramento judicial do seu valor indenizatório no âmbito da responsabilidade civil subjetiva**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Alan Engelbert**, defendido em **08/12/2014** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 8 de Dezembro de 2014



Grazielly Alessandra Baggenstoss
Professor(a) Orientador(a)



Vera Lúcia Teixeira
Membro de Banca



Eduardo Luiz Venturin
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, a quem devo minha gratidão, para muito além do bem e do mal, tanto pelos ensinamentos e valores transmitidos no decorrer dos anos, que serviram de substrato à formação de minha essência e ao desenvolvimento dos atributos de minha personalidade, quanto pelo apoio incondicional dispensado quando da travessia das intempéries de minha vida, dando-me a assistência necessária para superar as adversidades e enveredar rumo à consecução dos meus objetivos.

Aos meus irmãos, cujo amparo nos momentos de dificuldade jamais será denegado, tendo o meu suporte para tudo aquilo que vir a carecer-lhes e em todas as ocasiões clamadas, mesmo que óbices supervenientes, mercê dos caprichos do destino, distanciem-nos física e/ou emocionalmente.

À minha avó materna, pela constante preocupação, por ser uma fonte inesgotável de ternura e por fazer as vezes de uma segunda mãe, assim como aos demais parentes consanguíneos e afins que contribuíram cada qual à sua maneira para o meu amadurecimento pessoal.

Aos meus amigos, pelas alegrias e amarguras compartilhadas ao longo dos anos, bem assim pela compreensão de minhas reiteradas, mas justificadas, ausências no período de realização desta monografia.

À juíza de direito de segundo grau Cláudia Lambert de Faria, pela oportunidade que me foi concedida, por ter depositado inteira confiança em meu trabalho, pelos ensinamentos jurídicos e pelas preciosas lições de bom senso transmitidos nos memoráveis diálogos das tardes de estágio, os quais hei de levar para o restante de minha vida pessoal e profissional.

Aos demais membros do gabinete da Câmara Civil Especial do qual pude fazer parte durante a graduação, a quem externo minha admiração não apenas pela competência profissional que lhes singulariza, como também pela experiência jurídica ímpar que me proporcionaram nos anos de estágio.

Por fim, mas não menos relevante, à professora Dra. Grazielly Alessandra Baggenstoss, por ter viabilizado o desfecho de uma etapa significativa em minha vida,

dispondo-se a orientar o presente trabalho de conclusão de curso, indicando-me importantes leituras e dedicando parte de seu tempo para a resolução de minhas dúvidas, a despeito de estar sobrecarregada de tarefas tanto na graduação como no Escritório Modelo de Assistência Jurídica.

"Às vezes tenho idéias felizes,
Idéias subitamente felizes, em idéias
E nas palavras em que naturalmente se
despegam...
Depois de escrever, leio...
Por que escrevi isto?
Onde fui buscar isto?
De onde me veio isto? Isto é melhor do que
eu...
Seremos nós neste mundo apenas canetas
com tinta
Com que alguém escreve a valer o que nós
aqui traçamos?"

Álvaro de Campos, Poemas.

A aprovação desta monografia não significará o endosso do conteúdo por parte da Orientadora, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

A Constituição de 1988 trouxe verdadeiras inovações para o ordenamento jurídico brasileiro, sendo uma das mais relevantes para a responsabilidade civil o estabelecimento da ampla reparabilidade do dano moral. Ocorre que, desde então, o arbitramento judicial do valor da indenização a título de dano moral se tornou questão não apenas controversa como também cinzenta para a comunidade jurídica em virtude da ausência de regulamentação normativa a respeito dos critérios necessários para a estimação da quantia indenizatória. Por essa razão, especialmente no campo da responsabilidade civil subjetiva, as decisões proferidas pelo Poder Judiciário vêm causando enorme insegurança jurídica para os jurisdicionados, seja pelo excessivo voluntarismo judicial em matéria de mensuração das indenizações, seja pelas constantes divergências jurisprudenciais no que diz respeito ao *quantum debeat* das condenações aplicadas à guisa de dano moral. O presente trabalho monográfico, com efeito, propor-se-á a analisar os principais aspectos da problemática que gravita em torno do arbitramento da indenização por dano moral no âmbito da responsabilidade civil subjetiva. Para tanto, discorrer-se-á sobre os principais aspectos da responsabilidade civil e, mais especificamente, da responsabilidade civil subjetiva, para, finalmente, delinear os contornos gerais do dano moral e demonstrar por meio de casos práticos as inconsistências proporcionadas pelo arbitramento judicial do seu valor indenizatório.

Palavras-chave: Direito Civil, responsabilidade civil subjetiva, dano moral, problemática indenizatória, ausência de critérios legais, voluntarismo judicial, divergência jurisprudencial, insegurança jurídica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO 1 - RESPONSABILIDADE JURÍDICO-CIVIL	12
1.1. Conceito e natureza jurídica.....	12
1.2. Evolução histórica.....	14
1.3. Fundamentos da responsabilidade civil.....	20
1.4. Funções da responsabilidade civil.....	24
1.4.1. Função reparatória.....	25
1.4.2. Função sancionatória.....	26
1.4.3. Função preventiva.....	27
1.5. Classificações comuns à responsabilidade jurídica.....	28
1.5.1. Responsabilidade civil e penal.....	29
1.5.2. Responsabilidade subjetiva e objetiva.....	31
1.5.3. Responsabilidade contratual e extracontratual.....	36
CAPÍTULO 2 - RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA	41
2.1. Pressupostos fundamentais.....	41
2.1.1. Conduta humana culposa.....	41
2.1.2. Nexo de causalidade.....	48
2.2.1.1. Concausas.....	56
2.2.1.2. Causas de isenção da responsabilidade.....	57
2.1.3. Dano.....	64
CAPÍTULO 3 - DANO MORAL: UM ENSAIO ACERCA DA PROBLEMÁTICA DO ARBITRAMENTO JUDICIAL DO SEU VALOR INDENIZATÓRIO NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA	68
3.1. Noções gerais a respeito do chamado "dano moral".....	68
3.2. A problemática em torno do arbitramento judicial da indenização por dano moral na responsabilidade civil subjetiva.....	76
CONSIDERAÇÕES FINAIS	87
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS	89

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe verdadeiras inovações para o ordenamento jurídico brasileiro, dentre as quais o estabelecimento da ampla reparabilidade do dano moral, nos incisos V e X do artigo 5º, situa-se como uma das mais relevantes para a responsabilidade civil.

Ocorre que, desde a promulgação da Constituição Cidadã, um simples motivo levou ao surgimento de inúmeras discussões na doutrina e jurisprudência a respeito do arbitramento judicial da quantia indenizatória, qual seja, a inexistência de critérios legais suficientemente hábeis a auxiliar o magistrado na árdua tarefa de mensurar o valor da indenização a ser arbitrada à guisa de dano moral.

Em razão disso, o arbitramento das indenizações por dano moral vem tornando-se questão não apenas cinzenta para a comunidade jurídica como também prejudicial para a sociedade como um todo. Isso porque, em virtude da ausência de regulamentação legal específica acerca dos critérios necessários para a quantificação do valor da indenização, tal modalidade liquidatória proporciona excessivo voluntarismo judicial no que diz respeito à estimação do *quantum debeatur* das condenações por dano moral, causando graves descompassos jurisprudenciais e enorme insegurança jurídica para os jurisdicionados. Pior: no âmbito da responsabilidade civil subjetiva, cuja presença do elemento culpa é essencial para a configuração do dever de indenizar, os magistrados vêm cada vez mais se utilizando de critérios ilegítimos para a mensuração do valor atribuído a título de dano moral, desvirtuando, dessa forma, a finalidade primacial da responsabilidade civil, qual seja, a reparação dos danos.

À vista desse motivos, o presente trabalho monográfico se propõe a analisar os principais aspectos da problemática que gravita em torno do arbitramento das indenizações à guisa de dano moral no âmbito da responsabilidade civil subjetiva, apresentando como problema o seguinte questionamento: diante do atual cenário da responsabilidade civil subjetiva, marcado principalmente pela ausência de regulamentação normativa e pelos constantes descompassos entre os valores das condenações, a instituição de critérios legais teria o condão de reduzir a insegurança jurídica em matéria de estimação da quantia

indenizatória e de impedir o enriquecimento sem causa provocado pelo desvirtuamento da finalidade compensatória da indenização por dano moral?

É importante assinalar que esta monografia será realizada com base no método indutivo, mesclando-se o procedimento de análise bibliográfica com o exame de casos práticos, sendo sua redação inteiramente balizada pelas disposições da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT)¹.

No primeiro capítulo, far-se-á um apanhado geral sobre a responsabilidade jurídico-civil, abordando-se aspectos tidos como essenciais à esmerada compreensão da temática, tais como o conceito, a natureza jurídica, a evolução histórica, os fundamentos, as funções e as principais classificações do instituto.

No segundo capítulo, voltar-se-á o centro das atenções à responsabilidade civil subjetiva, com vistas a explicitar detalhadamente as especificidades dos seus três pressupostos fundamentais, quais sejam, a conduta humana culposa, o nexo de causalidade e o dano.

O terceiro capítulo, por sua vez, destinar-se-á especificamente ao estudo do dano moral e à análise prática da problemática existente em torno do arbitramento de seu montante indenizatório por parte dos juízos e Tribunais brasileiros no campo da responsabilidade civil subjetiva.

¹ Nota metodológica: no que toca às referências bibliográficas, foram observadas as últimas determinações da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), com a ressalva de que, na NBR n.º 10520:2002, o modelo de citação autor data e numérico foram excepcionados da estrita regra da ABNT. Ao longo do trabalho, foram utilizadas as referências bibliográficas em nota de rodapé (numérico), mesclando-se com notas explicativas em rodapé (instrumento permitido somente quando empregada a modalidade de citação autor-data). O objetivo dessa fórmula é proporcionar uma breve indicação referencial em nota de rodapé, somada ao fato da limpeza textual, sem renunciar aos importantes comentários que não integram o corpo da argumentação do texto. Além disso, todas as traduções foram livres e feitas pelo autor da pesquisa.

CAPÍTULO 1 - RESPONSABILIDADE JURÍDICO-CIVIL

1.1. Conceito e natureza jurídica

A expressão responsabilidade não é dotada de conceituação precisa e tampouco admite interpretação unívoca. Pela abrangência que há de caracterizar-lhe, a qual não se restringe exclusivamente ao âmbito do Direito, o termo ousa assumir contornos próprios e, não raro, significados distintos, mercê do contexto pelo qual é abordado por quem se dispõe a estudá-lo. Tal é a conclusão que se extrai da importante lição de José de Aguiar Dias, segundo a qual "a responsabilidade não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, antes se liga a todos os domínios da vida social"².

Segundo o mencionado doutrinador, para que se possa compreender à exaustão o termo responsabilidade, é mister analisá-lo a partir da noção de uma repercussão obrigacional da atividade humana, de modo que "responsável, responsabilidade, assim como, enfim, todos os vocábulo cognatos, exprimem a idéia de equivalência, de contraprestação, de correspondência"³. Para Sérgio Cavalieri Filho, tem-se que o vocábulo traduz a ideia de contraprestação, de obrigação ou de reparação⁴, remetendo-o à noção de restabelecimento do equilíbrio nas relações interindividuais, enquanto que, para outros autores, a exemplo de Maria Helena Diniz, o termo bem serve "para traduzir a posição daquele que não executou o seu dever"⁵.

Para o alcance da paz social, o ordenamento jurídico estabelece aos indivíduos diversos direitos, repelindo as ingerências externas tendentes a maculá-los. Em contrapartida, ao mesmo tempo em que outorga a proteção estatal, garantindo-a por meio de um sistema normativo, impõe aos titulares desses direitos subjetivos a observância de deveres jurídicos que lhes são contrapostos, pautados sobretudo no adágio romano *neminem laedere*, isto é, no princípio geral de não lesar ninguém⁶, que traduzem verdadeiros modelos abstratos de condutas desejáveis para a consecução daquela finalidade maior. Assim, quando um desses

² José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, v. 1, 10. ed, rev. e ampl., Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 2.

³ *Ibidem*.

⁴ Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, 10. ed., rev. e ampl., São Paulo, Atlas, 2012, p. 2.

⁵ Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, v. 7, 27. ed., São Paulo, Saraiva, 2013, p. 49.

⁶ Fernando Noronha, *Direito das obrigações*, 4. ed., rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 2013, p. 453.

deveres jurídicos é violado, causando um dano a outrem, diz-se comumente que há lugar para a responsabilidade civil.

Refutando a concepção subjetivista dos irmãos Henri e Léon Mazeaud, que pressupunha a existência de um conflito intersubjetivo para que se pudesse imputar a responsabilidade a alguém, José de Aguiar Dias encara o conceito de responsabilidade civil de maneira ampla e abrangente, baseando-se nas lições do francês Louis Josserand para chegar à conclusão de que responsável é a pessoa "que em definitivo suporta um dano"⁷, inclusive aquele provocado a si própria⁸.

No sentir do referido civilista brasileiro, a obrigação preexistente, originada por "qualquer fator social capaz de criar normas de conduta"⁹, erige-se numa autêntica fonte da responsabilidade civil. De modo que, uma vez maculada, a ordem jurídica atribui ao responsável pela causação do dano um encargo do qual não poderá desincumbir-se, qual seja, o de reparar a pessoa que prejudicou, a fim de recolocá-la, sempre que possível, na situação em que se encontrava no momento anterior à lesão¹⁰. Trata-se daquilo a que Silvio Rodrigues denomina de "dever geral da responsabilidade civil", fundamento primacial da teoria geral desta, sem o qual "a vida social é quase inconcebível"¹¹.

Dito isso, pode-se afirmar que a responsabilidade civil nada mais é senão o reflexo imediato da inobservância de um dever jurídico preexistente, pois, conforme assinala Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, "não há obrigação de [...] indenização sem existir dever"¹². Trata-se, portanto, de "um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário"¹³, que é imposto tanto pela própria vontade das partes quanto pela norma jurídica¹⁴, porquanto pode traduzir ofensas a "direitos, pretensões e ações que nasceram de negócios jurídicos, ou a direitos, pretensões e ações que

⁷ Aguiar Dias, 1995, p. 13.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*, p. 95.

¹⁰ Cavalieri Filho, 2012, p. 14.

¹¹ Silvio Rodrigues, *Direito civil*, v. 4, 20. ed., rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n.º 10.406, de 10-1-2002), São Paulo, Saraiva, 2008, p. 13.

¹² Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado: parte especial.*, 2. ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1959, t. XXVI, p. 21.

¹³ Cavalieri Filho, *op. cit.*, p. 2.

¹⁴ Tal distinção levou Pontes de Miranda a afirmar, inclusive, que a responsabilidade deriva tanto de *atos ilícitos absolutos* como de *atos ilícitos relativos*. Na concepção do renomado tratadista brasileiro, para se distinguir com precisão a relatividade da absolutidade, deve-se averiguar a origem do dever violado no caso concreto. Nesse sentido, o dever oriundo de um negócio jurídico seria tido como relativo, ao passo que o absoluto, originando-se da lei, prescindiria da preexistência de uma dada relação jurídica entre as partes. Pontes de Miranda, *op. cit.*, pp. 19-20.

não dependam de existir entre o ofendido e o ofensor relação jurídica negocial"¹⁵. Expressiva, por sua vez, é a lição de Miguel Maria de Serpa Lopes, no sentido de que o termo responsabilidade civil "significa a obrigação de reparar um prejuízo, seja por decorrer de uma culpa ou de uma circunstância legal que a justifique, como a culpa presumida, ou por uma circunstância meramente objetiva"¹⁶.

Por fim, é por assumir esses contornos que a literatura entende ter a responsabilidade civil natureza jurídica de direito obrigacional, visto que é sempre referível a "uma obrigação de reparar danos: danos causados à pessoa ou ao patrimônio de outrem, ou danos causados a interesses coletivos, ou transindividuais, sejam estes difusos, sejam coletivos *stricto sensu*"¹⁷.

Portanto, tecidas essas premissas introdutórias acerca do conceito e da natureza jurídica da responsabilidade civil, tão basilares quanto indispensáveis para a escorreita compreensão do tema, passa-se, neste momento, à análise da evolução histórica do instituto jurídico.

1.2. Evolução histórica

Se é possível sustentar que, no âmbito doutrinário, palanque incontestadamente dominado pelo confronto das mais diversas ideologias, há um consenso entre os juristas a respeito de algum dos aspectos da responsabilidade civil, pode-se dizer que o é certamente quanto à ausência de linearidade e à dinamicidade com que a história do instituto se desenvolveu com o passar dos anos.

Nesse sentido, assinala José de Aguiar Dias que

[...] o instituto é essencialmente dinâmico, tem de adaptar-se, transformar-se na mesma proporção em que evolve a civilização, há de ser dotado de flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época, o meio ou processo pelo qual, em face de nova técnica, de novas conquistas, de novos gêneros de atividade, assegure a finalidade de restabelecer o equilíbrio

¹⁵ *Ibidem*, p. 24.

¹⁶ Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de direito civil*, v. 5, 5. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2001, p. 160.

¹⁷ Noronha, 2013, p. 451.

desfeito por ocasião do dano, considerado, em cada tempo, em função das condições sociais então vigentes¹⁸.

Ao longo de sua história, a responsabilidade civil sofreu profundas e significativas mudanças de paradigmas, sobretudo no que tange aos seus pressupostos e ao âmbito de sua incidência, de jeito que, para compreendê-la aprofundadamente, despreendendo-se das amarras da superficialidade, afigura-se necessário delinear os contornos do caminho mediante o qual percorreu no transcorrer dos anos.

Num primeiro momento, que remonta às épocas primitivas, não havia uma distinção precisa entre as responsabilidades civil e penal, sendo ambas confundidas e, não raro, consideradas uma só¹⁹. Nesse período, não se falava em reparabilidade individual, vale dizer, "nem sequer seria cogitável uma indenização específica do lesado"²⁰, porquanto as atenções não se voltavam às pessoas individualmente consideradas, mas aos grupos dos quais elas faziam parte. Ademais, destaque-se que as primeiras sanções dessa época, na qual os conceitos de crime e pecado intimamente se entrelaçavam, "eram de natureza religiosa, consistindo em penitências e sacrifícios, impostos pelo grupo e no interesse deste, embora em nome de divindades"²¹.

Posteriormente, com a laicização que a pouco e pouco se operava, passou-se à era da retaliação particular. Tratava-se do período da vingança privada (*vendetta*), cujo desforço das ofensas, ou seja, a tarefa de punir o responsável pela causação do dano, incumbia ao clã ou à família da própria vítima²². Nesse contexto, a vingança privada constituía uma "forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido"²³. Aliás, destaca Maria Helena Diniz que "os homens faziam justiça pelas próprias mãos, sob a égide da Lei de Talião, ou seja, da reparação do mal pelo mal, sintetizada nas fórmulas 'olho por olho, dente por dente', 'quem com ferro fere, com ferro será ferido'"²⁴. Por esse motivo, tem-se que a reparação do lesado nesse período, de fato, dava-se apenas

¹⁸ Aguiar Dias, 1995, p. 16.

¹⁹ Noronha, 2013, p. 552.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*, pp. 552-553.

²² *Ibidem*, p. 553.

²³ Aguiar Dias, *op. cit.*, p. 17.

²⁴ Diniz, 2013, pp. 26-27.

indiretamente, uma vez que dependia exclusivamente da atuação do seu grupo, o que, face às especificidades da época, muitas vezes não acontecia²⁵.

Com a instituição da autoridade soberana e o enfraquecimento do elo existente entre religião e Estado, inaugurou-se uma nova fase para a responsabilidade civil, na qual a composição obrigatória²⁶ assumiu um papel de fundamental importância para a vítima, pois "mais conveniente do que cobrar a retaliação [...] seria entrar em composição com o autor da ofensa, que repara o dano mediante a prestação da *poena*"²⁷, a fim de receber o direito ao perdão.

A justiça pelas próprias mãos foi, então, substituída pelo sistema de tarifação, que, por sua vez, encontrava legitimidade tanto nos Códigos de Ur-Nammu e de Manu quanto na Lei das XII Tábuas. De modo que, sob os auspícios desses diplomas, o ofensor era compelido a pagar um valor simbólico pela "morte de um homem livre ou de um escravo, surgindo, em consequência, as mais esdrúxulas tarifações, antecedentes históricos das nossas tábuas de indenizações preestabelecidas por acidentes de trabalho"²⁸.

Apesar da aparência injusta e demasiadamente cruel que uma primeira leitura desse sistema poderia suscitar, especialmente quando cotejado com os valores regentes da sociedade contemporânea, sustenta o Professor Fernando Noronha que a tarifação constituiu, na verdade, um grande progresso à época, porque estabeleceu uma autêntica relação de reciprocidade entre ofensa e castigo²⁹.

A esse período sucedeu o da reparabilidade com base na culpa, que teve como principal marco a criação da *lex Aquilia* romana, plebiscito datado do século V de Roma e de meados do século III a.C. Tal lei substituiu a "regra da obrigatoriedade da reparação de todo e qualquer dano causado [...], pela idéia segundo a qual as pessoas só deveriam ser obrigadas a indenizar quando tivessem procedido com culpa"³⁰. Ademais, embora não possuísse dilatada abrangência, a Lei Aquília guindou a culpa à condição especial para a obrigação de indenizar, constituindo

²⁵ Noronha, 2013, p. 553.

²⁶ Aguiar Dias, 1995, p. 17.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Gonçalves, 2009, p. 7.

²⁹ Noronha, *op. cit.*, p. 553.

³⁰ *Ibidem*, p. 554.

[...] um marco quase tão importante como fora, menos de cem anos antes, a *lex Poetelia Papiria*, que aboliu a execução pessoal, substituindo-a pela nova regra da responsabilidade patrimonial, que tem atravessado os séculos. Como muitas vezes acontece com ideias novas, a *lex Aquilia*, ao introduzir no direito a ideia de culpa, como pressuposto da responsabilidade, fê-lo em termos que, no momento da sua promulgação, quase que poderiam passar despercebidos. Era uma lei que nem sequer tinha por objetivo disciplinar a responsabilidade civil, limitava-se a criar um novo tipo de "delito privado", chamado de *damnum injuria datum* (à letra, dano causado sem direito [...]) [...]. Todavia, ainda que dentro dessas limitações, o fato é que a *lex Aquilia* introduziu a noção de culpa para a caracterização do *damnum*, de modo que, como também escrevem Giffard e Villers [1976, p. 255], se a "palavra *injuria* tem o significado geral de ato realizado sem direito (*quod non jure fit*)", com a evolução posterior na jurisprudência ela "tornou-se sinônimo, em matéria de *damnum*, de culpa"³¹.

Seguindo assemelhado raciocínio, José de Aguiar Dias assevera que, mesmo não dispondo de um conjunto de regras bem definido, tal como se costuma observar nos ordenamentos contemporâneos, a *lex Aquilia* "era, sem nenhuma dúvida, o germe da jurisprudência clássica com relação à injúria, e 'fonte direta da moderna concepção da culpa aquiliana que tomou da Lei Aquília o seu nome característico"³².

Em que pese a Lei Aquília tenha, de fato, constituído grande avanço para a responsabilidade civil, porquanto se preocupou em erigir um princípio geral de obrigação de indenizar por todos os danos culposamente ocasionados às vítimas, agasalhando os reflexos da evolução social que se operava à época, destaca Fernando Noronha que o direito romano "nunca chegou a formular esse princípio"³³, uma vez que "permaneceu sempre preso a um sistema casuístico segundo o qual o lesado só tinha direito à reparação nos casos que fossem expressamente previstos"³⁴.

Tal papel coube somente aos jusracionalistas dos séculos XVII e XVIII, que, associando a ideia de antijuridicidade à de censurabilidade comportamental, se empenharam em traçar os contornos do conceito de ato ilícito, estabelecendo a premissa no sentido de que, "para que nascesse a obrigação de indenizar, não bastaria um ato ofensivo de direito de outrem, deveria também estar presente, como pressuposto necessário, a culpa ou o dolo do responsável"³⁵. Além disso, à escola do Direito Natural, deve-se outro feito digno de

³¹ *Ibidem*, p. 556.

³² Aguiar Dias, 1995, p. 18.

³³ Noronha, 2013, p. 556.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*, p. 557.

apontamento: foi ela quem extremou as responsabilidades penal e civil em termos realmente satisfatórios, de modo que a primeira se ocuparia exclusivamente com a imposição de pena aos infratores, enquanto que a segunda com a reparação dos danos causados³⁶.

No entanto, enfatiza Silvio Rodrigues, parafraseando as lições de Gabriel Marty e Pierre Raynaud, que "a evolução do sistema ali conhecido [...] para uma teoria geral da responsabilidade só iria encontrar sua exposição mais precisa na obra de Domat"³⁷, jurista de cujas lições inspirou-se o legislador francês para estabelecer uma regra fundamental à responsabilidade civil, inserta no art. 1.382 do Código Napoleônico, segundo a qual todo e qualquer fato humano culposos que cause a outrem um dano obriga aquele que lhe deu causa a reparar³⁸. Dessa forma, pode-se dizer que o referido diploma fundou um verdadeiro "dogma da culpa"³⁹, vindo a influenciar, em matéria de responsabilidade civil, as diversas legislações vindouras⁴⁰, inclusive os Códigos Civis brasileiros de 1916 e de 2002, que não se descuraram da perquirição do elemento culpa.

Ocorre que, a partir do século XVIII, a crescente modernização operada pela revolução industrial agravou certos riscos que até então nem sequer eram cogitados na sociedade, fazendo com que a quantidade de demandas reparatorias aumentasse abruptamente, o que veio a assobrar as Cortes de Justiça de diversos países, sobretudo a da França. A despeito disso, a efetiva reparabilidade da vítima encontrava sérios óbices no ônus que lhe cabia de ter que demonstrar a conduta culposa do indigitado responsável, tarefa essa muitas vezes impossível diante da natureza e das circunstâncias dos fatos que deveriam ser provados para se obter o direito à indenização. Assim, à merce de sua própria sorte, via-se a vítima relegada ao desamparo, desarrimada, aviltada, arcando com os mais diversos prejuízos de cuja causa ignorava ou era alheia.

Nesse sentido, amparando-se nas lições do jurista francês Louis Josserand, pondera José de Aguiar Dias que

[...] a doutrina tradicional assentava, na velha idéia da culpa, dogma milenário, herdado do direito romano e resistente a todas as transformações

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Rodrigues, 2008, p. 151.

³⁸ Para fins de comparação, transcreve-se o art. 1.382 do Código Civil francês: "Art. 1.382. Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute de qui il est arrivé, à le réparer".

³⁹ Noronha, 2013, p. 558.

⁴⁰ Aguiar Dias, 1995, p. 20.

políticas, sociais e econômicas. A vítima de um dano, no domínio dessa teoria, encarava ônus probatório extremamente pesado, arrostava um *handicap* desanimador: "Como poderia o operário que se feriu durante o trabalho demonstrar a culpa do patrão?" Como poderia o pedestre colhido por um automóvel, em lugar solitário, à noite, provar, na ausência de testemunhas - supondo-se que tenha sobrevivido ao acidente - que o carro estava de luzes apagadas e corria com excesso de velocidade? Como poderia o viajante que, durante o trajeto efetuado em estradas de ferro, caiu no leito da linha, provar que os empregados da estrada foram negligentes no fechamento da porta do carro, à partida da última estação? Impor à vítima ou a seus herdeiros demonstrações desse gênero é o mesmo que lhes recusar qualquer indenização: um direito só é efetivo quando sua prática está assegurada; não ter direito e tê-lo sem o poder exercer são uma coisa só. A teoria tradicional de responsabilidade repousava manifestamente em bases muito estreitas: cada vez mais se mostrava insuficiente e perempta...⁴¹.

Além do mais, assinala Maria Helena Diniz que tanto a insuficiência da culpa no que diz respeito à cobertura dos prejuízos quanto

[...] a crescente tecnização dos tempos modernos, caracterizado pela introdução de máquinas, pela produção de bens em larga escala e pela circulação de pessoas por meio de veículos automotores, aumentando assim os perigos à vida e à saúde humana, levaram a uma reformulação da teoria da responsabilidade civil dentro de um processo de humanização. Este representa uma objetivação da responsabilidade, sob a idéia de que todo risco deve ser garantido, visando a proteção jurídica à pessoa humana, em particular aos trabalhadores e às vítimas de acidentes, contra a insegurança material, e todo dano deve ter um responsável⁴².

Com efeito, em face da progressiva valorização do ser humano, bem como da necessidade de se assegurar um efetivo amparo às vítimas de eventos danosos⁴³, o direito deveria "deixar de preocupar-se só com o comportamento da pessoa responsável, precisava olhar o lado do lesado, tinha de se orientar [...] na direção do 'objeto' da responsabilidade civil"⁴⁴, qual seja, a efetiva reparação dos danos: principiou-se, por fim, o período da reparabilidade fundada no risco, à margem de qualquer juízo de censura do comportamento do agente causador do dano, a qual, desde então, vem paulatinamente se apoderando da

⁴¹ *Ibidem*, p. 61.

⁴² Diniz, 2013, p. 29.

⁴³ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. 3, 13. ed., rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 486.

⁴⁴ Noronha, 2013, p. 562.

posição privilegiada que outrora assumiu a culpa para fins de configuração da obrigação reparatória.

Dessarte, uma vez articuladas as mais comezinhas considerações acerca do desenvolvimento histórico do instituto da responsabilidade civil, passa-se ao estudo dos seus fundamentos.

1.3. Fundamentos da responsabilidade civil

Tratando-se de um instituto jurídico demasiadamente complexo, porquanto afeto às mais intrincadas relações interindividuais, que se revelam não apenas comuns como também necessárias à vida em sociedade, a responsabilidade civil não escapa às inúmeras dissidências teórico-doutrinárias, inclusive no que diz respeito aos aspectos que lhe dão fundamento.

O professor Fernando Noronha, acompanhado por outros juristas brasileiros⁴⁵, sustenta que a responsabilidade civil é fundada em dois princípios ético-jurídicos: o da culpa e o do risco⁴⁶.

Assentando-se na máxima erigida pelos franceses do século XIX no sentido de que "não há responsabilidade sem culpa", o princípio da culpa deve ser compreendido à luz de um juízo de valor, consubstanciado na verificação da censurabilidade da conduta perpetrada pelo agente causador do dano no caso concreto⁴⁷, fato esse que, segundo professa José de Aguiar Dias, desviaria irremediavelmente o problema substancial da responsabilidade para o plano da metafísica⁴⁸. Assim, para que se lhe possa imputar a responsabilidade e, por consequência, a obrigação de reparar, é mister que tenha tido o agente a possibilidade de agir de maneira diversa, embora assim não o tivesse efetivamente feito, o que equivale a dizer, em outras palavras, que o indigitado responsável "só deveria ser obrigado a indenizar quando tivesse procedido com culpa ou dolo"⁴⁹.

⁴⁵ Cf. Gonçalves, 2013, pp. 12-13.

⁴⁶ Noronha, 2013, p. 457.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Aguiar Dias, 1995, p. 2.

⁴⁹ Noronha, *op. cit.*, p. 457.

O princípio do risco, por seu turno, estabelece que, aquele que vem a causar um prejuízo a outrem, seja pelo simples fato de tê-lo produzido, seja em razão da atividade que desenvolve, obriga-se a repará-lo independentemente de ter agido com culpa e de ter tomado todas as precauções necessárias a fim de que o dano não ocorresse. Vê-se que, respirando os ares da modernidade, tal princípio reverte a lógica interpretativa fundada estritamente na culpa (*lato sensu*), há muito tempo já sedimentada pelos juristas franceses, para enfatizar a própria causação do dano, ou, em última instância, a atividade desempenhada por aquele que o produziu⁵⁰. Ademais, como justificativa para essa reparabilidade dissociada do elemento culpa, pondera o Professor Fernando Noronha que

[...] quem causa um dano, ou quem exerce determinadas atividades, deve reparar os danos sofridos pelas outras pessoas, porque se o ordenamento reconhece ou atribui a cada um de nós direitos incidentes sobre a nossa própria pessoa ou sobre determinados bens externos, não devem ser toleradas violações deles, mesmo quando a pessoa responsabilizada tenha procedido com todos os cuidados exigíveis. Se alguém tem de suportar o prejuízo, não deve ser a pessoa que era titular do direito⁵¹.

Emblemática nesse sentido é, aliás, a lição de José de Aguiar Dias, segundo a qual não se pode

[...] permitir que o direito do indivíduo todo-poderoso atinja, não outro indivíduo, mas toda a coletividade. Na doutrina do risco nitidamente democrática, não se chega jamais à consequência de afirmar o princípio, aparentemente individualista, mas, em essência, de sentido oposto, nitidamente autocrático, de que o direito de um pode prejudicar a outro, pode ultrapassar as raias da normalidade e fazer do seu titular um pequeno monarca absoluto⁵².

Atualmente, segundo adverte o Professor Fernando Noronha, procura-se fazer um equilíbrio entre os princípios da culpa e do risco. De modo que, embora ainda seja evidente a preponderância do primeiro sobre o segundo, não se pode descuidar da "necessidade social de

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Aguiar Dias, 1995, p. 72.

não deixar ao desamparo as vítimas inocentes de danos que são estatisticamente inevitáveis, no exercício de certas atividades"⁵³.

Com efeito, por essas razões, ambos os princípios assumem especial importância para o precitado doutrinador, porque, em sua concepção, são eles que fundamentam a responsabilidade civil, legitimando a imputação do dever de reparar àquele que deu causa à produção do evento danoso⁵⁴.

Por outro lado, tem-se que, para José de Aguiar Dias, os elementos culpa e risco não devem ser concebidos como fundamentos, senão como fontes da responsabilidade civil⁵⁵. Por esse motivo, filiando-se às concepções do jurista francês Géza Marton, assinala que o instituto jurídico em questão, na verdade, erige-se em três pilares fundamentais: o princípio da prevenção; os princípios acessórios de caráter econômico-político; e, por fim, o princípio da restituição.

Com relação ao princípio da prevenção, destaca o referido autor que Marton, concebendo-o como o primeiro princípio da repressão civil, avizinha os conceitos de pena e reparação com base na finalidade social a que se destinam: a defesa da ordem jurídica por meio do combate às injustiças⁵⁶. O elemento culpa, afirma, apresenta-se indiferente à ideia de prevenção estabelecida pelo tratadista francês, a qual somente se preocupa com a existência de uma relação de causalidade entre a conduta do responsável e o dano por ela provocado, sendo que o próprio liame causal poderia sofrer limitações de ordem tanto natural quanto jurídica, "porque exigir prevenção em relação a fatos que ninguém pode prever seria exigência absurda"⁵⁷.

Os princípios acessórios de caráter econômico-político, por sua vez, segundo José de Aguiar Dias, desdobram-se essencialmente em três outros princípios: o do interesse ativo, o do maior interesse social e o da repartição dos danos.

De acordo com o mencionado autor, o princípio do interesse ativo possui duas funções primaciais: uma positiva e outra negativa. A função positiva parte do pressuposto de que a maior parte dos problemas da responsabilidade civil resultam "de uma atividade

⁵³ Noronha, *op. cit.*, p. 457.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 458.

⁵⁵ Aguiar Dias, 1995, p. 14.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 98.

⁵⁷ *Ibidem*.

exercida no interesse do agente"⁵⁸, de forma que se empenha em criar ou expandir o conceito de responsabilidade tomando por base a própria pretensão do responsável, que irrefragavelmente condiciona seu comportamento, fazendo-o agir de uma ou de outra maneira. Já a função negativa, por outro lado, nada mais é senão a consequência lógica da positiva, pois "se a presença do interesse influi no sentido de elevar ao máximo a exigência da prevenção, a sua ausência deve, forçosamente, acarretar o efeito contrário"⁵⁹. Pelo princípio do maior interesse social, o método reparatório utilizado não deve ser mais oneroso do que o próprio mal que se busca evitar, ou seja, "não se pode admitir um meio de reparar que cause maior dano do que o que quer remediar"⁶⁰. Já quanto à repartição dos danos, salienta José de Aguiar Dias que tal princípio traduz, em seu âmago, uma verdadeira exigência econômica fundada na solidariedade, tão necessária quanto premente, haja vista que o dano, "para ser suportado facilmente, deve, de acordo com os planos metódicos, ser repartido entre os interessados"⁶¹.

O princípio da restituição, segundo afirma José de Aguiar Dias, complementa o da prevenção e imerge no âmbito da responsabilidade civil a título tanto de sanção como de restauração do equilíbrio violado. Na qualidade de sanção, "a restituição é ato de execução, operação prática que decorre do estabelecimento da responsabilidade civil"⁶², ao passo que, na de restauração, consiste num verdadeiro interesse social no sentido de se reconstituir um dado estado anterior, com vistas a colocar a vítima na situação que se encontrava antes de sofrer o dano. Arremata o referido autor, com a propriedade que lhe é comum, asseverando que

[...] no plano temporal, a prevenção, com caráter de intimidação, visando a evitar o dano, dá à responsabilidade civil o aspecto de *meio* relacionado ao *futuro*; enquanto a restituição lhe atribui um meio ligado ao *passado*, porque trata de restaurar. Ora, entre esses dois termos fica, como contemplação *presente* da responsabilidade civil, a manutenção do equilíbrio social, que se afere de acordo com a ordem jurídico-política vigente⁶³.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 99.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*, p. 100.

⁶³ *Ibidem*, pp. 100-101.

Portanto, uma vez explicitados os diferentes posicionamentos teóricos acerca dos fundamentos da responsabilidade civil, passa-se, nesse momento, à verificação de suas funções.

1.4. Funções da responsabilidade civil

Anteriormente, disse-se que a responsabilidade civil não é outra coisa senão um dever jurídico secundário proveniente da transgressão de um dever jurídico primário, bem como que seus fundamentos são ainda objeto de renitente embate no campo doutrinário, na medida em que se diversificam conforme também varia o marco teórico adotado pelos estudiosos da matéria.

Por integrar o ramo do direito privado, deve-se sublinhar que a responsabilidade civil não existe por si e em si mesma: o instituto carrega consigo finalidades que legitimam a sua existência e definem o seu próprio modo de ser, embora com contornos por vezes não tão precisos.

Segundo ensina Fábio Ulhoa Coelho, o ordenamento jurídico busca garantir a "todos os sujeitos a preservação de seus direitos (patrimoniais ou da personalidade), no sentido de assegurar sua recomposição sempre que imputável a outrem qualquer sorte de prejuízo que os acometa"⁶⁴. Tal restabelecimento, no plano prático, dá-se por intermédio da responsabilidade civil, a qual "desenvolve uma função de mediação entre interesses em conflito, como reação a um juízo de desvalor previamente tido como relevante pelo ordenamento"⁶⁵.

Nesse sentido, tem-se que a responsabilidade civil é concebida sobretudo como um "mecanismo necessário à realização de processos destinados a assegurar a adaptação, integração e continuidade de um convívio social pacífico"⁶⁶, haja vista que possui essencialmente

⁶⁴ Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de direito civil*, v. 2, 5. ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 283.

⁶⁵ Nelson Rosenvald, *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*, São Paulo, Atlas, 2013, p. 66.

⁶⁶ Arnold Wald e Bruno Pandori Giancoli, *Direito civil*, v. 7, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 52.

[...] uma finalidade estática, de proteção da esfera jurídica de cada pessoa, através da reparação dos danos por outrem causados, tutelando um interesse do credor que se pode chamar de *expectativa na preservação da situação atual* (ou de manutenção do *status quo*). Contudo, se essa finalidade (dita função *reparatória*, *ressarcitória* ou *indenizatória*) é a primacial, a responsabilidade civil desempenha outras importantes funções, uma *sancionatória* (ou *punitiva*) e outra *preventiva* (ou *dissuasora*)⁶⁷.

Vejamo-las, portanto, apartadamente.

1.4.1. Função reparatória

O dano, quer seja à pessoa, quer seja à coisa, provoca um desequilíbrio anômalo entre as esferas jurídicas do ofensor e do ofendido, frustrando a expectativa legítima deste no sentido de ser mantida incólume sua atual condição física, psíquica e patrimonial, vale dizer, o seu *status quo*.

Nesse contexto, a função reparatória, designada comumente como *ressarcitória*, *indenizatória* ou *compensatória*⁶⁸, inspirado-se no mais "elementar sentimento de justiça"⁶⁹, "visa reequilibrar o que o prejuízo desequilibrou"⁷⁰, ou seja, propõe-se a realinhar esse descompasso mediante a reparação dos prejuízos suportados pela vítima, a fim de viabilizar o restabelecimento do estado em que ela se encontrava no momento anterior à causação do dano.

Tal reparação, constituindo verdadeiro imperativo ético-jurídico, dá-se mediante o pagamento de um valor pecuniário a título de indenização, visando precisamente à eliminação do desfalque patrimonial provocado à pessoa lesada, à minimização do sofrimento da vítima ou à compensação da "ofensa à vida ou à integridade física de outrem, considerada em si mesma"⁷¹.

Sérgio Cavalieri Filho bem explicita a função reparatória da responsabilidade civil, ao asseverar que o dano

⁶⁷ Noronha, 2013, pp. 459-460.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 460.

⁶⁹ Cavalieri Filho, 2012, p. 14.

⁷⁰ Coelho, 2012, p. 284.

⁷¹ Noronha, *op. cit.*, p. 460.

[...] rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano⁷².

Contudo, a par dessa função, assinala-se que a responsabilidade civil exerce outra importante finalidade, qual seja, a sancionatória, cujas atenções se voltam não apenas ao dano sofrido pela vítima, mas também à censurabilidade da conduta perpetrada por aquele que o provocou.

1.4.2. Função sancionatória

Quanto ao seu significado teórico, aduz o Professor Fernando Noronha que, "quando se fala na *função sancionatória* da responsabilidade civil, pretende-se realçar que ela, impondo sempre um sacrifício, maior ou menor, ao lesante, acaba também punindo este"⁷³, de modo que a "obrigação de indenizar representa a punição do sujeito passivo pela prática do ato ilícito"⁷⁴.

Tratando-se de responsabilidade criminal, uma vez externada através da imposição da pena, verifica-se que a função sancionatória atua como espécie de castigo àquele que praticou um dado fato delituoso (caráter retributivo), visando a evitar, ainda, o cometimento de novo ilícito penal tanto pelo próprio agente que veio a praticá-lo (prevenção especial) quanto pelos demais membros da sociedade, considerados como um todo (prevenção geral)⁷⁵.

Apesar da "natureza essencialmente reparatória do dano, essas três finalidades penais não deixam de estar presentes na reparação civil, ainda que agora assumindo características diversas e mitigadas"⁷⁶, o que equivale a dizer, na esteira de alguns autores,

⁷² Cavaliere Filho, 2012, p. 14.

⁷³ Noronha, 2013, p. 461.

⁷⁴ Coelho, 2012, p. 285.

⁷⁵ Noronha, *op. cit.*, p. 461.

⁷⁶ *Ibidem*.

que a ideia substancial da função sancionatória, extrapolando a esfera da responsabilidade penal, aplica-se de maneira reflexa à responsabilidade civil.

Ademais, tendo caráter essencialmente acessório, adverte o Professor Fernando Noronha que a função sancionatória ou punitiva somente se legitima no âmbito da responsabilidade civil à medida que não configure excesso de punição ao indigitado responsável, mormente porque o instituto

[...] visa apenas reparar danos. Um sancionamento do ofensor só terá justificação quando haja dolo ou culpa; unicamente nestes casos a reparação civil do dano pode passar a ser também uma *pena privada*. Mas mesmo nestas situações, parece que o agravamento da indenização só se justifica na medida em que a ideia de punição do responsável (através da imposição da obrigação de pagar uma quantia) constitua ainda uma forma de satisfação proporcionada aos lesados, para de certo modo lhes "aplacar" a ira⁷⁷.

Na prática forense, observa-se que a função sancionatória exerce uma função eminentemente dúplice, porquanto muitas das vezes é suscitada "para justificar o agravamento da obrigação de indenizar, mas às vezes ela tem um efeito contrário, fundamentando uma redução do quantitativo que em princípio seria defensável"⁷⁸.

Por derradeiro, assinala-se que a responsabilidade civil ainda dispõe de uma terceira função, qual seja, a preventiva, que, a despeito de ser muitas vezes confundida com a própria função punitiva, assume determinados contornos que lhe proporcionam singular identidade, hábil o bastante a diferenciá-la desta.

1.4.3. Função preventiva

Para Fernando Noronha, a função preventiva, visando basicamente à proibição de quaisquer comportamentos prejudiciais⁷⁹, concretiza-se pela atribuição de um valor de desestímulo à conduta daninha perpetrada pelo lesante, para que não volte a praticá-la novamente, bem como pela adoção de cautelas razoavelmente exigíveis para se evitar a ocorrência de eventos danosos.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 462.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 463.

⁷⁹ *Ibidem*.

No entanto, a exemplo do que sucede na função punitiva, enfatiza o referido civilista que a eficácia dissuasória da função preventiva também está condicionada à observância de limites, uma vez que não se deve

[...] exagerar na ideia do *valor de desestímulo* [...], associada à ideia dos *punitive* ou *exemplary damages* da jurisprudência norte-americana. Mesmo nos danos ambientais, uma punição exemplar deve significar somente aquela reparação que, além de reparar da forma mais completa que for possível o dano (mesmo que isso signifique um preço bem alto a pagar pelo poluidor), represente o mínimo indispensável para dar uma satisfação ao sentimento geral de frustração e mesmo de revolta experimentado pela comunidade (o que cabe ainda dentro da função sancionatória) e para coagir à adoção dos cuidados que razoavelmente seja cogitáveis (e aqui é que intervém a função dissuasora)⁸⁰.

Segundo o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho, sanção e prevenção interligam-se mediante um laço inquebrantável, tendo em vista que, "desestimulando as condutas ilícitas causadoras de prejuízos a interesse alheio, a sanção civil contribui para que estes sejam evitados"⁸¹.

Por isso, pode-se dizer que a função sancionatória tem íntima relação com a função preventiva da responsabilidade civil, embora com esta não se confunda, porquanto divergem fundamentalmente quanto aos fins a que se propõem: a primeira preocupa-se em imputar uma pena ao responsável como medida de retribuição pelo mal praticado, ao passo que a segunda objetiva evitar a prática de um novo mal tanto pela pessoa que veio a praticá-lo quanto pelos demais integrantes da sociedade.

Por fim, assinala o Professor Fernando Noronha que a função preventiva é comumente designada de *educativa* pela doutrina pátria, "mas parece que com ela o que se pretende não é propriamente ensinar o homem a comportar-se melhor, é simplesmente coibir comportamentos danosos"⁸².

1.5. Classificações comuns à responsabilidade jurídica

⁸⁰ *Ibidem*, p. 464.

⁸¹ Coelho, 2012, p. 287.

⁸² Noronha, *op. cit.*, p. 464.

Pela complexidade que lhe é inerente, a responsabilidade jurídica apresenta-se sob distintas feições. Em vista disso, a doutrina realiza uma classificação didática do instituto a fim de aclarar suas diferentes nuances, valendo-se de determinados critérios para atingir tal desiderato, tais como (i) o da esfera de repercussão do dano causado, (ii) o dos pressupostos para a configuração do dever de indenizar e (iii) o da origem do dever jurídico violado no caso concreto.

Tais critérios, aliás, dão substrato à clássica divisão da responsabilidade em civil e penal; em subjetiva e objetiva; e, derradeiramente, em contratual e extratratual, consoante se demonstrará a seguir.

1.5.1. Responsabilidade civil e penal

Para Silvio Rodrigues, tanto a responsabilidade civil como a responsabilidade penal partem do pressuposto da existência de uma violação a dever tutelado pela ordem jurídica. Na concepção do precitado doutrinador, no âmbito penal, o agente transgredir uma norma de direito público, de modo que o ilícito por ele praticado afeta diretamente a ordem social. Na esfera cível, contudo, ocorre exatamente o inverso: o interesse jurídico violado pelo ilícito é tão somente do prejudicado, dado que a transgressão se opera sobre uma norma de direito privado⁸³.

Sérgio Cavalieri Filho sustenta que não há qualquer diferença entre os ilícitos civil e penal no plano ontológico, sendo que a divisão operada sobre eles ampara-se em anseios meramente políticos, ou seja, "a separação entre uma e outra ilicitude atende apenas a critérios de conveniência e de oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço"⁸⁴. Baseando-se nas lições de Ernst von Beling, prossegue o autor afirmando que a única diferença existente entre ambas as ilicitudes é de grau ou quantidade, pretendendo com isso insinuar que "aquelas condutas humanas mais graves, que atingem bens sociais de maior relevância, são sancionadas pela lei penal, ficando para a lei civil a repressão das condutas menos gravosas"⁸⁵.

⁸³ Rodrigues, 2008, pp. 6-7.

⁸⁴ Cavalieri Filho, 2012, p. 15.

⁸⁵ *Ibidem*.

José de Aguiar Dias, parafraseando os irmãos franceses Henri e Léon Mazeud, assinala que a diferença entre responsabilidade civil e responsabilidade penal coincide precisamente com a distinção verificada entre os ramos do direito civil e direito penal⁸⁶. O autor brasileiro registra que, para os tratadistas franceses, "não se cogita, na responsabilidade civil, de verificar se o ato que causou dano ao particular, ameaça, ou não, a ordem social"⁸⁷, muitos menos "importa que a pessoa compelida à reparação de um prejuízo seja, ou não, moralmente responsável"⁸⁸.

No entanto, após realizar uma leitura *a contrario sensu* das afirmações feitas pelos aludidos juristas franceses, José de Aguiar Dias discorda da tese de que somente a violação da norma penal atinge a coletividade, por entender que as noções de sociedade e indivíduo não podem ser concebidas dissociadas uma da outra, tal como pretendido pelos renomados tratadistas, de sorte que conclui que o prejuízo sofrido pelo particular, em razão da transgressão de uma norma civil, também afeta inevitavelmente o equilíbrio social⁸⁹. Em suma, não se restringindo à esfera jurídica do lesado, tem-se que o dano repercute no seio social independentemente do fato que o originou - seja ele uma ilicitude civil ou penal -, uma vez que é impossível "negar, a menos que isolando, contra a razão, o homem da sociedade a que pertence, que o dano infligido a ele repercute na coletividade"⁹⁰.

Ademais, para o referido civilista brasileiro, não subsiste uma diferença substancial entre os fundamentos das responsabilidades penal e civil, sendo que ambas apenas se distinguem quanto à condição necessária para o seu surgimento. Isso porque, para a efetivação da responsabilidade penal, demandam-se critérios mais rigorosos do que aqueles previstos para a configuração da responsabilidade civil: para que a primeira venha a nascer, exige-se a descrição da consequência legal de um dado fato no preceito normativo, em atenção ao princípio *nulla poena sine lege*, ao passo que a segunda exsurge da mera existência de um prejuízo⁹¹.

O aludido doutrinador avista, ainda, uma derradeira distinção no que se refere à titularidade do exercício e ao objetivo de cada uma dessas responsabilidades, porquanto a penal é exercida pela sociedade visando precipuamente à punição do agente, enquanto que a

⁸⁶ Aguiar Dias, 1995, p. 7.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 8.

⁹¹ *Ibidem*, p. 9.

civil é manejada exclusivamente pela vítima, com vistas à obtenção da indenização que lhe é devida⁹². Em razão disso, aliás, adverte Silvio Rodrigues que, na esfera civil, "como a matéria é de interesse apenas do prejudicado, se este se resignar a sofrer o prejuízo e se mantiver inerte, nenhuma consequência advirá para o agente causador do dano"⁹³, diferentemente do que se dá no âmbito criminal, onde a persecução penal do Estado, não raro, prescinde da própria aquiescência da vítima.

1.5.2. Responsabilidade subjetiva e objetiva

Sob o ponto de vista técnico, as responsabilidades subjetiva e objetiva não devem ser encaradas como espécies dissemelhantes de responsabilidade jurídica, mas "como maneiras diferentes de encarar a obrigação de reparar o dano"⁹⁴.

Seguindo a mesma linha de raciocínio do Professor Fernando Noronha no que concerne aos elementos que embasam o instituto da responsabilidade civil, Carlos Roberto Gonçalves registra que o que verdadeiramente distingue a responsabilidade subjetiva da objetiva nada mais é senão os fundamentos que, em cada uma delas, legitimam o dever de indenizar: de um lado, a consagrada teoria da culpa e, de outro, a crescente e necessária teoria do risco⁹⁵.

À luz dessa premissa, diz-se que a responsabilidade é subjetiva quando possui como fundamento primacial a teoria da culpa. No terreno subjetivo, a conduta do agente ganha especial atenção, porquanto não há como se lhe imputar a responsabilidade sem que tenha procedido com culpa em sentido amplo. Essa, para o adeptos da teoria clássica, erige-se como o verdadeiro fundamento da responsabilidade civil⁹⁶, de modo que, uma vez ausente, nem sequer se pode cogitar da obrigação de reparar.

Assim, para a configuração da obrigação de reparar no âmbito da responsabilidade subjetiva, faz-se necessária a presença concomitante de três elementos, quais sejam, a conduta

⁹² *Ibidem*, p. 10.

⁹³ Rodrigues, 2008, p. 7.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 11.

⁹⁵ Gonçalves, 2010, p. 48.

⁹⁶ *Ibidem*.

culposa do agente, o nexo de causalidade e o dano, os quais serão minuciosamente abordados no segundo capítulo da presente monografia.

Por ora, entretanto, sublinhe-se apenas que o ordenamento jurídico brasileiro estabelece uma verdadeira cláusula geral da responsabilidade subjetiva, extraível da conjugação dos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002. Neste dispositivo, ao prescrever que "aquele que, por ato ilícito [...], causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo", tem-se que o legislador estabelece o objetivo que constitui a própria razão de ser da responsabilidade civil, qual seja, o dever de reparar; naquele, insere os elementos culpa, nexo causal e dano para constituir o chamado ato ilícito, que vem a ser, para a doutrina tradicional, o pressuposto do dever reparatório em sede de responsabilidade subjetiva: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, um dado ato pode ser considerado ilícito quando é "praticado com infração a um dever de conduta, por meio de ações ou omissões culposas ou dolosas do agente, das quais resulta dano para outrem"⁹⁷. Ocorre que, para José de Aguiar Dias, o dano não deve ser necessariamente associado ao conceito de ato ilícito, consoante impropriamente o faz o artigo 186 do Código Civil brasileiro e considerável parte da doutrina brasileira. Isso porque, segundo o referido civilista, o ilícito civil pode configurar-se sem que isso, porém, ocasione qualquer prejuízo a terceiros. Por esse motivo, o ideal seria conceber o dano não como elemento integrante do ato ilícito, mas como da própria obrigação de reparar⁹⁸.

Apesar da controvérsia em torno dessas especificidades, bastante patente no âmbito doutrinário, mas de certo modo estéril para a prática forense, pode-se dizer que a literatura jurídica é firme no sentido de que o ato ilícito constitui a verdadeira fonte geradora da responsabilidade civil subjetiva⁹⁹. Nesse sentido, aliás, é o entendimento de Sérgio Cavalieri Filho, para quem, "a partir do momento em que alguém, mediante conduta culposa, viola direito de outrem e causa-lhe dano, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar"¹⁰⁰.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 33.

⁹⁸ Aguiar Dias, 1995, p. 30.

⁹⁹ Noronha, 2013, p. 497.

¹⁰⁰ Cavalieri Filho, 2012, p. 19.

Contudo, preocupando-se exacerbadamente com o comportamento do indivíduo para efeito de configuração da responsabilidade civil, a concepção subjetivista manifestou evidentes sinais de insuficiência no que concerne à contemplação dos novos fenômenos que se originaram a partir da Revolução Industrial. A reparação civil, à época, inviabilizava-se em face das circunstâncias do evento danoso, muitas vezes desfavoráveis à própria vítima, que, além de suportar os efeitos deletérios do dano, detinha o pesado ônus de demonstrar a conduta culposa do indigitado responsável. Uma mudança de foco, portanto, mostrou-se não apenas premente como também impositiva para aplacar a generalizada insatisfação social em torno da efetiva reparabilidade dos danos.

Em razão disso, na segunda metade do século XIX, várias obras foram realizadas na Europa visando a minimizar a problemática trazida pelos avanços da modernidade¹⁰¹. Foi nesse palco, então, que surgiram dois importantes juristas franceses, Raymond Saleilles e Louis Josserand, defendendo a necessidade de se proceder a uma objetivação da responsabilidade civil com base na assunção da teoria solidária do risco¹⁰².

José de Aguiar Dias assinala que Josserand, já nesse período, manifestava-se acerca da conveniência da superação de uma sistemática de responsabilização assentada estritamente no elemento culpa,

[...] tão desacreditada, para admitir que somos responsáveis, não somente pelos atos culposos, mas pelos nossos atos, pura e simplesmente, desde que tenham causado um dano injusto, anormal. O *faiseur d'actes* deve responder pelas consequências de suas iniciativas. Por essa concepção nova, abstrai-se da idéia de culpa: aquele que cria o risco responde, se ele se vem a verificar, pelas consequências lesivas a terceiros¹⁰³.

Nelson Rosenvald, realizando uma interessante análise da mudança paradigmática da responsabilidade civil sob o enfoque da lógica de mercado, adverte que essa transição da concepção subjetiva para a objetiva traduziu, na verdade, um histórico embate político-filosófico entre os propugnadores da justiça como forma de liberdade, sendo que a única diferença

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 18; Gonçalves, 2010, p. 49.

¹⁰² Aguiar Dias, 1995, p. 56.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 63.

[...] entre os que centram a responsabilidade no ilícito e os que a libertam da antijuridicidade é que os primeiros, [...], estão no campo do *laissez-faire*, são os libertários do livre mercado que acreditam que a justiça consiste em respeitar e preservar as escolhas feitas por adultos conscientes. Já os defensores da teoria do risco são os adeptos da liberdade com certa equanimidade, postulando uma tendência mais igualitária sob o argumento de que os mercados sem restrições não são justos nem livres. De acordo com seu ponto de vista, a justiça requer diretrizes que corrijam as desvantagens sociais e econômicas¹⁰⁴.

A responsabilidade objetiva, portanto, centra-se na teoria do risco. À vista disso, para que se possa entendê-la a partir de tal premissa, é mister primeiramente explicitar o que se entende por risco.

No sentir de Sérgio Cavalieri Filho, o risco é uma expectativa de prejuízo¹⁰⁵, que pode ter o condão de desestabilizar a esfera jurídica de outrem; trata-se de um perigo que não necessariamente ocasiona um dano a alguém, mas que também não afasta a possibilidade de vir a provocá-lo a qualquer momento.

A teoria da responsabilidade objetiva fundada no risco parte do pressuposto de que todo e qualquer prejuízo é indenizável, porquanto a ordem jurídica, consoante a preciosa lição de José de Aguiar Dias,

[...] deixa a cada um a liberdade de seus atos; ela não proíbe senão aqueles que se conhecem como causa direta do dano. Não poderia proibir aqueles que apenas trazem em si a virtualidade de atos danosos, uma vez que se possa crer fundamentalmente que tais perigos possam ser evitados, à base de prudência e habilidade. Mas, se a lei os permite, impõe àqueles que tomam o risco a seu cargo a obrigação de pagar os gastos respectivos, sejam ou não resultado de culpa. Entre eles e as vítimas não há equiparação. Não há culpa positiva de nenhum deles. Qual seria, então, o critério da imputação do risco? A prática exige que aquele que obtém proveito de iniciativa lhe suporte os encargos, pelo menos a título de sua causa material, uma vez que essa iniciativa constitui um fato que, em si e por si, encerra perigos potenciais contra os quais os terceiros não dispõem de defesa eficaz. É um balanceamento a fazer. A justiça quer que se faça inclinar o prato da responsabilidade para o lado do iniciador do risco¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Rosenvald, 2013, p. 81.

¹⁰⁵ Cavalieri Filho, 2012, p. 152.

¹⁰⁶ Aguiar Dias, 1995, pp. 59-60.

Outrossim, registre-se que a teoria do risco pode ser encarada sob diferentes perspectivas, dado que os autores que a defendem divergem tanto no que toca aos limites quanto no que respeita aos pressupostos de sua configuração. Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho destaca cinco importantes teorias referentes à responsabilidade objetiva, quais sejam, a do risco proveito, a do risco profissional, a do risco excepcional, a do risco criado e a do risco integral¹⁰⁷.

A primeira delas, vale dizer, a teoria do risco proveito, parte da premissa de que o encargo indenizatório possui íntima relação com a lucratividade, de modo que imputa a responsabilidade àquele a quem a atividade danosa aproveita; para a teoria do risco profissional, a obrigação reparatória tem lugar todas as vezes em que o dano surge em razão da atividade ou profissão exercida pela parte lesada; já para os defensores da teoria do risco excepcional, por sua vez, "a reparação é devida sempre que o dano é consequência de um risco excepcional, que escapa à atividade comum da vítima, ainda que estranho ao trabalho que normalmente exerça"¹⁰⁸; a teoria do risco criado, por seu turno, atentando-se precipuamente ao fato danoso, preconiza que, aquele que cria um risco em virtude do exercício de uma dada atividade, sujeita-se à reparação civil dos danos que a outrem causar; por fim, afirma Sérgio Cavalieri Filho tratar-se a teoria do risco integral uma vertente um tanto quanto extremista, uma vez que, para ela, "o dever de indenizar se faz presente tão só em face do dano, ainda nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior"¹⁰⁹.

A despeito de tais concepções teóricas, assevera o referido doutrinador que o risco apenas e tão somente adquire relevância jurídica, para fins de configuração da responsabilidade objetiva e imputação da obrigação reparatória, quando analisado em conjunto com o dever de segurança, pois "quem se dispõe a exercer alguma atividade perigosa terá que fazê-lo com segurança, de modo a não causar dano a ninguém, sob pena de ter que por ele responder independentemente de culpa"¹¹⁰.

Consigne-se ainda que, segundo a lição do Professor Fernando Noronha, o elemento desencadeador da responsabilidade objetiva pode ser tanto uma ação ou omissão humana quanto um fato da natureza. Todavia, deve-se atentar que, ao contrário do que sucede

¹⁰⁷ Cavalieri Filho, 2012, pp. 153-155.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 154.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 155.

¹¹⁰ *Ibidem*.

na responsabilidade subjetiva, "a conduta humana, aqui visada, será aquela considerada independentemente de qualquer ideia de culpa"¹¹¹. Por essa razão, resulta que o nexo de causalidade, em sede de responsabilidade objetiva, assume especial relevância para efeito de imputação do dever de reparar¹¹².

Por derradeiro, tem-se que a ordem jurídica brasileira, assim como o faz em relação à responsabilidade subjetiva, também erige uma cláusula geral para a responsabilidade objetiva, segundo a qual "haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem." Trata-se da previsão contida no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, cuja aplicação não se restringe ao âmbito do diploma material privado, espalhando-se para o campo de outras leis esparsas, a exemplo da Lei n.º 8.078/90 (que trata das relações consumeristas) e da Lei n.º 6.938/81 (que, dentre outras coisas, dispõe acerca dos danos causados ao meio ambiente).

1.5.3. Responsabilidade contratual e extracontratual

Na literatura jurídica, observa-se que a divisão comumente operada entre as responsabilidades contratual e extracontratual se dá com base na origem do dever jurídico originário violado no caso concreto: se ele é instituído por meio de uma relação jurídica estabelecida entre as partes, costuma-se dizer que se trata de responsabilidade contratual; por outro lado, se provém diretamente da lei, que se impõe indistintamente a todos, está-se diante da responsabilidade extracontratual.

Registre-se que a responsabilidade extracontratual é também denominada de "aquiliana" pela doutrina tradicional. No entanto, adverte o Professor Fernando Noronha que se trata de um deslize da boa técnica valer-se dessa expressão para referir-se à responsabilidade extracontratual, tal como feito usualmente por diversos juristas brasileiros, a

¹¹¹ Noronha, 2013, p. 497.

¹¹² Rodrigues, 2008, p. 11.

exemplo de José de Aguiar Dias, Silvio Rodrigues, Sérgio Cavalieri Filho, Carlos Roberto Gonçalves e Maria Helena Diniz¹¹³.

Isso porque, no entendimento do professor, a responsabilidade extracontratual jamais coincidiu com a responsabilidade aquiliana dos romanos, que instituiu o elemento culpa para a configuração da obrigação de indenizar, mas que, a despeito disso, também previa a hipótese de imputação do dever de reparar independentemente de qualquer juízo sobre a conduta daquele que veio a causar o dano¹¹⁴. Não bastasse isso, tem-se que, em face do contínuo processo de alargamento da "responsabilidade a hipóteses de danos causados sem culpa (são os casos de *responsabilidade objetiva*, ou *pelo risco*), seria pouco razoável conservar uma designação de significado essencialmente restritivo"¹¹⁵. Por essas razões, o correto, afirma Fernando Noronha, é utilizar a expressão "responsabilidade aquiliana" apenas e tão somente nos casos em que o intérprete queira se referir à responsabilidade subjetiva, a qual, como se sabe, elenca a culpa como pressuposto essencial para a configuração da obrigação reparatória¹¹⁶.

Destaque-se ademais que, no âmbito doutrinário, há autores que dizem não haver razões bastantes para apartar a responsabilidade contratual da extracontratual. Trata-se dos adeptos do monismo, corrente teórica que dispensa um tratamento unitário a essas espécies de responsabilidade, sob o fundamento de que tanto uma quanto a outra são fundamentalmente delituais¹¹⁷.

De acordo com Arnaldo Rizzardo, a teoria monista proclama que até mesmo na violação contratual ocorre, em última instância, uma "desobediência à lei [...], porquanto a lei é que determina a obrigatoriedade de suas cláusulas"¹¹⁸, não podendo as partes estipularem obrigações contrárias ao Direito. O autor assevera, ainda, que a própria obrigação assumida pela parte contratante, não raro, encontra-se já tipificada em lei, a exemplo do que ocorre na Lei de Locações, onde "os deveres concernentes ao pagamento, ao uso do imóvel para a finalidade contratada, ao prazo de duração, incluídos no contrato, também são discriminados

¹¹³ Cf. Aguiar Dias, 1995, p. 128; Rodrigues, 2008, p. 8; Cavalieri Filho, 2012, p. 16; Gonçalves, 2010, p. 44; Diniz, 2013, p. 563.

¹¹⁴ Noronha, 2013, pp. 455-456.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 456.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ Aguiar Dias, *op. cit.*, p. 126.

¹¹⁸ Arnaldo Rizzardo, *Responsabilidade civil*, 6. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 37.

na lei, de modo que as pessoas convencionam aquilo que já impõe a lei"¹¹⁹. Por essa razão, para os defensores da teoria unitária, tem-se que a permissão legal torna-se a condição de exigibilidade das obrigações contratuais, o que equivale a dizer que "há a ilicitude ou surge o efeito da responsabilidade porque assim permite ou ordena a lei"¹²⁰.

José de Aguiar Dias, por sua vez, até reconhece que as responsabilidades contratual e extracontratual gravitam em torno de um núcleo comum, mas critica a premissa na qual se funda a teoria monista ao advertir que elas também possuem diferenças específicas, que não podem de modo algum ser olvidadas pelo intérprete, sob pena não apenas de se verter a uma compreensão parcial dessas espécies de responsabilidade como também de recair num extremismo infundado, mormente porque o fato das partes terem se aproximado mediante o estabelecimento de uma relação jurídica em momento anterior à causação do dano, "e que sem essa aproximação o prejuízo não se teria verificado, deve, forçosamente, conduzir à aplicação de regras peculiares"¹²¹.

Em sede doutrinária, com efeito, tem-se que a primeira diferenciação entre as responsabilidades contratual e extracontratual diz respeito ao *onus probandi*. Na obrigação contratual, há uma presunção de culpa¹²², de modo que o credor apenas precisa demonstrar o descumprimento da obrigação pelo devedor, cabendo a este a prova de que não pôde adimpli-la por razões alheias à sua vontade, como, p. ex., nas hipóteses de caso fortuito, de força maior ou de fato exclusivo da vítima. Já no caso de responsabilidade extracontratual, o ônus da prova recai diretamente àquele que sofreu o dano, que deve comprovar que o prejuízo por ele sofrido se deu por um fato imputável ao indigitado responsável¹²³.

A segunda diferença, segundo Carlos Roberto Gonçalves, refere-se às fontes de que provêm, tendo em vista que a responsabilidade contratual emana de um acordo celebrado entre as partes, ao passo que a responsabilidade extracontratual tem origem na ausência de observância do dever legal genérico de não prejudicar ninguém, traduzido na máxima latina "*neminem laedere*"¹²⁴.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ Aguiar Dias, 1995, p. 126.

¹²² Cavalieri Filho, 2012, p. 308.

¹²³ Gonçalves, 2010, p. 46.

¹²⁴ *Ibidem*.

A terceira distinção mencionada pela literatura volta-se à perquirição da existência ou inexistência de uma relação jurídica entre lesante e lesado antes da causação do dano, porquanto na responsabilidade contratual já há um liame jurídico prévio estabelecido pela autonomia da vontade das partes, enquanto que na responsabilidade extracontratual não existe qualquer vínculo jurídico entre ofensor e ofendido, que somente se instaura com a ocorrência do evento danoso¹²⁵.

A quarta diferenciação estabelecida no âmbito doutrinário diz respeito à capacidade do agente que provoca o dano. Na responsabilidade contratual, para que se possa imputar o dever de reparar, é mister que o agente causador do dano seja capaz; caso contrário, em havendo a inexecução de uma dada obrigação contratual, não será possível exigir do devedor a obrigação reparatória, porquanto ausente o requisito previsto no artigo 104, inciso I, do Código Civil brasileiro para a celebração do negócio jurídico¹²⁶. De outro vértice, o dever de reparar não sofre qualquer limitação na responsabilidade extracontratual, dado que prescindível a capacidade do agente, o que importa dizer que, nesse terreno, até mesmo um menor ou amental seriam passíveis de responsabilização¹²⁷.

Sérgio Cavalieri ainda visualiza mais uma divergência entre as responsabilidades contratual e extracontratual, que se relaciona, por sua vez, à qualidade do dever jurídico violado em cada uma delas. Para o aludido doutrinador, na responsabilidade contratual a violação se opera sobre "um *dever positivo* de adimplir, que constitui o próprio objeto da avença, ao passo que na culpa aquiliana viola-se um *dever negativo*, isto é, a obrigação de não prejudicar, de não causar dano a ninguém"¹²⁸.

Sustentando-se nos ensinamentos de René Savatier e João Manoel de Carvalho Santos, José de Aguiar Dias sintetiza com propriedade as principais diferenças entre as espécies de responsabilidade ora em estudo, quando dispõe que a responsabilidade contratual manifesta-se

[...] no tríplice aspecto: *a)* tem origem em contrato, acordo de vontades, criador de obrigações; *b)* apresenta um princípio comum da responsabilidade estabelecido na culpa, provada ou presumida, só excepcionalmente se admitindo que um dos contratantes assumia, em cláusula expressa, o encargo

¹²⁵ Cavalieri Filho, 2012, p. 307.

¹²⁶ Gonçalves, 2010, p. 47.

¹²⁷ Rizzardo, 2013, p. 38.

¹²⁸ Cavalieri Filho, *op. cit.*, p. 307.

do caso fortuito; c) resulta de aplicação penal de um corpo de norma estabelecido no Código. A responsabilidade delitual é vária: a) na origem do dever cuja violação a suscita, e que tanto pode ser legal ou moral, como um dever geral de não prejudicar; b) no princípio a que se liga, pois, pode caracterizar-se independentemente de violação do dever; c) na ausência de regulamentação geral, dada a diversidade de suas fontes. A responsabilidade contratual se funda na autonomia das vontades: a) sua causa é uma promessa, um compromisso; b) a capacidade das partes é condição para que se estabeleça; c) em matéria de conflitos de leis, determina-se pela legislação implicitamente escolhida pelas partes; d) nela, a solidariedade não se presume; e) oferece, em dados casos, liberdade de afastar ou atenuar a responsabilidade pelas cláusulas de exoneração. A responsabilidade delitual, como não se funda na autonomia de vontades, repousa em imposição da ordem social; independe de capacidade das partes; rege-se pela lei do lugar onde se pratica o ato danoso; admite a presença de solidariedade; restringe a eficácia das cláusulas de irresponsabilidade¹²⁹.

Por fim, registra José de Aguiar Dias que não se deve encarar a responsabilidade contratual como um mero efeito da obrigação¹³⁰, mas como uma de suas fontes, na medida em que a responsabilidade decorrente da inexecução de uma obrigação tem origem distinta da obrigação contratual assumida livremente pelas partes contratantes: esta resulta de um acordo de vontades, vale dizer, do consenso entre os contraentes, ao passo que aquela engendra-se contra a vontade do agente, substituindo a obrigação originariamente pactuada¹³¹. Sendo assim, conclui o precitado civilista que "a responsabilidade contratual é também fonte de obrigações, como a responsabilidade delitual. Nos dois casos, tem lugar uma obrigação; em ambos, essa obrigação produz efeito"¹³².

¹²⁹ Aguiar Dias, 1995, p. 127.

¹³⁰ Apenas à guisa de esclarecimento, tem-se que tal concepção foi sugerida pelos defensores de determinadas correntes teóricas a que José de Aguiar Dias denomina de "extremistas". *Ibidem*, p. 125.

¹³¹ *Ibidem*, p. 126.

¹³² *Ibidem*.

CAPÍTULO 2 - RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

2.1. Pressupostos essenciais

Profundamente inspirada na literatura jurídica francesa clássica, a doutrina brasileira é firme no sentido de que a responsabilidade civil subjetiva possui três pressupostos fundamentais, quais sejam, a culpa, o nexo de causalidade e o dano¹³³.

Sobre a temática em questão, ensina Sérgio Cavalieri Filho que tal modalidade de responsabilidade civil pressupõe a existência de um elemento formal, consistente na mácula a dever jurídico por meio de uma conduta comissiva ou omissiva espontânea de alguém; um elemento subjetivo ou psíquico, referível à intenção do agente que deu azo à causação do evento danoso; e, por fim, um elemento causal-material, consubstanciado no liame existente entre o dano provocado e os atos ou fatos que levaram ao seu desencadeamento no caso concreto¹³⁴.

É importante deixar claro que, segundo abalizada doutrina, os três pressupostos da responsabilidade civil subjetiva podem ser extraídos do próprio artigo 186 do Código Civil brasileiro, segundo o qual "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito": a conduta culposa do agente estaria contida na expressão "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia"; o nexo de causalidade seria intuído basicamente da palavra "causar"; e o dano encontraria respaldo na locução "violar direito ou causar dano a outrem"¹³⁵.

Nesse momento, portanto, passar-se-á à análise pormenorizada de cada um dos pressupostos da responsabilidade civil subjetiva.

2.1.1. Conduta humana culposa

Conceituar o elemento culpa não é tarefa das mais simples; diversos autores se empenharam nesse mister, sem, contudo, obter qualquer êxito; outros chegaram ao ponto de

¹³³ Cf. Silvio Rodrigues, 2008, p. 14; Diniz, 2013, pp. 52-54; Venosa, 2012, p. 6.

¹³⁴ Cavalieri Filho, 2012, p. 19.

¹³⁵ *Ibidem*.

sustentar, inclusive, a própria impossibilidade de se formular uma definição realmente satisfatória de tal elemento¹³⁶.

José de Aguiar Dias assevera que, para a perfeita compreensão da noção de culpa, é necessário partir "da concepção do fato violador de uma obrigação (dever) preexistente. Esse fato constitui o ato ilícito, de que é *subtractum* a culpa. Esta o qualifica"¹³⁷. Todavia, conquanto a culpa qualifique o ilícito civil, este nem sempre tem o condão de provocar um resultado danoso no caso concreto, motivo pelo qual o autor conclui que apenas quando se causa um efetivo prejuízo a outrem "é que se concretiza a responsabilidade civil e entra a funcionar seu mecanismo"¹³⁸.

Sérgio Cavalieri Filho registra, no entanto, que mais correto do que considerar a culpa como pressuposto, consoante preconizado por diversos civilistas pátrios, é conceber a conduta culposa como elemento estruturante da responsabilidade civil subjetiva. Isso porque a culpa, considerada em si mesma, interessa tão somente ao âmbito da moral, sendo relevante para o Direito apenas quando passa a integrar a conduta humana. Em outras palavras, tem-se que, na seara subjetiva, não é a culpa propriamente dita, mas "a conduta humana culposa, vale dizer, com as características da culpa, que causa dano a outrem, ensejando o dever de repará-lo"¹³⁹.

O termo conduta designa um "comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas"¹⁴⁰. Para efeito de responsabilidade civil, a ação consiste num ato comissivo ou positivo, vale dizer, num fazer do agente que provoca um dano, ao passo que a omissão traduz uma inação, um não-fazer, uma abstenção da prática de determinado ato que causa um prejuízo. Porém, adverte Sérgio Cavalieri Filho que a omissão, *de per se*, não é capaz de gerar a responsabilidade do omitente, porquanto o ordenamento jurídico somente a considera relevante quando o indigitado responsável "tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado"¹⁴¹.

Ocorre que, no campo subjetivo, não basta apenas a consideração da conduta humana para imputar-se a obrigação reparatória a alguém, pois o ato também deve ter sido

¹³⁶ Aguiar Dias, 1995, p. 109; Rizzardo, 2013, p. 1.

¹³⁷ Aguiar Dias, *op. cit.*, p. 108.

¹³⁸ *Ibidem*, pp. 108-109.

¹³⁹ Cavalieri Filho, 2012, p. 24.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 25.

¹⁴¹ *Ibidem*.

praticado ou deixado de praticar com culpa em sentido amplo. A aferição desta, por seu turno, realiza-se no caso concreto por meio de um juízo de censura comportamental, que depende fundamentalmente da "capacidade psíquica de entendimento e de autodeterminação do agente, o que nos leva à imputabilidade"¹⁴².

Imputável é o indivíduo "mentalmente são e desenvolvido, capaz de entender o caráter de sua conduta e determinar-se de acordo com esse entendimento"¹⁴³. Por revestir tais qualidades, a imputabilidade é tida na doutrina como uma *conditio sine qua non* tanto da culpa em sentido amplo quanto propriamente da responsabilidade, dado referir-se ao "conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever"¹⁴⁴.

Sérgio Cavalieri Filho aponta pautar-se a imputabilidade em dois elementos, quais sejam, a maturidade e a saúde mental, sendo a primeira referível ao desenvolvimento da capacidade intelectual do agente, e a segunda à sua sanidade ou higidez mental¹⁴⁵. Para o mencionado autor, a relevância da imputabilidade está em que a obrigação reparatória não pode ser imputada a uma pessoa incapaz de compreender a reprovabilidade de seu comportamento e de determinar-se com base nesse entendimento, porquanto não é possível exigir que ela aja de maneira diversa para evitar a causação do evento danoso¹⁴⁶.

A jurista Maria Helena Diniz destaca, entretanto, que o ordenamento jurídico brasileiro estabelece algumas exceções à imputabilidade, tais como a menoridade, a demência, a anuência da vítima, o exercício normal de um direito, a legítima defesa e o estado de necessidade, hipóteses estas nas quais o agente não responde pessoalmente caso provoque um dano a outrem, quer seja pela sua falta de discernimento, quer seja pela não contrariedade de sua conduta às disposições legais¹⁴⁷.

Em que pese o renitente descompasso doutrinário em torno do conceito de culpa, adverte José de Aguiar Dias que o Código Civil brasileiro, numa tentativa de escapar às incertezas provocadas pelas inúmeras definições do elemento em estudo, preferiu conter-se com o conceito de ato ilícito para fins de configuração da responsabilidade civil subjetiva¹⁴⁸.

¹⁴² *Ibidem*, p. 26.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 27.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ Diniz, 2013, pp. 63-67.

¹⁴⁸ Aguiar Dias, 1995, p. 119.

Ressalta, também, que o legislador brasileiro não se preocupou em conceituar a culpa, contentando-se em positivar no texto legal apenas uma culpa genérica fundada no dolo e na culpa em sentido estrito¹⁴⁹.

Grosso modo, pode-se dizer que o dolo é a manifesta intenção de prejudicar outrem por meio da violação de um dever jurídico preexistente, vale dizer, "é a vontade conscientemente dirigida à produção de um resultado ilícito"¹⁵⁰. Nesse sentido é também a conclusão de Maria Helena Diniz, segundo a qual o dolo consiste numa "vontade consciente de violar o direito, dirigida à consecução do fim ilícito"¹⁵¹.

De acordo com Sérgio Cavalieri Filho, o dolo é composto essencialmente por dois elementos: a representação do resultado pelo agente e a consciência da ilicitude de sua conduta¹⁵². Isso porque, "antes de desencadear a conduta, o agente antevê, representa mentalmente, o resultado danoso e o elege como objeto de sua ação. E assim é porque somente se quer aquilo que se representa"¹⁵³. Não bastasse a previsão do resultado, no dolo o indivíduo também sabe de antemão que seu comportamento constitui um ato ilícito, ou seja, "está consciente de que age de forma contrária ao dever jurídico, embora lhe seja possível agir de forma diferente"¹⁵⁴.

Registra o precitado doutrinador, ademais, que a convivência em sociedade exige que o homem se comporte de forma a não provocar qualquer sorte de prejuízo a terceiros. De modo que, "ao praticar os atos da vida, mesmo que lícitos, deve observar a cautela necessária para que de seu atuar não resulte lesão a bens jurídicos alheios. A essa cautela, atenção ou diligência convencionou-se chamar de *dever de cuidado objetivo*"¹⁵⁵.

Com efeito, quando o agente não dispensa a atenção necessária, e seu atuar viola um dever objetivo de cuidado conhecível e observável, provocando um "evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível"¹⁵⁶, diz-se que incorreu em culpa em sentido restrito.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 120.

¹⁵⁰ Cavalieri Filho, 2012, p. 32.

¹⁵¹ Diniz, 2013, p. 58.

¹⁵² Cavalieri Filho, *op. cit.*, p. 33.

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 33.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 36.

A culpa em sentido estrito ou técnico é conceituada por José de Aguiar Dias como a ausência de "diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo [...] do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais da sua atitude"¹⁵⁷.

Sérgio Cavalieri Filho assinala, por sua vez, que tal culpa possui três elementos: uma conduta intencional com resultado não-intencional; a previsão ou previsibilidade de resultado; e, por derradeiro, a ausência de observância da cautela, do cuidado ou da atenção necessária à não causação do evento danoso¹⁵⁸.

Quanto ao primeiro elemento, o referido doutrinador aduz que, na culpa *stricto sensu*, "não há intenção, mas há vontade; não há conduta intencional, mas tencional. A vontade não se dirige a um fim determinado, [...] mas se dirige à conduta. A conduta é voluntária; involuntário é o resultado"¹⁵⁹, ou seja, o agente almeja a conduta, não o resultado danoso que ela vem a ocasionar.

No que se refere ao segundo elemento, deve-se destacar que, apesar de não desejado, o resultado danoso deve ser previsto pelo agente, considerando-se como tal aquele que por ele "foi representado, mentalmente antevisto"¹⁶⁰. No entanto, caso não seja previsto, o resultado deve ao menos ser passível de previsão específica - vale dizer, de antevisão não genérica e abstrata - pelo agente¹⁶¹. Dessa forma, a previsibilidade torna-se o patamar mínimo de aferição da culpa em sentido estrito no âmbito da responsabilidade civil subjetiva, pois, "embora não previsto, não antevisto, não representado mentalmente, o resultado poderia ter sido previsto e, conseqüentemente, evitado"¹⁶².

Para a verificação da previsibilidade, Sérgio Cavalieri Filho registra a existência de dois critérios, quais sejam, o objetivo e o subjetivo, os quais devem ser analisados em conjunto pelo magistrado para fins de viabilização de uma solução justa, razoável e adequada ao caso concreto. O critério objetivo, afirma o civilista,

[...] tem em vista o *homem médio*, diligente e cauteloso. Previsível é um resultado quando a previsão do seu advento pode ser exigida do homem

¹⁵⁷ Aguiar Dias, 1995 p. 120

¹⁵⁸ Cavalieri Filho, 2012, p. 36.

¹⁵⁹ *Ibidem*, pp. 36-37.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 37.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² *Ibidem*.

comum normal, do indivíduo de atenção e diligência ordinárias. Pelo critério subjetivo a previsibilidade deve ser aferida tendo em vista as condições pessoais do sujeito, como idade, sexo, grau de cultura etc. [...]. O juiz deve ter em vista não apenas o fato em si, com suas circunstâncias, a exigir o cuidado ordinário, mas também as condições pessoais do sujeito: podia ele deixar de agir, como o fez, ou, por outra, estaria à altura de empregar a diligência comum dos homens? Não havendo previsibilidade, estaremos fora dos limites da culpa, já no terreno do *caso fortuito* ou da *força maior*¹⁶³.

O terceiro e último elemento, por sua vez, refere-se à inobservância de um determinado cuidado a que o agente estava jungido, exteriorizada por meio das figuras da negligência, da imprudência e da imperícia.

A negligência é a "omissão daquilo que razoavelmente se faz, ajustadas as condições emergentes às considerações que regem a conduta normal dos negócios humanos"¹⁶⁴. Trata-se, na lição de Carlos Roberto Gonçalves, da falta de observância "de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solícitude e discernimento"¹⁶⁵. A título de exemplo, tem-se que age de maneira negligente o médico que, após realizar uma cirurgia, não observa as cautelas de estilo e esquece uma determinada ferramenta de trabalho dentro do corpo do paciente, vindo a ocasionar-lhe uma grave infecção¹⁶⁶.

A imprudência, por sua vez, refere-se à realização precipitada e descuidada de um ato que vem a ser contrário às normas de um procedimento moderado. Trata-se, com efeito, da "afoiteza no agir, o desprezo das cautelas que devemos tomar em nossos atos"¹⁶⁷. Age imprudentemente, afirma Sérgio Cavalieri Filho, "o motorista que dirige em excesso de velocidade, ou que avança o sinal"¹⁶⁸.

Já a imperícia "é a incapacidade técnica para o exercício de uma determinada função, profissão ou arte"¹⁶⁹, ou seja, diz respeito à ausência de habilidade para praticar um determinado ato. Tal modalidade de culpa *stricto sensu* pode ser didaticamente ilustrada da seguinte maneira: age com imperícia quando "um médico desconhece que determinado

¹⁶³ *Ibidem*, pp. 37-38.

¹⁶⁴ Aguiar Dias, 1995, p. 120.

¹⁶⁵ Gonçalves, 2010, p. 317.

¹⁶⁶ Cavalieri Filho, *op. cit.*, p. 38.

¹⁶⁷ Aguiar Dias, *op. cit.*, p. 120.

¹⁶⁸ Cavalieri Filho, *op. cit.*, p. 38.

¹⁶⁹ Gonçalves, *op. cit.*, p. 318.

medicamento pode produzir reações alérgicas, não obstante essa eventualidade estar cientificamente comprovada"¹⁷⁰.

Apesar de cada uma dessas definições, assinala José de Aguiar Dias que não há qualquer razão para se distinguir esses três meios de exteriorização da culpa em sentido restrito, "porque não é possível confusão a respeito por parte de quem conheça a língua pátria"¹⁷¹, sendo tal diferenciação realizada no âmbito doutrinário apenas por rigorismo terminológico. No entanto, adverte que a precisão dessas espécies torna-se dificultosa no momento em que elas vêm acompanhadas umas das outras no caso concreto, vale dizer, quando o intérprete se depara com "a negligência revestida de imprevisão, a imprudência forrada do desprezo pela diligência e pelas regras de habilidade, a imperícia traçada de negligência"¹⁷².

Com vistas a reduzir essas dificuldades que se originaram nos âmbitos teórico e prático, o civilista brasileiro cita que René Savatier realiza uma interessante distinção entre imprudência e negligência, segundo a qual a primeira consiste num ato positivo cujas consequências são contrárias à ordem jurídica, mas previsíveis pelo agente, ao passo que a segunda refere-se a um ato negativo, ou seja, "ocorre na omissão de precauções exigidas pela salvaguarda do dever a que o agente é obrigado"¹⁷³.

Atentando-se às lições do aludido jurista francês, Carlos Roberto Gonçalves assevera que a imprudência

[...] é conduta positiva, consistente em uma ação da qual o agente deveria abster-se, ou em uma conduta precipitada. Por exemplo, o condutor de um automóvel ingere bebidas alcoólicas antes de dirigir; um médico dá uma injeção no paciente sem verificar previamente se este é ou não alérgico ao medicamento. A *negligência* consiste em uma conduta omissiva: não tomar as precauções necessárias, exigidas pela natureza da obrigação e pelas circunstâncias, ao praticar uma ação. Por exemplo, a pessoa que faz uma queimada e se afasta do campo sem verificar se o fogo está completamente apagado¹⁷⁴.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ Aguiar Dias, 1995, p. 120.

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 121.

¹⁷⁴ Gonçalves, *op. cit.*, pp. 317-318.

Por fim, cotejando as diferentes projeções assumidas pela culpa no âmbito da responsabilidade civil subjetiva, Sérgio Cavalieri Filho arremata que

[...] tanto no dolo como na culpa há conduta voluntária do agente, só que no primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico - o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dela resultante -, enquanto que no segundo a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados. O juízo de desvalor no dolo incide sobre a conduta, ilícita desde a sua origem; na culpa, incide apenas sobre o resultado. Em suma, no dolo o agente quer a ação e o resultado, ao passo que na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio accidental de conduta decorrente de falta de cuidado¹⁷⁵.

Portanto, esgotadas as considerações acerca da conduta humana culposa, passa-se ao estudo do segundo pressuposto necessário à configuração da obrigação reparatória em sede de responsabilidade civil subjetiva, qual seja, o liame de causalidade.

2.2.1. Nexo de causalidade

De acordo com Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Celina Bodin de Moraes, para que se possa imputar a obrigação de indenizar, é mister que haja uma relação de causa e efeito entre a ação ou omissão praticada pelo agente e o dano por ela provocado no caso concreto¹⁷⁶. Isso porque o dano tão somente tem o condão de gerar a responsabilidade civil "quando for possível estabelecer um nexos causal entre ele e o seu autor, ou, como diz Savatier, 'um dano só produz responsabilidade, quando ele tem por causa uma falta cometida ou um risco legamente sancionado'"¹⁷⁷.

Nesse contexto, pode-se dizer que o liame de causalidade nada mais é senão o vínculo que une a conduta praticada pelo agente e o dano dela decorrente, ou seja, trata-se do "elo que liga o dano ao fato gerador, é o elemento que indica quais são os danos que podem ser considerados como consequência do fato verificado"¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Cavalieri Filho, 2012, p. 32.

¹⁷⁶ Gustavo Tepedino; Heloísa Helena Barboza; e Celina Bodin de Moraes, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, 2. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 343.

¹⁷⁷ Gonçalves, 2010, p. 348.

¹⁷⁸ Noronha, 2013, p. 499.

Sérgio Cavalieri Filho assinala que a aferição do liame de causalidade envolve um verdadeiro juízo hipotético de probabilidade acerca dos acontecimentos que envolvem o caso concreto, dado que

o juiz tem que eliminar os fatos que foram irrelevantes para a efetivação do dano. O critério eliminatório consiste em estabelecer que, mesmo na ausência desses fatos, o dano ocorreria. Causa será aquela que, após este processo de expurgo, se revelar a mais idônea para produzir o resultado¹⁷⁹.

Fernando Noronha, por sua vez, adverte que, apesar da tarefa de investigação das causas do dano aparentar ser simples, o nexos de causalidade, no cotidiano forense, torna-se o pressuposto que mais suscita divergências entres os profissionais do Direito¹⁸⁰, seja pelas diferentes concepções teóricas em torno de suas especificidades, seja pela complexidade fática que envolve a demanda.

Levando em consideração tal dificuldade, o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves lança a seguinte indagação:

[...] qual o critério que poderemos utilizar para chegar à conclusão de que, no concurso de várias circunstâncias, uma dentre elas é que foi o fato determinante do prejuízo? A resposta a essa pergunta constituiu um dos problemas mais debatidos em direito, pelo menos desde há um século, pois só nos meados do século passado é que ele passou a tomar uma forma definida¹⁸¹.

No âmbito doutrinário, portanto, três correntes teóricas ganham especial destaque no que diz respeito ao estudo da relação de causalidade, quais sejam, a teoria da equivalência das condições, a teoria da causalidade adequada e, por derradeiro, a teoria do dano direto e imediato.

Fernando Noronha ressalta que todas essas teorias visam, em última instância, à descoberta dos fatores determinantes do evento danoso, o que conduz à necessidade de se estabelecer, logo de início, uma distinção entre condições e causas do dano: as primeiras são

¹⁷⁹ Cavalieri Filho, 2012, p. 49.

¹⁸⁰ Noronha, 2013, p. 499.

¹⁸¹ Gonçalves, 2010, p. 348.

"todas as circunstâncias de que não se pode abstrair, sem mudar o resultado danoso"¹⁸², ao passo que as segundas são "apenas aquelas condições consideradas como efetivamente determinantes desse resultado"¹⁸³.

A teoria da equivalência dos antecedentes remonta suas raízes à literatura jurídica do século XIX, e tem como principal difusor o jurista alemão Maximilian von Buri¹⁸⁴. Para ela, todos os acontecimentos que, de uma forma ou de outra, influíram para a ocorrência do evento danoso são considerados como causas deste. Nessa teoria, consoante a lição de Sérgio Cavalieri Filho, a aferição das causas do dano é feita por meio de um processo hipotético de eliminação¹⁸⁵: se o resultado danoso desaparecer após a supressão da condição verificada, esta será tida como causa daquele; caso contrário, a condição não será considerada causa do dano, devendo ser desconsiderada pelo julgador.

Ademais, ensina Rafael Peteffi da Silva que a teoria em questão não faz qualquer diferenciação qualitativa entre as diversas circunstâncias que podem vir a provocar um dano¹⁸⁶. À primeira vista, portanto, trata-se de uma teoria simples e que traz grandes benefícios para a vítima do evento danoso, em face da ampla possibilidade de imputação do encargo reparatório. Todavia, por viabilizar um verdadeiro regresso ao infinito na cadeia causal, dado que toda sorte de acontecimento constitui inexorável causa do dano, a teoria da equivalência das condições, não raro, torna-se uma fonte de enormes injustiças¹⁸⁷, onerando demasiadamente uma das partes em detrimento da outra. Para ilustrar esse ponto negativo, colhe-se da doutrina do aludido professor o seguinte exemplo:

[...] Imagine-se um motorista de taxi que, devido à falha sua, faz com que um passageiro se atrase e perca o avião. O passageiro é forçado a tomar o avião seguinte, que acaba caindo, causando a morte de todos. Neste caso não há dúvidas de que a falha do motorista de taxi representa *conditio sine qua non* para o aparecimento do dano, visto que se o atraso não tivesse ocorrido o passageiro teria embarcado no avião que alcançou, incólume, o seu destino. A condenação do motorista do taxi pela morte de seu passageiro demonstra a flagrante iniquidade patrocinada pela teoria da equivalência de condições¹⁸⁸.

¹⁸² Noronha, 2013, p. 613.

¹⁸³ *Ibidem*.

¹⁸⁴ Rafael Peteffi da Silva, Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro, 2. ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 22.

¹⁸⁵ Cavalieri Filho, 2012, p. 51.

¹⁸⁶ Silva, *op. cit.*, p. 22.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

Assim, por proporcionar a atribuição do dano a "uma gama enorme de causas, algumas delas absolutamente remotas, observando-se uma 'infinita espiral de concausas'"¹⁸⁹, esclarece o professor Rafael Peteffi da Silva que tanto a doutrina como a jurisprudência vêm a pouco e pouco rechaçando a teoria da equivalência das condições para fins de aferição do nexo de causalidade em sede de responsabilidade civil.

A teoria da causalidade adequada, por sua vez, teve as suas principais premissas delineadas pelo alemão Johannes von Kries, mas só foi desenvolvida satisfatoriamente no final do século XIX pelos juristas Max Rümelin e Ludwig Träger¹⁹⁰. Tal teoria representou um verdadeiro progresso em relação à teoria da equivalência das condições¹⁹¹, ao estabelecer que "um fato é causa de um dano quando este seja consequência normalmente previsível daquele"¹⁹².

Rafael Peteffi da Silva leciona que, malgrado as diferenças que lhes singularizam, as teorias da equivalência dos antecedentes e da causalidade adequada apresentam um ponto em comum, vale dizer, uma tênue, porém indiscutível, interconexão, dado que ambas se preocupam em investigar as causas que constituem a *conditio sine qua non* do evento danoso¹⁹³, aferição esta que deve ser realizada *in concreto* mediante um procedimento hipotético de probabilidade¹⁹⁴.

Apesar disso, tem-se que ambas ainda guardam diferenças evidentes, sendo a principal delas relativa aos critérios utilizados para a verificação das causas do dano. Nesse contexto, pode-se dizer que o grande diferencial entre elas está em que a teoria da causalidade adequada exige que uma causa seja tanto necessária quanto adequada para a produção do evento danoso, ao contrário da teoria da equivalência das condições, que se contenta com o mero critério da necessidade¹⁹⁵.

Com a didática que lhe é comum, o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves distingue as consequências práticas da adoção das teorias da equivalência das condições e da causalidade adequada através do seguinte exemplo:

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ Noronha, 2013, p. 627.

¹⁹¹ Silva, *op. cit.*, p. 23.

¹⁹² Noronha, *op. cit.*, p. 499.

¹⁹³ Silva, *op. cit.*, p. 23.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 25.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

[...] "A" deu uma pancada ligeira no crânio de "B", que seria insuficiente para causar o menor ferimento num indivíduo normalmente constituído, mas, por ser "B" portador de uma fraqueza particular dos ossos do crânio, isto lhe causou uma fratura de que resultou sua morte. O prejuízo deu-se, apesar de o fato ilícito praticado por "A" não ser a causa adequada a produzir aquele dano em um homem adulto¹⁹⁶.

Nesse caso hipotético, assinala o referido jurista que, pela teoria da equivalência das condições, o soco constitui uma *conditio sine qua non* do evento danoso, de modo que "A" responde pelo prejuízo sofrido por "B". Por outro lado, sob a ótica da teoria da causalidade adequada, não há se falar em responsabilidade civil, pois a leve pancada desferida pelo ofensor apenas originou o dano em virtude da fragilidade dos ossos do crânio do ofendido. Em outras palavras, pode-se dizer que a pancada não constituiu uma causa adequada à produção do dano, justamente porque este nem sequer teria ocorrido caso "B" não padecesse da doença que lhe acometia¹⁹⁷.

Dessarte, pela teoria da causalidade adequada, tem-se que "um fato pode ser considerado causa de um dano se, de acordo com os dados da ciência e da experiência, no momento da sua produção, fosse possível prever que tal fato geraria o dano"¹⁹⁸. No mesmo sentido, o professor Fernando Noronha esclarece que, para verificar se o dano consiste ou não numa consequência normalmente previsível de uma conduta humana, o jurista deve se "colocar no momento anterior àquele em que o fato aconteceu e tentar prognosticar, de acordo com as regras da experiência comum, se era possível antever que o dano viesse a ocorrer"¹⁹⁹. Tal aferição dá-se por meio de um processo a que o citado professor denomina de "prognose retrospectiva":

[...] É prognose, porque constitui tentativa de adivinhar, a partir de um determinado fato, o que pode vir a acontecer como sua consequência; essa prognose é retrospectiva, porque o exercício é feito depois de já se saber o que efetivamente aconteceu. Nesse exercício de prognose retrospectiva, o observador coloca-se no momento anterior àquele em que o fato ocorreu e tenta prognosticar, de acordo com as regras da experiência comum, se era normalmente previsível que o dano viesse a ocorrer²⁰⁰.

¹⁹⁶ Cavalieri Filho, 2012, p. 350.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ Silva, 2009, pp. 23-24.

¹⁹⁹ Noronha, 2013, pp. 499-500.

²⁰⁰ *Ibidem*, pp. 627-628.

Com efeito, se a resposta à citada análise for positiva, ou seja, se o investigador concluir que o dano era uma consequência previsível da conduta praticada pelo agente, haverá um dano passível de indenização²⁰¹. Em síntese, portanto, pode-se dizer que será tida como causa adequada aquela circunstância que, *de per si*, é apta o bastante à produção do resultado danoso²⁰².

Para Fernando Noronha, a teoria da causalidade adequada é aquela que, dentre todas as teorias explicativas do liame de causalidade, apresenta o maior grau de satisfatoriedade no que se refere à elucidação das causas do dano, na medida em que "ela deixa clara a razão da subsistência do nexos causal mesmo quando outros fatos tenham contribuído para o evento danoso"²⁰³.

O professor Rafael Peteffi da Silva ainda registra que, por se assentar em critérios razoáveis de perquirição do liame causal, a teoria da causalidade adequada é bem aceita entre os teóricos nacionais e estrangeiros, sendo também bastante utilizada no âmbito jurisprudencial²⁰⁴.

Por fim, ainda se observa a existência de uma terceira teoria explicativa do nexos de causalidade: trata-se da teoria do dano direto e imediato, que, na concepção de Carlos Roberto Gonçalves, "nada mais é do que um amálgama das anteriores, uma espécie de meio-termo, mais razoável"²⁰⁵.

Discorrendo sobre a teoria dos danos diretos e imediatos, Rafael Peteffi da Silva assevera que diversos autores a consideram como a teoria agasalhada pelo Código Civil brasileiro, em virtude da previsão legal do artigo 403 desse diploma²⁰⁶, segundo a qual "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 professor esclarece, ademais, que, apesar desse dispositivo legal estar inserto apenas na parte relativa às disposições contratuais do Código, uma parcela considerável da

²⁰¹ *Ibidem*, p. 628.

²⁰² Gonçalves, 2010, p. 350.

²⁰³ Noronha, *op. cit.*, p. 630.

²⁰⁴ Silva, 2009, p. 25.

²⁰⁵ Gonçalves, *op. cit.*, p. 350.

²⁰⁶ Silva, *op. cit.*, p. 27; Cf. Gonçalves, *op. cit.*, p. 351.

doutrina advoga a tese no sentido de que a teoria em questão abarca também as relações extracontratuais²⁰⁷.

Por essa teoria, "uma causa somente pode ser considerada direta e imediata se, sem ela, o dano não ocorrer"²⁰⁸, donde se observa que, ao lado das teorias da equivalência dos antecedentes e da causalidade adequada, também há uma preocupação em torno da investigação da causa necessária à produção do evento danoso, isto é, da circunstância que constitui a *conditio sine qua non* do dano²⁰⁹.

Conquanto a teoria do dano direto e imediato seja fruto do artigo 1.151 do Código Civil francês e esteja positivada no nosso diploma civil, "ninguém até hoje, nem entre nós, nem nos sistemas jurídicos com idêntico preceito, conseguiu explicar em termos satisfatórios [...] quais serão esses danos que devem ser considerados 'efeito direto e imediato'"²¹⁰.

Não bastasse isso, assinala Fernando Noronha que o artigo 403 do Código Civil brasileiro contém uma impropriedade linguística, que desvirtua a vontade originária do legislador²¹¹, dificultando o correto entendimento da teoria dos danos diretos e imediatos. Isso porque, ao contrário do que estabelece o dispositivo legal, "os danos indenizáveis não são somente aqueles que puderem ser considerados efeito direto e imediato do fato lesivo"²¹². Assim, assinala o mencionado professor que "se houver situações em que se possa afirmar com segurança que o legislador às vezes vai além da letra da lei [...], esta será seguramente uma delas"²¹³.

Em vista disso, várias teorias se debruçaram na tentativa de explicar a *ratio legis* do preceito normativo contido no referido dispositivo legal, sendo talvez a mais importantes delas a da causalidade necessária, teoria esta defendida em meados do século XX pelo jurista Agostinho Neves de Arruda Alvim²¹⁴.

O professor Fernando Noronha explicita que, na doutrina de Agostinho Alvim, a designação direto e imediato, contida no atual artigo 403 do Código Civil, traduz a ideia de

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 26.

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ *Ibidem*.

²¹⁰ Noronha, 2013, pp. 619-620.

²¹¹ *Ibidem*, p. 621.

²¹² *Ibidem*.

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 624.

um "nexo causal necessário"²¹⁵. E isso porque, nos termos da precisa lição deste autor, uma vez

[...] suposto certo dano, considera-se causa dele a que lhe é próxima ou remota, mas, com relação a esta última, é mister que ela se ligue ao dano, diretamente. Ela é causa necessária desse dano, porque ele a ela se filia necessariamente; é causa única, porque opera por si, dispensadas outras causas. Assim, é indenizável todo o dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária por não existir outra que explique o mesmo dano²¹⁶.

Fernando Noronha reconhece o esforço empreendido por Agostinho Alvim para contornar a dicção legal do artigo 403 do diploma material, mas ainda o considera insuficiente para fins de explicação da abrangência da expressão "dano direto e imediato". Nesse contexto, assinala que, nos moldes em que a teoria da causalidade necessária foi arquitetada, entende-se que a causa do dano nada mais é senão "a *condição necessária e suficiente* dele: é condição necessária, porque sem ele não teria havido dano [...]; é condição suficiente, porque sozinha era idônea para produzir o resultado [...]"²¹⁷.

No entanto, reputando-a demasiadamente exagerada, Fernando Noronha combate a premissa formulada por Agostinho Alvim, por entender que, ao exigir que a ação ou omissão do agente seja não apenas necessária como também suficiente para tornar-se causa do dano, a teoria da causalidade necessária erige um verdadeiro óbice à obrigação indenizatória. Nas palavras do professor, a excessividade dessa corrente teórica está precisamente no fato de que "difícilmente encontraremos uma condição à qual o dano possa com exclusividade ser atribuído"²¹⁸.

Por derradeiro, não obstante a crítica realizada, o professor Fernando Noronha pondera que a defesa de uma teoria da causalidade necessária, "como fazia Alvim, representa assinalável progresso em relação à estreita fórmula 'efeito direto e imediato'"²¹⁹, concluindo que apenas "admitir que o art. 403 deva ser interpretado em sentido diverso do seu teor literal

²¹⁵ *Ibidem.*

²¹⁶ *Ibidem.*

²¹⁷ *Ibidem.*

²¹⁸ *Ibidem.*

²¹⁹ *Ibidem.*

já representa aceitar que a letra desse preceito é demasiado estreita e que é preciso ampliar o seu alcance"²²⁰.

2.2.2. Concausas

Conceitualmente, pode-se dizer que as concausas são causas outras que, somando-se às principais, intensificam o processo causal, mas que, a despeito disso, não têm o condão de iniciá-lo e tampouco de provocar o dano por si próprias. São, no sentir de Sérgio Cavalieri Filho, "circunstâncias que concorrem para o agravamento do dano, mas que não tem a virtude de excluir o nexos causal desencadeado pela conduta principal, nem de, por si sós, produzir o dano"²²¹.

Trata-se de causas acessórias, dissociadas ou não do âmbito cognoscível do agente, que influenciam o resultado do evento danoso, agravando-lhe invariavelmente a situação, sem, no entanto, constituir óbice à configuração da responsabilidade pelo ato ilícito praticado.

Segundo a literatura jurídica, as concausas podem anteceder ao ato que desencadeia o evento danoso, ou seja, à própria formação do liame causal, ou lhe ser posterior, comportando, desse modo, duas importantes classificações: concausas *preexistentes* e concausas *supervenientes*.

As concausas preexistentes, também denominadas de antecedentes, não eliminam a relação de causalidade, "considerando-se como tais aquelas que já existiam quando da conduta do agente, que são antecedentes ao próprio desencadear do nexos causal"²²². Explicitando-as, assevera Sérgio Cavalieri Filho que tanto as condições de saúde da vítima quanto suas eventuais propensões patológicas não atenuam a responsabilidade do agente. Isso porque, na prática, é irrelevante "que de uma lesão leve resulte a morte por ser a vítima hemofílica; que de um atropelamento resultem complicações por ser a vítima diabética; que da agressão física ou moral resulte a morte por ser a vítima cardíaca"²²³, uma vez que, em todas essas ocasiões, responderá o agente pelo resultado mais grave.

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ Cavalieri Filho, 2012, p. 62.

²²² *Ibidem*, p. 63.

²²³ *Ibidem*.

As concausas supervenientes ou concomitantes, por sua vez, são aquelas que incidem em momento posterior à formação do nexo de causalidade e, assim como as preexistentes, concorrem para a intensificação do resultado, não elidindo a responsabilidade do agente. Para melhor ilustrá-las, cita Sérgio Cavalieri Filho o seguinte exemplo: após perder muito sangue, em decorrência de um atropelamento, a vítima vem a falecer porque não é atendida a tempo pelos paramédicos²²⁴. No caso hipotético, a ausência de prestação do socorro, erigindo-se em causa superveniente, é desconsiderada para fins de perquirição da responsabilidade do agente, de forma que se torna irrelevante sob o ponto de vista jurídico, pois, não fosse o atropelamento da vítima, não teria por si só produzido o dano, embora tenha agravado o seu resultado.

No campo da responsabilidade civil, contudo, é importante ter em mente que tais modalidades de concausas somente ganham relevância jurídica quando, "rompendo o nexo causal anterior, erigem-se em causa direta e imediata do dano"²²⁵, dando azo à produção de um novo liame causal, autônomo e, portanto, distinto daquele originário.

Em síntese, portanto, não tendo, *a priori*, relevância para o direito, porquanto desprovidas de condições bastantes para produzir a lesão através de suas próprias forças, as concausas não obstam à imputação de responsabilidade, tampouco afastam o nexo de causalidade, tornando-se o agente responsável pelo resultado mais gravoso independentemente de ter ou não conhecimento das causas que vieram a provocar o agravamento do dano²²⁶.

2.2.3. Causas de injeção da responsabilidade

Consoante já exposto, a responsabilidade civil subjetiva decorre de uma ação ou omissão humana que, violando um dado dever jurídico preexistente, provoca um dano a outrem. Porém, em determinados casos, apesar do agente ter participado do evento danoso, tem-se que não é possível responsabilizá-lo pela ocorrência deste, não sendo lícito atribuir-lhe o respectivo encargo reparatório. Trata-se das situações abrangidas pelas excludentes ou eximentes da responsabilidade, que, na concepção do professor Fernando Noronha, nada mais

²²⁴ *Ibidem.*

²²⁵ *Ibidem.*

²²⁶ *Ibidem.*

são senão "as causas que liberam da obrigação de indenizar a pessoa a quem estava sendo atribuída"²²⁷.

Na doutrina, a isenção de responsabilidade no âmbito extracontratual se dá em três situações: quando o dano decorre de fato exclusivo da vítima, de fato praticado por terceiro e, por último, de caso fortuito ou força maior. Nessas três hipóteses de ausência de imputação da responsabilidade, que serão a seguir delineadas, pode-se dizer, *grosso modo*, que ou o resultado danoso foi provocado por fatores alheios à vontade e ao comportamento do indigitado responsável, ou a participação deste tornou-se irrelevante para a ocorrência do evento danoso, por não ter sido considerada adequada à sua produção.

O fato exclusivo da vítima é usualmente referido por alguns autores como culpa exclusiva da vítima, a exemplo de Sílvio Rodrigues²²⁸, Arnaldo Rizzardo²²⁹ e Maria Helena Diniz²³⁰. José de Aguiar Dias assinala, entretanto, que a boa técnica recomenda a utilização da primeira expressão, em face de sua maior abrangência em comparação à segunda, expressando em termos práticos a vantagem da escolha daquele designativo por meio do seguinte exemplo:

[...]. Não responde, decerto, uma empresa de carris urbanos, pela morte do indivíduo que se atira voluntariamente sob um bonde. Aí, é possível menção à culpa da vítima. Suponhamos, entretanto, que esse indivíduo é louco. Não se pode cogitar de culpa de louco. Mas, por isso, responderá a empresa, quando o fato foi de todo estranho a sua atividade? Claro que não²³¹.

Sílvio Rodrigues ensina que o fato exclusivo da vítima tem o condão de excluir a relação de causalidade, porquanto o agente que aparenta ser o causador direto do dano é tido, na verdade, como mero instrumento de produção do acidente²³². Discorrendo sobre o tema, Sérgio Cavalieri Filho traz o caso de um indivíduo que, por livre e espontânea vontade, lança-se na frente de um veículo, vindo a ser por ele atingido. Nesse exemplo, afirma o autor que não há um liame causal entre o ato do condutor do veículo e o prejuízo sofrido pelo suicida, uma vez que o veículo daquele "foi simples instrumento do acidente, erigindo-se a conduta da

²²⁷ Noronha, 2013, p. 544.

²²⁸ Rodrigues, 2008, p. 166.

²²⁹ Rizzardo, 2013, p. 97.

²³⁰ Diniz, 2013, p. 132.

²³¹ José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, v. 2, 10. ed, rev. e ampl., Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 694.

²³² Rodrigues, *op. cit.*, p. 165.

vítima em causa única e adequada do evento, afastando o próprio nexa causal em relação ao motorista"²³³.

Ocorre que nem sempre o comportamento da vítima constitui a causa única do dano, havendo hipóteses em que concorrem para sua produção tanto o fato desta quanto o fato do agente. Tais casos exigem do magistrado uma delicada e minuciosa verificação das circunstâncias que influem para a ocorrência do resultado danoso, sendo viabilizada a isenção de responsabilidade do indigitado responsável somente quando provado que o fato exclusivo da vítima representa a causa adequada do prejuízo, vale dizer, o fator determinante da produção do dano²³⁴.

De todo o exposto, portanto, conclui-se que, quando presente, o fato exclusivo da vítima elimina o "próprio nexa causal em relação ao aparentemente causador direto do dano, pelo que não se deve falar em simples ausência de culpa deste, mas em causa de isenção de responsabilidade"²³⁵.

Já nas hipóteses em que a causa exclusiva do dano deflui do comportamento de uma terceira pessoa, deve-se ter em mente que a obrigação reparatória também não recai sobre o agente, porque, nos termos da apropriada lição de Sílvio Rodrigues, "desaparece qualquer relação de causalidade entre o comportamento do indigitado responsável e a vítima"²³⁶. Diz-se, portanto, que há fato de terceiro quando o resultado danoso é provocado por alguém estranho à relação jurídica estabelecida entre as partes diretamente envolvidas no evento, quais sejam, o agente e vítima.

O fato de terceiro, segundo a doutrina de José de Aguiar Dias, caracteriza-se pelos seguintes pressupostos:

[...] a) causalidade: escusado dizer que, se não é causa do dano, nenhuma influência pode o fato de terceiro exercer no problema da responsabilidade; b) inimputabilidade: com efeito, se o fato danoso pode ser imputado ao devedor, fica fora de questão apurar em que medida terá influído, no resultado, o fato de terceiro, porque não foi este, mas aquele, o produtor do dano; c) qualidade: terceiro é qualquer pessoa além da vítima e do responsável. Ressalvam-se as pessoas por quem o agente responde [...], porque essas não são terceiros, no sentido de estranhos à relação que aqui nos interessa; [...]; d) identidade: o fato de terceiro há de poder se atribuído a

²³³ Cavalieri Filho, 2012, p. 69.

²³⁴ *Ibidem*.

²³⁵ *Ibidem*.

²³⁶ Rodrigues, 2008, p. 170.

alguém, o que não quer dizer que se imponha, necessariamente, a sua identificação. [...]; e) ilicitude: se o fato de terceiro é causa exclusiva do dano, não há que se indagar se é ou não ilícito, para considerar-se como causa de isenção; se, porém, concorre com o do responsável, este não pode alegá-lo senão quando seja culposo²³⁷.

O autor ainda assinala que, na doutrina, há uma divergência quanto aos efeitos produzidos pelo fato de terceiro, na medida em que uma corrente doutrinária sempre o considera causa de isenção da responsabilidade do agente, enquanto que outra entende que o comportamento do terceiro somente gera esse efeito quando revestido de determinadas características²³⁸. Aderindo à segunda corrente, o aludido mestre afirma com certa veemência que nem toda e qualquer conduta de terceiro é apta a eximir a responsabilidade do agente, pois "o fato de terceiro só exonera quando realmente constitui causa estranha ao devedor"²³⁹, ou seja, quando rompe efetivamente a relação de causalidade entre o dano e o comportamento do indigitado responsável.

Ainda segundo José de Aguiar Dias, a grande problemática da causa estranha²⁴⁰ está em saber, ao certo, se ela foi ou não a causa exclusiva da produção do evento danoso. Em juízo, com efeito, essa prova incumbe ao indigitado responsável, que deve demonstrar não que agiu sem culpa, mas que sua conduta é estranha ao acontecimento²⁴¹, donde se pode concluir que o fato de terceiro é uma questão diretamente relacionada ao pressuposto da relação de causalidade.

Sílvio Rodrigues adverte que, "a rigor, quando o fato de terceiro é a fonte exclusiva do prejuízo, desaparece qualquer relação de causalidade entre o comportamento do indigitado responsável e a vítima"²⁴². No entanto, para efeito de isenção da responsabilidade, é mister que a conduta do terceiro seja não apenas imprevisível como também inevitável, bem como que o agente não tenha contribuído de forma culposa para a produção do evento danoso²⁴³, características essas que aproximam irremediavelmente o fato de terceiro à hipótese de caso fortuito ou de força maior²⁴⁴.

²³⁷ Aguiar Dias, 1995, p. 681.

²³⁸ *Ibidem*, p. 679.

²³⁹ *Ibidem*.

²⁴⁰ José de Aguiar Dias prefere o designativo causa estranha à expressão fato de terceiro, sob o entendimento de que aquela abarca certas hipóteses que, a rigor, não se encaixam perfeitamente no conceito desta. *Ibidem*, p. 684.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 682.

²⁴² Rodrigues, 2008, p. 170.

²⁴³ *Ibidem*, p. 173.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 171.

De acordo com a doutrina do referido autor, tem-se típico caso de isenção de responsabilidade em face da ocorrência do fato de terceiro na situação

[...] do motorista que circula obedecendo a todas as regras do trânsito e que é abalroado por caminhão desgovernado, que, no choque, lança o automóvel sobre um pedestre. O pedestre foi atropelado pelo automóvel, mas a causa do desastre foi o fato de terceiro, isto é, a imprudência do caminhão, circunstância certamente imprevisível e inevitável²⁴⁵.

Nesse caso hipotético, afirma Sílvio Rodrigues que não há uma relação de causa e efeito entre a conduta do suposto responsável, ou seja, o motorista do carro que atropelou, e o dano sofrido pela vítima do acidente, de modo que, "se esta acionar o dois condutores dos veículos, a sentença deverá excluir da demanda a pessoa que dirigia o carro de passeio, pois não foi a causadora do prejuízo"²⁴⁶.

Diante dessas considerações, portanto, pode-se inferir que o fato de terceiro, revestindo-se das características próprias do caso fortuito ou da força maior, vale dizer, sendo imprevisível e inevitável, somente afasta o dever de indenizar "quando rompe o nexos causal entre o indigitado responsável e o dano sofrido pela vítima e, por si só, produz o resultado"²⁴⁷. Afinal, nas palavras de Sílvio Rodrigues, em "não havendo relação de causalidade, não há responsabilidade pela reparação"²⁴⁸.

Quanto à última hipótese de isenção da responsabilidade, Sílvio Rodrigues sucintamente define o caso fortuito ou de força maior como "o ato alheio à vontade das partes contratantes ou do agente causador do dano e que tampouco derivou da negligência, imprudência ou imperícia daquelas ou deste"²⁴⁹.

Amparando-se nos ensinamentos de Arnaldo Medeiros, José de Aguiar Dias registra que o caso fortuito e a força maior devem ser tidos como expressões sinônimas, sendo estéril qualquer tentativa de distinção entre esses conceitos²⁵⁰. Nesse ponto em particular, todavia, é importante salientar que Sérgio Cavalieri Filho estabelece uma interessante

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 173.

²⁴⁶ *Ibidem*.

²⁴⁷ Cavalieri Filho, 2012, p. 70.

²⁴⁸ Rodrigues, *op. cit.*, p. 173.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 174.

²⁵⁰ Aguiar Dias, 1995, p. 686.

diferenciação entre o caso fortuito e a força maior, de modo que não seria possível esgotar o presente item sem antes delinear-lá. Para esse autor, está-se diante de caso fortuito

[...] quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da Natureza, como as tempestades, enchentes etc., estaremos em face da *força maior*, como o próprio nome o diz. É o *act of God*, no dizer dos ingleses, em relação ao qual o agente nada pode fazer para evitá-lo, ainda que previsível²⁵¹.

De acordo com Sérgio Cavalieri Filho, o caso fortuito caracteriza-se pela imprevisibilidade, e a força maior pela irresistibilidade. Quanto à primeira, registra ele que não se trata de uma imprevisibilidade genérica, mas específica, concernente a um acontecimento concreto, porque, não fosse assim, tudo seria previsível. Já no que se refere à segunda, tem-se que a irresistibilidade, que também deve ser aferida *in concreto* pelo magistrado, resulta de um fato que vai além das forças do indigitado responsável, ainda que por ele seja previsível. Não obstante essas distinções, conclui o autor que, na prática, esses conceitos se equiparam quanto aos seus efeitos, dado que ambos têm como ponto em comum a inevitabilidade: "só que no fortuito a inevitabilidade decorre da imprevisibilidade e na força maior da irresistibilidade"²⁵².

José de Aguiar Dias assevera que a jurisprudência brasileira sempre se manteve fiel em caracterizar o caso fortuito ou de força maior como um fato imprevisível e inevitável, bem como que o Código Civil brasileiro optou pela adoção de um critério objetivo para fins de sua aferição no caso concreto²⁵³, ao prescrever, no artigo 393, parágrafo único, que o "caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir".

Na visão do mencionado doutrinador, o conceito de caso fortuito ou de força maior assenta-se em dois elementos: um objetivo, relativo à imprevisibilidade ou inevitabilidade do evento, e outro subjetivo, referente à ausência de culpa do agente. A razão maior para a instituição de um critério subjetivo está em que o caso fortuito ou de força maior

²⁵¹ Cavalieri Filho, 2012, p. 71.

²⁵² *Ibidem*, pp. 71-72.

²⁵³ *Ibidem*, p. 687.

[...] atua como excludente porque é elemento gerador estranho ao desempenho do devedor. Se é assim, não pode ter esse efeito senão em benefício do devedor isento de culpa, pois para aquele que nesta incide ele não aparece como causa estranha, mas causa ligada ao mau desempenho da obrigação²⁵⁴.

Deve-se destacar, ainda, que, na visão de José de Aguiar Dias, nem todo acontecimento imprevisível ou inevitável para o agente pode ser tido, sempre e sempre, como um caso fortuito, uma vez que "tudo depende das condições de fato em que se verifique o evento. O que é hoje caso fortuito, amanhã deixará de sê-lo, em virtude do progresso da ciência ou da maior previdência humana²⁵⁵.

Sílvio Rodrigues elucida que, no cotidiano forense, a caracterização dessa terceira causa de isenção da responsabilidade fica a cargo do prudente arbítrio do magistrado, cujo rigor poderá variar de acordo com a vertente teórica adotada para a elucidação da demanda e as circunstâncias fáticas do caso concreto, "pois o juiz encontrará na flexibilidade da expressão *caso fortuito ou de força maior* uma porta para julgar por equidade e mesmo contra a severidade da lei, ainda quando esta não o autoriza a lançar mão daquele recurso"²⁵⁶. Mostrando-se favorável à dilatação da liberdade do julgador, o referido doutrinador arremata que

[...] a flexibilidade da expressão *caso fortuito ou de força maior* [...] talvez se apresente como instrumento útil para corrigir distorções que a própria vida apresenta. Valendo-se de tal liberdade e fugindo de uma apreciação objetiva, excessivamente rígida, quem sabe conseguirá o julgador chegar a conclusões que melhor atendam ao interesse social.

Por derradeiro, José de Aguiar Dias assinala que os doutrinadores, não raro, costumam aproximar a causa estranha e a força maior em razão do efeito que produzem no caso concreto, qual seja, a exoneração da responsabilidade. Destaca, no entanto, que, por essa concepção, ambas as noções se confundem, em prejuízo do correto entendimento das especificidades de cada uma delas²⁵⁷. Para ele, causa estranha e força maior são conceitos independentes entre si, sendo o primeiro caracterizado pela relatividade, e o segundo pela absolutidade, qualidades estas que dizem respeito à possibilidade ou não de isenção da

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 692.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 686.

²⁵⁶ Rodrigues, 2008, p. 177.

²⁵⁷ Aguiar Dias, 1995, p. 685.

responsabilidade, aferível de acordo com as "qualidades ou capacidades e aos deveres do agente"²⁵⁸.

3. Dano

Em cotejo à conduta humana culposa e ao liame de causalidade, assinala José de Aguiar Dias que o dano é o pressuposto que menos suscita controvérsias no âmbito da responsabilidade civil²⁵⁹.

O dano é sucintamente definido pelo referido doutrinador como "o resultado da lesão ou injúria sobre o patrimônio moral ou material"²⁶⁰, tendo relevância para a responsabilidade civil apenas e tão somente quando "constitui requisito da obrigação de indenizar"²⁶¹.

Dentre as diversas noções de dano suscitadas pela literatura jurídica, José de Aguiar Dias considera como mais adequada aquela proposta pelo jurista Hans Albrecht Fischer, que o analisa sob duas dimensões distintas, quais sejam,

[...] a) a vulgar, de prejuízo que alguém sofre, na sua alma, no seu corpo ou seus bens, sem indagação de quem seja o autor da lesão de que resulta; e b) a jurídica, que, embora partindo da mesma concepção fundamental, é delimitada pela sua condição de pena ou de dever de indenizar, e vem a ser o prejuízo sofrido pelo sujeito de direitos em consequência da violação destes por fato alheio. Assim, a lesão que o indivíduo irroga a si mesmo produz dano, em sentido vulgar. Mas tal dano não interessa ao direito²⁶².

Para José de Aguiar Dias, a causa do dano é sempre única, de modo que apenas os seus efeitos assumem feições distintas. Em razão disso, a depender da repercussão gerada sobre a esfera jurídica da vítima, ensina o autor que o dano pode caracterizar-se como patrimonial ou não-patrimonial.

²⁵⁸ *Ibidem*.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 713.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 714.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 716.

²⁶² *Ibidem*, p. 715.

Atento a essa distinção, o aludido civilista procura definir o dano patrimonial usando como ponto de partida o conceito de patrimônio²⁶³. Para ele, o patrimônio possui duas acepções: uma jurídica e outra econômica. A primeira traduz "o complexo de direitos que reúne duas entidades, a 'entidade patrimonial ativa' de Bekker, constituída do cômputo de direitos apreciáveis em dinheiro (patrimônio jurídico), e o passivo patrimonial²⁶⁴. Já a segunda, por seu turno, volta-se ao conceito econômico de patrimônio, que, segundo a lição de Hans Albrecht Fischer, nada mais é senão "a totalidade de bens economicamente úteis que se acham dentro do poder de disposição de uma pessoa"²⁶⁵.

Após delinear-las, José de Aguiar Dias assevera, contudo, que não deve se utilizar a noção jurídica para fins de aferição do dano patrimonial, porque ela não leva em consideração o valor dos bens componentes do patrimônio do lesado. Essa avaliação, em sua visão, somente se faz possível por meio da adoção do sentido econômico de patrimônio, que é pautada fundamentalmente na ideia de valor. Por essa razão, o renomado jurista conclui que "o dano patrimonial pressupõe sempre ofensa ou diminuição de certos valores econômicos"²⁶⁶.

Na esfera patrimonial, tem-se que o dano advém de uma lesão concreta e provoca um prejuízo certo à vítima²⁶⁷. Apesar disso, tal desfalque patrimonial é "suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado, senão diretamente - mediante restauração natural ou reconstituição específica da situação anterior à lesão -, pelo menos indiretamente - por meio de equivalente ou indenização pecuniária"²⁶⁸.

José de Aguiar Dias registra que, em regra, "os efeitos do ato danoso incidem no patrimônio atual, cuja diminuição ele acarreta"²⁶⁹. No entanto, hipóteses há em que os efeitos do dano se projetam para o futuro, reduzindo ou até mesmo obstando um benefício patrimonial passível de obtenção pelo lesado. Por essa razão, diz-se que o dano patrimonial se desdobra em duas modalidades, quais sejam, a dos "danos emergentes" e a dos "lucros cessantes", que podem aparecer isolada ou cumulativamente, a depender das circunstâncias fáticas do caso concreto²⁷⁰. Tais desdobramentos, aliás, foram positivados pelo próprio

²⁶³ *Ibidem*, p. 717.

²⁶⁴ *Ibidem*.

²⁶⁵ *Ibidem*.

²⁶⁶ *Ibidem*, pp. 717-718.

²⁶⁷ *Ibidem*, pp. 718-719.

²⁶⁸ Cavalieri Filho, 2012, p. 78.

²⁶⁹ Aguiar Dias, *op. cit.*, p. 719

²⁷⁰ *Ibidem*.

Código Civil brasileiro, o qual estabeleceu, em seu artigo 402, que "as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar".

Grosso modo, pode-se afirmar que o dano emergente nada mais é senão o real prejuízo sofrido pelo lesado em virtude do evento danoso, ou seja, a "efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão do ato ilícito"²⁷¹. Em regra, a quantificação desse dano é equivalente ao prejuízo concreto experimentado pela vítima, desde que esse será aferido por meio da constatação da diferença do valor patrimonial anterior e posterior à ocorrência do dano. Para ilustrar a mensuração do dano emergente, Sérgio Cavalieri Filho vale-se do seguinte exemplo: "num acidente de veículo com perda total, o dano emergente será o integral valor do veículo. Mas, tratando-se de perda parcial, o dano emergente será o valor do conserto"²⁷².

O lucro cessante, por sua vez, refere-se à cessação de uma expectativa futura de ganho da parte lesada em decorrência do dano. Consiste, pois, "na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima"²⁷³. Exemplos clássicos de lucro cessante citados pela doutrina são o do médico que, após sofrer um dano, vê-se impossibilitado de realizar suas consultas profissionais, bem como o do taxista que perde suas corridas habituais por ter sido o seu veículo abalroado por um condutor que trafegava imprudentemente pela rodovia.

Sérgio Cavalieri Filho adverte que, apesar do artigo 402 do Código Civil prescrever que as perdas e danos também abrangem aquilo que o credor razoavelmente deixou de lucrar, abrindo margem para a existência de dúvidas acerca da efetiva extensão do comando legal, o ganho esperado pela vítima "não pode ser algo meramente hipotético, imaginário, porque tem que ter por base uma situação fática concreta"²⁷⁴.

Nesse contexto, parafraseando Hans Albrecht Fischer, elucida José de Aguiar Dias que, para efeito de computação do lucro cessante,

[...] a mera possibilidade não basta, mas também não se exige a certeza absoluta. O critério acertado está em condicionar o lucro cessante a uma

²⁷¹ Cavalieri Filho, 2012, p. 78.

²⁷² *Ibidem*.

²⁷³ *Ibidem*, p. 79.

²⁷⁴ *Ibidem*.

probabilidade objetiva resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos conjugados às circunstâncias peculiares ao caso concreto²⁷⁵.

O dano extrapatrimonial, por seu turno, é aquele que se obtém por exclusão do dano patrimonial: caso as circunstâncias não revistam as características próprias para a configuração do dano patrimonial, o dano será tido como não patrimonial ou moral²⁷⁶. A despeito de suas distintas nuances, adverte José de Aguiar Dias que essas duas modalidades de dano não são estanques, de modo que "tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a um bem não patrimonial como dano moral em resultado de ofensa a bem material"²⁷⁷.

Enfim, a respeito das especificidades do dano extrapatrimonial, maiores comentários serão tecidos no último capítulo da presente monografia, que se voltará especificamente ao dano moral e à problemática do arbitramento judicial do seu montante indenizatório.

²⁷⁵ *Ibidem*, pp. 720-721.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 729.

²⁷⁷ *Ibidem*.

CAPÍTULO 3 - DANO MORAL: UM ENSAIO ACERCA DA PROBLEMÁTICA DO ARBITRAMENTO JUDICIAL DO SEU VALOR INDENIZATÓRIO NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA.

3.1. Noções gerais a respeito do chamado "dano moral"

Assinalou-se linhas atrás que o dano é um só, sendo apenas os seus efeitos apartados conforme a repercussão gerada sobre a esfera jurídica da parte lesada. De fato, é cediço que os efeitos produzidos pelo dano traduzem na maioria das vezes um desfalque material no patrimônio da parte lesada, facilmente aferível e, portanto, quantificável. Todavia, o dano nem sempre se restringe ao aspecto meramente patrimonial, de sorte que, em certas hipóteses, seus efeitos extrapolam a órbita do patrimônio material da vítima, atingindo-lhe em sua integridade moral.

Assim, nos casos em que os efeitos do dano incidem sobre o patrimônio ideal da vítima, cujo conteúdo é insuscetível de avaliação pecuniária, diz-se usualmente que se está diante de um dano extrapatrimonial ou moral.

Para que se possa compreender as especificidades do dano anímico, que serão delineadas ao longo do presente capítulo, é necessário, antes de mais nada, conceituá-lo. Ressalte-se que diversos doutrinadores nacionais e estrangeiros já se empenharam nessa tarefa, razão pela qual o presente trabalho monográfico não se preocupará em esgotar os diversos conceitos estabelecidos a seu respeito pela literatura jurídica.

José de Aguiar Dias parte de uma aferição residual ou por exclusão para definir o conceito de dano moral. Na concepção do mencionado jurista, com efeito, "quando ao dano não correspondem as características do *dano patrimonial*, dizemos que estamos em presença do dano moral"²⁷⁸.

Para Arnaldo Rizzardo, o dano moral é aquele que "atinge valores eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz, a liberdade física, a tranquilidade de espírito, a reputação etc." ²⁷⁹, enquanto que, para a professora Maria Helena Diniz, o dano

²⁷⁸ Aguiar Dias, 1995, p. 729.

²⁷⁹ Rizzardo, 2013, p. 232.

extrapatrimonial traduz "a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa natural ou jurídica, provocada pelo fato lesivo"²⁸⁰.

O jurista Sílvio Rodrigues, por sua vez, não se preocupa em estabelecer uma conceituação própria e precisa da expressão "dano moral". Limita-se o autor a reproduzir a clássica definição extraída da monografia de Wilson Melo da Silva, segundo a qual os danos morais

[...] são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico²⁸¹.

Para Sérgio Cavalieri Filho, a noção de dano extrapatrimonial deve ser entendida por meio de dois diferentes pontos de vista, quais sejam, o do dano moral em sentido restrito e o do dano moral em sentido amplo²⁸².

Segundo o referido autor, o dano moral *stricto sensu* nada mais é senão a violação do direito à dignidade²⁸³. A dignidade, nesse contexto, é tida como

[...] o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, que não é passível de ser substituído por um equivalente. É uma qualidade inerente aos seres humanos enquanto entes morais. Na medida em que exercem de forma autônoma a sua razão prática, os seres humanos constroem distintas personalidades humanas, cada uma delas absolutamente individual e insubstituível. A dignidade é totalmente inseparável da autonomia para o exercício da razão prática. A vida só vale a pena se digna²⁸⁴.

Sérgio Cavalieri Filho ensina que a constituição do dano moral em sentido estrito independe de qualquer reação psíquica da parte lesada. Vale dizer, em outras palavras, que não se exige qualquer exteriorização de sentimentos pelo ofendido - tais como dor, vexame ou sofrimento - para que se configure o dano anímico. O que importa, na verdade, é investigar se houve ou não efetiva agressão à dignidade da vítima, haja vista que "pode haver ofensa à

²⁸⁰ Diniz, 2013, p. 107.

²⁸¹ Rodrigues, 2008, p. 189.

²⁸² Cavalieri Filho, 2012, p. 88.

²⁸³ *Ibidem*.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 89.

dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade"²⁸⁵.

A grande importância atribuída a essa noção mais restrita é que ela tem o condão de viabilizar

[...] o reconhecimento do dano moral em relação a várias situações nas quais a vítima não é passível de detrimento anímico, como se dá com doentes mentais, as pessoas em estado vegetativo ou comatoso, crianças de tenra idade e outras situações tormentosas. Por mais pobre e humilde que seja uma pessoa, ainda que completamente destituída de formação cultural e bens materiais, por mais deplorável que seja seu estado biopsicológico, ainda que destituída de consciência, enquanto ser humano será detentora de um conjunto de bens integrantes de sua personalidade, mais precioso que o patrimônio. É a *dignidade humana*, que não é privilégio apenas dos ricos, cultos ou poderosos, que deve ser por todos respeitada"²⁸⁶.

Em seu sentido amplo, o dano moral refere-se à violação aos direitos da personalidade, que, segundo Sérgio Cavalieri Filho, não guardam necessariamente uma relação direta com a dignidade²⁸⁷. O referido autor assinala que a reputação, a imagem, o bom nome, as relações afetivas, as convicções pessoais, os sentimentos etc. são típicos exemplos de direitos da personalidade. De forma que, uma vez maculados, tem-se perfeitamente configurado o dano moral, ainda que à margem de qualquer vilipêndio à dignidade da vítima no caso concreto²⁸⁸.

Após delinear cada um desses dois aspectos, Sérgio Cavalieri Filho chega a uma importante definição, no sentido de que o dano moral nada mais é do que "uma agressão a um bem ou atributo da personalidade"²⁸⁹.

Quanto à evolução doutrinária do instituto, observa-se que o dano anímico passou por basicamente três fases distintas: a da total irreparabilidade; a da reparabilidade mitigada; e, por fim, a da completa reparabilidade.

O primeiro momento por que passou o dano moral é denominado por Sérgio Cavalieri Filho de "fase da irreparabilidade". Nesse período, a concepção doutrinária era a de

²⁸⁵ *Ibidem.*

²⁸⁶ *Ibidem.*

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 90.

²⁸⁸ *Ibidem.*

²⁸⁹ *Ibidem.*

que os efeitos do referido dano seriam inestimáveis em relação à vítima, de modo que este não comportaria reparação. Entendia-se, ademais, que as consequências do abalo anímico, como, *v. g.*, a dor, o vexame e o sofrimento, não eram passíveis de mensuração objetiva, bem como que qualquer esforço empreendido para quantificá-las seria imoral. Contudo, pautando-se num raciocínio equivocado, tal concepção foi aos poucos evidenciando os traços de sua insubsistência.

De acordo com mencionador autor, a premissa central dos defensores da irreparabilidade do dano anímico encontra seu maior contraponto no argumento de que o ressarcimento deste

[...] não tende à *restitutio in integrum* do dano causado, tendo mais uma genérica *função satisfatória*, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. Substitui-se o conceito de equivalência, próprio do direito material, pelo de compensação, que se obtém atenuando, de maneira indireta, as consequências do sofrimento²⁹⁰.

Posteriormente, com os avanços operados no âmbito doutrinário, a reparabilidade do dano moral passou a ser lentamente admitida no âmbito jurídico, embora ainda com algumas ressalvas: exteriorizavam-se os primeiros sinais da época marcada pela reparabilidade mitigada do dano anímico.

Nessa segunda fase, caracterizada pela inacumulabilidade do dano moral e material, a literatura jurídica e a jurisprudência admitiam a reparabilidade do dano moral apenas quando este fosse autônomo, vale dizer, quando não cumulado com o dano material no caso concreto. Entendia-se, nesse período, que o dano anímico era absorvido pelo dano material, de modo que este afastaria a reparação daquele²⁹¹. Entretanto, para Sérgio Cavalieri Filho, tal entendimento também fundamenta-se num sofisma, dado que a vítima, em diversos casos, "além do prejuízo patrimonial, sofre também dano moral, que constitui um *plus* não abrangido pela reparação material. E assim é porque o dano material "atinge bens do patrimônio da vítima, enquanto o dano moral ofende bens da personalidade"²⁹². Por isso, conclui o autor que

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 91.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 92.

²⁹² *Ibidem*.

[...] o deferimento de indenização por dano patrimonial não abrange o dano moral, posto que, embora provenientes da mesma causa - o ato ilícito - produzem efeitos nitidamente distintos. São, conseqüentemente, coisas diversas, produzem efeitos distintos, pelo que não é possível falar em absorção²⁹³.

Atentando-se a essas distinções, a doutrina chegou, por fim, ao período da cumulabilidade dos danos material e moral. Sérgio Cavalieri Filho assevera que, no ordenamento jurídico brasileiro, tal fase veio à tona com o advento da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu a ampla reparabilidade do dano moral nos incisos V e X do seu artigo 5º, bem assim a nível infraconstitucional com a criação de algumas legislações especiais, a exemplo da Lei 8.078/91 (Código de Defesa do Consumidor), que, nos incisos VI e VII do artigo 6º, preocupa-se com a reparação do dano anímico²⁹⁴.

Com a promulgação da Constituição Cidadã, portanto, todas as discussões afloradas em torno da (ir)reparabilidade do dano moral tornaram-se estéreis na doutrina, de modo que a problemática, nos dias atuais, transmudou-se para o arbitramento judicial do seu valor indenizatório, assunto que será abordado com maior riqueza de detalhes no próximo subcapítulo desta monografia.

Outro ponto bastante discutido no âmbito doutrinário diz respeito à configuração do dano moral. Afinal, como saber se uma dada ofensa é ou não hábil a configurar o dano anímico? Nesse contexto, entende Sérgio Cavalieri Filho que, em face da inexistência de critérios, o magistrado deve se valer do bom senso e da prudência para fins de constatação do dano moral. Para a consecução dessa tarefa, o julgador deve "tomar por paradigma o cidadão que se coloca a igual distância do homem frio, insensível, e o homem de extremada sensibilidade"²⁹⁵, viabilizando a aferição do dano mediante um processo cognitivo a que o autor denomina de "lógica do razoável".

Deve-se ter em mente, além disso, que não é toda violação à dignidade que dá à vítima o direito a pleitear em juízo a indenização pelo abalo moral sofrido. Isso porque, na concepção de Sérgio Cavalieri Filho, a dor, o vexame ou o sofrimento somente pode ocasionar o dano anímico quando,

²⁹³ *Ibidem.*

²⁹⁴ *Ibidem.*

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 93.

[..] fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústias e desequilíbrio em seu bem estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. [...].

Dor, vexame, sofrimento e humilhação são consequência, e não causa. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, dor, vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por causa *uma agressão à dignidade de alguém*²⁹⁶.

Ainda de acordo com o entendimento desse autor, a gravidade do dano, especialmente quando provocado no patrimônio moral, não deve ser verificada por meio de fatores subjetivos, senão por critérios fundamentalmente objetivos, ou seja, não pode ser aferida à luz da sensibilidade particular da vítima, mas da proteção jurídica concedida ao bem jurídico vilipendiado²⁹⁷.

Ciente da impossibilidade de sua verificação material, grande parte da doutrina entende que o dano moral prova-se *in re ipsa*²⁹⁸. Assim, para prová-lo em juízo, basta que seja demonstrada a prática de conduta hábil a macular um atributo da personalidade da parte lesada. E assim é porque, segundo ensina Sérgio Cavalieri Filho, o dano a interesse extrapatrimonial origina-se "do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum"²⁹⁹.

Nesse sentido, assevera Carlos Roberto Gonçalves que, em face de suas especificidades, o dano moral opera uma presunção absoluta de turbação sobre a esfera jurídica da vítima. Por essa razão, "não precisa a mãe comprovar que sentiu a morte do filho; ou o agravado em sua honra demonstrar em juízo que sentiu a lesão; ou o autor provar que ficou vexado com a não inserção de seu nome no uso público da obra [...]"³⁰⁰.

No que se refere à quantificação da indenização por dano moral, a doutrina costuma apontar duas modalidades de liquidação: a tarifação legal e o arbitramento judicial.

²⁹⁶ *Ibidem*.

²⁹⁷ *Ibidem*.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 97.

²⁹⁹ *Ibidem*.

³⁰⁰ Gonçalves, 2010, p. 389.

Sergio Cavalieri registra que, antes da Constituição de 1988, a jurisprudência brasileira valia-se habitualmente de critérios previstos nas legislações especiais para quantificar o valor do dano anímico³⁰¹. Durante todo esse período, a Lei de Imprensa (Lei n.º 5.250/67) exerceu forte influência sobre os julgadores, pois estabeleceu valores indenizatórios limites, em salários mínimos, nas hipóteses de responsabilidade civil dos jornalistas e das sociedades empresárias exploradoras dos meios de comunicação ou divulgação³⁰² - que eram aplicados por analogia aos demais casos -, bem como instituiu alguns nortes interpretativos para a quantificação das indenizações a título de dano moral, ainda hoje muito utilizados pelos juízes de direito, como, v. g., "a situação econômica do lesado; a intensidade do sofrimento; a gravidade, a natureza e a repercussão da ofensa; o grau de culpa e a situação econômica do ofensor [...]"³⁰³ etc.

Todavia, desde o advento da Constituição Federal de 1988, o critério da tarifação perdeu a sua razão de ser, não possuindo mais aplicação no território brasileiro³⁰⁴. Isso porque, consoante o ensinamento de Sérgio Cavalieri Filho,

[...] a Constituição criou um sistema geral de indenização por dano moral decorrente de violação dos agasalhados direitos subjetivos privados. E, nessa medida, submeteu a indenização por dano moral ao Direito Civil comum, e não a qualquer lei especial. Isto quer dizer, muito objetivamente, que não se postula mais a reparação por violação dos direitos da personalidade, enquanto direitos subjetivos privados, no cenário da lei especial, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Não teria sentido pretender que a regra constitucional nascesse limitada pela lei especial anterior ou, pior ainda, que a regra constitucional autorizasse tratamento discriminatório. Diante dessa realidade, é inaplicável, até mesmo, a discutida *gesetzeskonformen versassunginterpretation*, isto é, a interpretação da Constituição em conformidade com a lei ordinária. Dentre os perigos que tal interpretação pode acarretar, Gomes Canotilho aponta o "perigo de a interpretação da Constituição de acordo com as leis ser uma interpretação inconstitucional"³⁰⁵.

Desde então, com efeito, o tabelamento de quantias indenizatórias legal foi substituído pelo sistema de arbitramento judicial. Por esse meio de fixação, a estimação do *quantum* da reparação à guisa de dano moral dá-se não através da observância de valores pecuniários previamente estabelecidos pelo ordenamento jurídico, mas de acordo apenas com

³⁰¹ Cavalieri Filho, 2012, p. 104.

³⁰² *Ibidem*.

³⁰³ Gonçalves, 2010, p. 399.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 397.

³⁰⁵ Cavalieri Filho, *op. cit.*, p. 104.

a prudência do magistrado, após o esgotamento da análise das especificidades do caso concreto.

Por fim, quanto à natureza jurídica da indenização, é importante destacar que não há um consenso doutrinário sobre a temática. Segundo o entendimento de Flávio Tartuce, três correntes teóricas defrontam-se para estabelecer a natureza jurídica da indenização por dano moral: a primeira entende que a indenização teria finalidade somente compensatória, sendo, portanto, despida de qualquer caráter pedagógico ou disciplinador; a segunda corrente teórica, por sua vez, concebe que a indenização seria dotada apenas de caráter sancionatório, assemelhando-se ao instituto dos *punitives damages* do direito norte americano; a terceira preconiza que a indenização por dano moral teria natureza jurídica mista, constituindo-se tanto por um caráter compensatório principal quanto por um caráter disciplinador acessório³⁰⁶.

Apesar disso, Carlos Roberto Gonçalves menciona que, no âmbito da literatura jurídica, prevalece o entendimento no sentido de que a reparação civil do dano expatrimonial abarca duas finalidades, sendo uma primacial, qual seja, a compensatória, e outra subsidiária, chamada de sancionatória. Nesse sentido, assinala o autor, citando a lição de Yussef Said Cahali, que

[...] a sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente dita, já que indenização significa eliminação do prejuízo e das suas consequências, o que não é possível quando se trata de dano expatrimonial; a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa³⁰⁷.

Portanto, demonstradas as principais características do dano moral, passe-se, nesse momento, ao estudo da problemática que gravita em torno de sua quantificação indenizatória.

³⁰⁶ Flávio Tartuce, *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*, v. 2, 8ª. ed., rev. atual. e ampl., São Paulo, Método, 2013, pp. 409-410.

³⁰⁷ Gonçalves, 2010, p. 397.

3.2. A problemática do arbitramento judicial da indenização por dano moral no âmbito da responsabilidade civil subjetiva.

Uma vez estabelecida a plena reparabilidade do dano moral pela Constituição Federal de 1988, erigiu-se um novo cenário para a responsabilidade civil, tão tormentoso quanto aquele perpassado durante a fase da irreparabilidade do dano a interesses extrapatrimoniais da vítima: a problemática do dano, que por muito tempo referiu-se à aferição do seu *an debeat*, transmudou-se para a perquirição do *quantum debeat* da reparação, vale dizer, passou da verificação da própria existência do dano moral para a estimativa de sua correlata indenização pecuniária.

Historicamente, uma das grandes objeções à reparabilidade do dano moral dizia respeito à impossibilidade de se fazer uma rigorosa avaliação pecuniária do abalo anímico sofrido pela pessoa lesada³⁰⁸. No entanto, a pouco e pouco reconheceu-se que, a despeito disso, não poderia o dano extrapatrimonial carecer de indenização, porque até mesmo certos danos patrimoniais eram tidos como de difícil estimativa³⁰⁹, e nem por isso deixavam de ser indenizados pela ordem jurídica vigente.

Afinal, como é possível obter

[...] uma reparação justa do dano moral? Como apurar o *quantum indenizatório*, se o padrão moral varia de pessoa para pessoa e se tanto o próprio nível social, econômico, cultural e intelectual como o meio em que vivem os interessados repercutem no seu comportamento? Se a reparação do dano moral não tem correspondência pecuniária, ante a impossibilidade material de equivalência de valores, como poderá ser absoluta e precisa?³¹⁰.

Em face da inexistência de respostas seguras a tais questionamentos, bem assim pela impossibilidade de se estabelecer uma precisa correspondência entre o dano extrapatrimonial e o critério valorativo patrimonial, é possível afirmar que, nos dias atuais, "um dos grandes desafios da ciência jurídica é o da determinação dos critérios de quantificação do

³⁰⁸ Diniz, 2013, p. 113; Gonçalves, 2010, p. 390.

³⁰⁹ Pontes de Miranda, 1959, p. 33.

³¹⁰ Diniz, *op. cit.*, p. 118.

dano moral, que sirvam de parâmetros para o órgão judicante na fixação do *quantum debeat*³¹¹.

Isso porque o arbitramento judicial da indenização a título de dano moral remonta a um contexto estritamente subjetivo, o que faz com que a estimação do valor reparatório deflagre não apenas enormes incertezas jurídicas, mas também graves divergências em relação ao desfecho dos casos concretos. Não são raras, no cotidiano forense, as hipóteses de indenizações em patamares completamente distintos para casos de elevada semelhança fática, bem como em montantes aproximados para casos díspares, que geram sentimentos de desconforto e insatisfação tanto para a comunidade jurídica quanto para os próprios jurisdicionados.

A grande problemática em torno da estimação da indenização por dano anímico resulta de um simples fato: não existem parâmetros legais suficientemente hábeis a nortear o magistrado na árdua tarefa de arbitrar o valor da obrigação reparatória. O próprio Código Civil, aliás, que deveria regulamentar a fundo a temática, com o fito de auxiliar a apuração do *quantum* e de evitar a proliferação de zonas interpretativas cinzentas, trata muito timidamente da matéria no capítulo destinado à indenização, dispondo apenas, em seu art. 944, que "a indenização mede-se pela extensão do dano".

Cientes da dificuldade de se estimar um valor para o dano extrapatrimonial, e visando a contornar a insuficiência legislativa em matéria de responsabilidade civil, os doutrinadores pátrios uniram esforços no afã de estabelecer balizas para a quantificação da obrigação reparatória. Assim, estabeleceu-se na doutrina que, ao lado dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, deveria o magistrado levar em consideração alguns critérios avaliativos para fins de arbitramento da indenização a título de dano moral, quais sejam, (i) a gravidade do dano, (ii) a situação financeira das partes, (iii) a intensidade do dolo ou da culpa do ofensor, (iv) o grau de contribuição da vítima para a ocorrência do evento danoso e (v) determinadas características pessoais das partes, tais como idade, sexo, nível social e grau de escolaridade³¹².

Ocorre que, por não possuírem a cogência própria de uma norma, tais balizas provocam enorme insegurança jurídica quando vem a ser utilizadas na prática pelos

³¹¹ *Ibidem*.

³¹² Cf. Gonçalves, 2010, p. 399; Wladimir Valler, *A reparação do dano moral no direito brasileiro*, São Paulo: EV Editora, 1994, p. 301; e José Raffaelli Santini, *Dano moral: doutrina, jurisprudência e prática*, Campinas, Agá Juris, 2000, p. 45.

magistrados, seja pela renitente controvérsia em torno da natureza jurídica da reparação por dano moral, que põe em xeque a legitimidade de critérios há muito consagrados pela doutrina e aplicados pela jurisprudência, seja em virtude das decisões proferidas pelos juízos e Tribunais brasileiros, que não estabelecem relação uniforme quanto à escolha dos parâmetros quantitativos, modulando-se periodicamente a fim de priorizar ora um ora outro critério para a elucidação do caso concreto.

Cotejando-se pronunciamentos judiciais emanados por Tribunais de distintas regiões do País, é possível observar grande descompasso em torno das indenizações por dano moral. Exemplo disso é que numa ação condenatória, em cujo bojo pleiteava o autor indenização pelo abalo anímico sofrido em razão do trágico acidente que vitimou seu filho, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina arbitrou em favor do genitor uma verba indenizatória no montante de R\$ 33.900,00³¹³, ao passo que, num caso semelhante, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul condenou o lesante ao pagamento de quantia equivalente a mais que o dobro do valor tido como prudente pelo pretório cararinense para a mesma hipótese, qual seja, R\$ 72.400,00³¹⁴. Em outro caso, o Tribunal catarinense outorgou indenização a título de dano anímico em R\$ 60.000,00 pelo falecimento do descendente do autor, cuja vida foi ceifada por ocasião de um abalroamento de veículos provocado pelo réu³¹⁵, enquanto que, noutro caso mais grave, em que no mesmo acidente de trânsito foram a óbito os dois filhos da parte autora, o Tribunal de Justiça gaúcho reputou prudente fixar o montante indenizatório em módicos R\$ 67.800,00³¹⁶.

A situação torna-se ainda mais preocupante quando se depreende que até mesmo no âmbito da mesma Corte de Justiça há enorme desproporção entre as decisões judiciais no tocante ao *quantum* da indenização por dano moral. Cita-se, à guisa de exemplo, que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por ocasião do julgamento de casos similares de dano moral por morte de filho, já arbitrou indenizações em valores absolutamente distintos, quais sejam, R\$ 50.000,00³¹⁷, R\$ 100.000,00³¹⁸ e R\$ 200.000,00³¹⁹, para os genitores que

³¹³ TJSC, Apelação Cível n.º 2013.078700-9, de São José. 1ª Câmara de Direito Civil. Des. Rel. Domingos Paludo. Julgamento em 08.5.2014.

³¹⁴ TJRS, Apelação Cível n.º 70050590439, de Canoinhas. 12ª Câmara Cível. Desa. Rel. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira. Julgamento em 11.9.2014.

³¹⁵ TJSC, Apelação Cível n.º 2013.078088-5, de Guaruva. 3ª Câmara de Direito Civil. Des. Rel. Fernando Carioni. Julgamento em 10.12.2013.

³¹⁶ TJRS, Apelação Cível n.º 70057596108, de Santo Cristo. 12ª Câmara Cível. Des. Rel. Umberto Guaspari Sudbrack. Julgamento em 10.7.2014.

³¹⁷ TJSC, Apelação Cível n.º 2013.048536-3, de Blumenau. 6ª Câmara de Direito Civil. Des. Rel. Alexandre d'Ivanenko. Julgamento em 29.8.2014.

ingressaram com as devidas ações condenatórias, demonstrando, dessa forma, evidente desarmonia no entendimento tanto das Câmaras Cíveis que o compõem quanto dos próprios julgadores que nestas integram.

Soma-se a esse contexto de elevada incerteza que, no dia a dia forense, é comum o fato dos magistrados não externarem a lógica utilizada para chegar ao valor indenizatório, limitando-se apenas a indicar abstrata e genericamente a observância dos critérios estabelecidos pela doutrina para a estimação do valor compensatório do dano moral; quando optam por fazê-lo, utilizam-se de designativos estritamente subjetivos, revestidos de duvidosa legitimidade, para, no fundo, arbitrar de maneira puramente aleatória o montante da indenização pecuniária³²⁰. Tais práticas, no entanto, tão somente contribuem para transformar o ordenamento jurídico numa verdadeira anarquia judicial, provocando efeitos deletérios para toda a sociedade.

E isso se deve porque a conjugação desses fatores não apenas dá margem a exacerbado voluntarismo quando da tomada de decisões por parte dos juízes de direito brasileiros, convertendo-os numa espécie de legisladores de seus próprios caprichos, como também provoca nítido cerceamento de defesa das partes diretamente envolvidas no litígio, uma vez que, diante da elevada carga subjetiva dos motivos levados a efeito pelo magistrado, se vêm elas impossibilitadas de repelirem os argumentos que serviram de supedâneo para o pronunciamento judicial.

Assim, em virtude da inexistência de parâmetros legais para o arbitramento judicial e da total imprevisibilidade da estimação do valor indenizatório a título de dano moral, as ações condenatórias, não raro, tornam-se verdadeiras loterias, cujo acesso ao bilhete premiado depende muito mais dos humores dos magistrados do que propriamente dos direitos envolvidos na demanda, o que faz com que a atividade judicial semeie o sentimento de desconfiança nos jurisdicionados, em vez de lhes proporcionar a esperada certeza e segurança jurídica.

³¹⁸ TJSC, Apelação Cível n.º 2011.005297-9, de Pomerode. 6ª Câmara de Direito Civil. Des. Rel. Stanley da Silva Braga. Julgamento em 25.02.2014.

³¹⁹ TJSC, Apelação Cível n.º 2013.089821-6, de Joinville. 2ª Câmara de Direito Civil. Des. Rel. Monteiro Rocha. Julgamento em 12.6.2014.

³²⁰ Cf. TJSC, Apelação Cível n.º 2010.001530-1, de Imbituba. 5ª Câmara de Direito Civil. Des. Rel. Sônia Maria Schmitz. Julgamento em 16.5.2011; TJSC, Apelação Cível n.º 2010.069500-6, de Turvo. 2ª Câmara de Direito Civil. Des. Rel. Luiz Carlos Freyesleben. Julgamento em 14.12.2010; e TJSC, Apelação Cível n.º 2011.010743-2, de Laguna. 6ª Câmara de Direito Civil. Des. Rel. Subst. Stanley da Silva Braga. Julgamento em 01.11.2012.

Se se pode criar, portanto, uma lista de motivos para a dificuldade de se estabelecer margens de uniformidade quanto ao valor das indenizações à guisa de dano moral, a ausência de critérios interpretativos objetivamente delineados na lei certamente ocuparia o seu primeiro posto.

Não bastasse a ausência de critérios legais para nortear a tarefa de estimação do *quantum* da indenização, outro fator também contribui para agravar o problema do arbitramento judicial, notadamente no âmbito da responsabilidade civil subjetiva, onde a conduta humana culposa ainda desempenha papel relevante para a configuração do dever de indenizar: trata-se da grande importância atribuída pelas Cortes de Justiça brasileiras à função punitiva da indenização por dano moral.

Acerca do tema, registra Anderson Schreiber que, a exemplo do que sucede nos Estados Unidos,

[...] vêm fazendo estrada, em todo o mundo, os chamados *punitive damages*, isto é, a indenização adicional assegurada à vítima com a finalidade de punir o ofensor, e não simplesmente de compensar os danos sofridos³²¹.

No caso brasileiro, observa-se que a doutrina majoritária defende a tese no senso de que a indenização por dano moral possui caráter misto: "(i) o caráter compensatório, para assegurar o sofrimento da vítima; e (ii) o caráter punitivo para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou"³²². Nesse contexto, Anderson Schreiber assinala que vários doutrinadores pátrios, inclusive, sustentam que

[...] "a indenização do dano moral tem um inequívoco sabor de pena, de represália pelo mal injusto". Fala-se, no mesmo sentido, em função pedagógica, dissuasiva ou de desestímulo, sendo certo que, em qualquer caso, o agente se vê obrigado a indenizar a vítima em quantia superior ao dano moral efetivamente sofrido³²³.

Endossando o entendimento no sentido de que a indenização por dano moral deve também servir de sanção exemplar àquele que vem a praticar um ato ilícito, juízos e Tribunais

³²¹ Anderson Schreiber, *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 203.

³²² *Ibidem*, p. 204.

³²³ *Ibidem*.

brasileiros comumente utilizam-se de critérios com função exclusivamente punitiva para fins de estabelecer o montante indenizatório, tais como o grau de culpa e a capacidade econômica do ofensor. Tal situação, aliás, pode ser ilustrada por meio de três casos julgados pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

No primeiro deles, um médico ingressou em juízo com ação condenatória para obter indenização pelo abalo anímico sofrido, alegando ter sido vítima de agressões físicas nas dependências do nosocômio em que laborava, as quais macularam sua imagem e honra perante colegas e clientes. Em primeiro grau, o magistrado julgou procedentes os pedidos autorais, a fim de declarar a existência do dano moral e condenar o réu ao pagamento da quantia de R\$ 50.000,00 a título de indenização. Insatisfeito, o réu interpôs apelação cível da sentença, pleiteando a minoração do *quantum debeatur* da condenação. Tal recurso, contudo, foi desprovido por unanimidade pelo pretório catarinense, sob o fundamento de que a quantia arbitrada seria "proporcional ao perfil das partes", pois, sendo cirurgião dentista e empresário bem sucedido, o réu gozaria de elevado padrão sócio-econômico, tendo condições financeiras bastantes para efetuar o pagamento da indenização nos moldes em que foi estipulada pelo juízo de primeiro grau³²⁴.

No segundo caso, verifica-se que um estudante propôs ação condenatória visando à obtenção de indenização por dano moral, em face de desavença ocorrida por motivos de ciúmes dentro de uma casa noturna. Na ocasião, o réu teria desferido dois golpes no autor, que veio a desmaiar em meio à boate em razão da intensidade da agressão sofrida. No mérito da demanda, o magistrado entendeu pela existência dos pressupostos configuradores do dever de indenizar, motivo pelo qual deu procedência ao pleito exordial para condenar o réu a pagar R\$ 3.400,00 à guisa de dano moral ao autor. Irresignados com o teor da sentença, autor e réu interpuseram recurso de apelação: este pedindo a redução do valor indenizatório, e aquele a majoração da quantia estimada. Porém, quando do julgamento do recurso, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina aventou a necessidade de se majorar o valor indenizatório, ao argumento de que a conduta lesiva perpetrada no caso concreto teria apresentado elevado grau de reprovabilidade, bem assim porque, por se tratar de profissional da área médica, presumindo-se possuir bom padrão de vida, poderia o ofensor arcar com o pagamento de indenização em patamar razoável, sem que isso viesse a ocasionar qualquer prejuízo ao seu próprio sustento. Assim, por votação unânime, a Corte catarinense denegou provimento à

³²⁴ TJSC, Apelação Cível n.º 2012.064441-4, de São Bento do Sul. 6ª Câmara de Direito Civil. Rel. Desa Denise Volpato. Julgamento em 06.8.2014.

apelação interposta pelo réu, e concedeu parcial provimento ao recurso do autor, com vistas a elevar a verba indenizatória para R\$ 10.000,00³²⁵.

O terceiro caso destacado, por sua vez, deu-se no pequeno município de Mondaí, localizado no interior do Estado de Santa Catarina. Na ocasião, a autora da demanda havia sido agredida fisicamente pelo réu por golpes desferidos com chicote confeccionado em couro de boi. Tratando-se de município com poucos habitantes, tal fato tornou-se amplamente conhecido na comunidade da autora, motivo que a levou a ingressar em juízo com ação condenatória a fim de pleitear indenização pelo abalo anímico sofrido. Após a comprovação do vilipêndio à honra e dignidade da autora na fase probatória, sobreveio sentença de mérito favorável à sua pretensão, a qual condenou o réu a efetuar o pagamento de R\$ 1.500,00 a título de indenização pelo dano moral suportado. Desse pronunciamento judicial, ambas as partes apelaram: a autora para pedir a elevação do valor da condenação, e o réu para pleitear o afastamento desta, ou, subsidiariamente, a sua redução. No segundo grau de jurisdição, o pretório catarinense reputou insuficiente a quantia arbitrada pelo magistrado de piso para fins de compensação do dano moral sofrido pela autora e punição do réu pela prática do ato ilícito. Por essas razões, atentando-se principalmente à reprovabilidade da conduta e a culpabilidade do ofensor, o Tribunal de Justiça, por unanimidade, negou provimento ao recurso interposto pelo réu, concedendo provimento, por outro lado, à apelação cível interposta pela autora, com o fito de majorar o montante indenizatório para R\$ 7.000,00³²⁶.

Analisando-se os três casos práticos acima delineados, é possível perceber a existência de um fator comum entre eles: todos valeram-se de critérios punitivos - tais como a situação financeira e o grau de culpa do ofensor - para legitimar a manutenção da indenização arbitrada em primeiro grau ou a necessidade de majoração do seu *quantum*.

Especificamente nos dois últimos casos, em que o Tribunal reputou prudente a exasperação do valor indenizatório, observa-se que, apesar de haver expressa indicação de critérios punitivos para efeito de estimação da indenização, os julgadores não estabeleceram claramente a quantia que seria acrescida a título de "danos punitivos". Tal fato presta-se a corroborar a tese de Anderson Schreiber de que, no Brasil, vive-se situação peculiar no que diz respeito à aplicação dos *punitive damages*, porquanto estes "não vêm admitidos como

³²⁵ TJSC, Apelação Cível n.º 2000.018666-0, de Blumenau. 2ª Câmara de Direito Civil. Rel. Des. Joge Schaefer Martins. Julgamento em 19.01.2006.

³²⁶ TJSC, Apelação Cível n.º 2014.002079-9, de Mondaí. Câmara Civil Especial Regional de Chapecó. Rel. Des. Edegar Gruber. Julgamento em 08.9.2014.

parcela adicional de indenização, mas aparecem embutidos na própria compensação do dano moral"³²⁷ nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Com isso, cria-se uma situação anômala - para não dizer esdrúxula - em que o lesante não sabe ao certo até que ponto a obrigação de indenizar que se lhe imputa é compensatória do dano moral provocado e em que medida ela lhe serve de punição, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, onde há redobrada preocupação em se estabelecer exata distinção entre os *compensatory damages* e os *punitive damages*³²⁸.

O grande desacerto da utilização de critérios punitivos, sobretudo no âmbito da responsabilidade civil subjetiva, onde a conduta humana culposa ainda detém relevância para a configuração do dever de indenizar, consiste em retirar o foco das atenções das consequências provocadas pelo dano moral sobre a esfera jurídica do ofendido, para centrá-lo na conduta danosa ou, o que é muito pior, na pessoa do ofensor. Desvirtua-se, dessa forma, o objetivo da responsabilidade civil, qual seja, a reparação - ou, no caso do dano moral, a compensação - dos danos, para emprestar-lhe uma função punitiva que, desde a distinção operada entre os institutos da pena e da indenização pelos jusnaturalistas do século XIX, não mais se lhe afigura compatível.

Não bastasse esse evidente desvio de finalidade, Anderson Schreiber adverte que os "danos punitivos" não encontram qualquer fundamento no ordenamento jurídico pátrio, sendo até mesmo repelidos pelo Código Civil brasileiro, que, no parágrafo único do seu artigo 944, apenas admite a utilização do critério do grau de culpa do ofensor para o fim de reduzir equitativamente o valor indenizatório, fato que, *a contrario sensu*, inviabiliza a majoração do montante condenatório e vai "justamente de encontro ao caráter punitivo"³²⁹.

Além da ausência de fundamento legal, outras implicações negativas suscitadas pelo referido autor acerca da utilização dos *punitive damages* relacionam-se aos princípios da proibição do enriquecimento sem causa e da legalidade. Isso porque a sanção pecuniária aplicada à guisa de "danos punitivos" destina-se sem qualquer explicação à vítima do evento danoso, e não ao Estado ou qualquer espécie de fundo social por ele mantido, fato que resulta no enriquecimento sem causa da parte ofendida, que acaba recebendo indenização em valor superior ao dano moral efetivamente suportado no caso concreto. Ademais, a adoção dos *punitive damages* pelos juízos e Tribunais brasileiros causa sérios prejuízos ao princípio

³²⁷ Schreiber, 2009, pp. 203-204.

³²⁸ *Ibidem*, p. 205.

³²⁹ *Ibidem*, p. 48.

constitucional da legalidade (art. 5º, XXXIX, da CF/88), porquanto malfez diretamente "a dicotomia entre ilícito civil e ilícito penal, aplicando penas sem balizamento legal, sem as garantias processuais próprias e sem a necessária tipificação prévia das condutas reprováveis"³³⁰.

Assim, pode-se concluir que o uso de critérios punitivos para o arbitramento da indenização por dano moral, muito comum nas decisões judiciais brasileiras, torna-se uma verdadeira marcha à ré da história da responsabilidade civil, contribuindo para reverter o caminho que o instituto vem perfazendo ao longo dos séculos, cujo centro das atenções tem se voltado cada vez menos à censurabilidade da conduta perpetrada pelo ofensor - inclusive no terreno da responsabilidade civil subjetiva, por ocasião do rompimento dos laços morais da culpa e de sua conseqüente objetivação -, e cada vez mais para o dano e os efeitos por ele produzidos na esfera jurídica da parte ofendida.

Nesse sentido, aliás, é a lição de Anderson Schreiber, segundo a qual

[...] o avanço da responsabilidade objetiva e as alterações na própria noção de culpa têm conduzido a responsabilidade civil a um campo dissociado de preocupações subjetivistas e cada vez menos sensível à ideia de culpabilidade. Os *punitive damages* são a essência da orientação contrária - fundam-se, inteiramente, no grau de culpabilidade do agente e radicam-se no fundo na idéia de reprovação moral e castigo exemplar do ofensor. Opõem-se, desta forma, a toda marcha que a responsabilidade civil vem desenvolvendo nos dois últimos séculos. Por isso mesmo, parecem carecer de lugar no cenário que se anuncia: o da solidarização da reparação dos danos³³¹.

Portanto, para viabilizar uma indenização justa para a vítima e consentânea à finalidade da responsabilidade civil, é necessário afastar a incidência dos *punitive damages* no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, abandonando-se a prática jurisprudencial de se proceder à estimação do valor indenizatório a título de dano moral com base em critérios estritamente punitivos. Afinal, a própria indenização, em si mesma considerada, já constitui punição suficiente para coibir a prática de novos atos ilícitos, de modo que imputá-la ao ofensor e ainda valer-se o julgador de balizas de cunho sancionatório para majorar o seu montante configura verdadeiro *bis in idem* punitivo, em flagrante exposição da lógica

³³⁰ *Ibidem*, p. 205.

³³¹ *Ibidem*, p. 209.

retributiva oitocentista, que concebia a punição como o único remédio apto a apaziguar os males sociais.

Os defensores da função punitiva da indenização até poderiam opôr objeção no sentido de que a erradicação de critérios punitivos esvaziaria completamente a importância de um dos principais pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, qual seja, a conduta humana culposa. No entanto, tal raciocínio não merece prosperar porque sustenta-se num sofisma, tendo em vista que, com a eliminação das balizas punitivas, o elemento culpa apenas voltará a ocupar o seu devido lugar, ou seja, possuirá fundamental importância para a configuração do dever de indenizar e para a determinação do responsável pelo cumprimento da obrigação reparatória³³², sendo estranha tão somente à tarefa de quantificação do valor indenizatório.

Como resolver, então, a problemática do dano moral, se o arbitramento judicial, no atual estágio da responsabilidade civil, demonstra cada vez mais sinais de insuficiência para a estimação do seu valor indenizatório? Deve-se ter em mente que o dano moral não é passível de tarifação. Aliás, o estabelecimento de quantias indenizatórias fixas, sob os auspícios da lei e do Estado-juiz, não apenas ensejaria a despersonalização e desumanização da vítima, como também legitimaria a temida "indústria do dano moral", fomentando a mercantilização dos direitos da personalidade e sujeitando a insuportabilidade do abalo psíquico a razões de mera conveniência do ofendido. Todavia, isso não exclui o fato de o valor indenizatório atribuído à guisa de dano moral poder ser regulado normativamente³³³, por meio da adoção de critérios objetivos capazes de auxiliar o juiz de direito na difícil tarefa estimatória a que lhe incumbe.

Para tanto, é indispensável que o magistrado atenha-se não a critérios punitivos, mas apenas a critérios relacionados às condições existenciais da vítima e à repercussão gerada pelo dano sobre sua esfera jurídica. A razão dessa escolha é muito simples, haja vista que "uma compensação mais personificada asseguraria tutela mais efetiva à dignidade humana que a aplicação generalizada de indenizações punitivas a qualquer hipótese de dano moral"³³⁴. Tais balizas, com efeito, teriam a virtude de proporcionar uma indenização efetivamente compensatória do dano moral suportado pelo lesado, à margem da utilização de qualquer outro critério que não se prestasse a esse desiderato e que tivesse a finalidade única de onerar

³³² *Ibidem*, p. 47.

³³³ Diniz, 2013, p. 120.

³³⁴ Schreiber, p. 207.

o lesante, levando em consideração a gravidade de sua conduta ou a condição financeira por ele ostentada.

Demonstrando-se favoráveis à exclusão dos critérios punitivos, Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes advertem que, para o arbitramento do valor da indenização por dano moral, o magistrado deve levar em consideração

[...] as condições sociais da vítima. [...]. 'Apenas os elementos atinentes às condições pessoais da vítima e à dimensão do dano, correspondente este último tanto à sua repercussão social quanto à sua gravidade, devem ser levados em conta para, afinal, estabelecer-se a indenização, em concreto, com base na relação entre tais componentes. [...]. Os critérios que não devem ser utilizados são aqueles próprios do juízo de punição ou de retribuição, isto é, as condições econômicas do ofensor e a gravidade da culpa. Tais elementos dizem respeito ao dano causado, e não ao dano sofrido'³³⁵.

Esforços nesse sentido, portanto, produziriam efeitos positivos para a ordem jurídica e para a sociedade como um todo, uma vez que a instituição de *standards* legais viabilizaria maior homogeneidade na estimação do valor indenizatório atribuído à guisa de dano moral, contribuindo para reduzir a insegurança jurídica provocada pelo excessivo voluntarismo em matéria de arbitramento judicial, enquanto que a eliminação dos critérios punitivos evitaria a configuração do enriquecimento sem causa da vítima, proporcionando-lhe uma indenização integralmente compensatória - e não mais que isso - do dano moral suportado no caso concreto.

É somente pela superação dos atuais paradigmas vivenciados pela responsabilidade civil subjetiva, quais sejam, a ausência de balizas legais suficientes para o arbitramento judicial da quantia indenizatória e a utilização prática de critérios voltados não ao ofendido e ao dano propriamente dito, mas à conduta e às condições pessoais do ofensor -, que as indenizações por dano moral guardarão margem razoável de harmonização pecuniária e atingirão o seu verdadeiro papel compensatório, tendo plena operacionalidade racional no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

³³⁵ Tepedino; Barboza; e Moraes, 2007, pp. 341-342.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Equivocam-se os que pensam que promover um ensaio sobre o dano moral é tarefa das mais simples. Pela relevância que lhe é atribuída pelo Direito, tal instituto impõe ao seu intérprete a árdua missão de discernir, especialmente no que tange à estimação do valor indenizatório, os diferentes tons de cinza que entremeiam a luminosidade irradiada pelo preto e pelo branco, a fim de diagnosticar a certeza que à norma jurídica escapa, e a incerteza que aos entendimentos jurisprudenciais sobeja.

Se, de um lado, o tabelamento fixo de quantias indenizatórias mostra-se inviável - pelas razões já expostas no terceiro capítulo desta monografia -, e se, de outro, o arbitramento judicial baseado em critérios doutrinários e jurisprudenciais enseja exacerbado voluntarismo e insegurança jurídica, a virtude, consoante sedimentado por Aristóteles, encontra-se no meio termo.

Assim, uma alternativa sensata para a minimização das controvérsias que envolvem a quantificação do valor da indenização por dano moral no âmbito da responsabilidade civil subjetiva é o abandono da comum utilização de balizas estimatórias punitivas pelos juízos e Tribunais brasileiros e a instituição de critérios legais voltados tão somente às condições pessoais da vítima e à repercussão gerada pelo abalo anímico sobre sua esfera jurídica.

Tais critérios terão a finalidade última de auxiliar a difícil estimação do *quantum debeat* da condenação aplicada à guisa de dano moral, viabilizando um ponto de partida normativo do qual não poderá o magistrado se descurar, com o fito de estabelecer uma margem razoável de uniformidade no que diz respeito ao arbitramento das indenizações e de proporcionar um valor indenizatório que se preste apenas a compensar integralmente o abalo anímico sofrido pela vítima no caso concreto.

Para a concretização prática dessa alternativa, entretanto, afigura-se necessária a superação do paradigma vivenciado pela responsabilidade civil subjetiva e a conseqüente mudança de concepção dos juristas em torno da natureza jurídica da indenização atribuída a título de dano moral.

Afinal, malgrado não se olvide que, na atual conjuntura da responsabilidade civil subjetiva, mudanças podem ser operadas para que todas as coisas permaneçam exatamente

como estão, é preferível acreditar na incerteza do novo e canalizar as esperanças em prol da obtenção de resultados frutíferos, que poderão aperfeiçoar os instrumentos jurídicos postos à disposição do magistrado para fins de arbitramento do valor da indenização por dano moral, a preterir a tentativa e ceder espaço ao comodismo estéril contente com a insegurança jurídica perpetrada pela manutenção do *status quo*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. v. 1 e 2. - 10. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 02 de novembro de 2014.

_____. **Código Civil brasileiro**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 02 de novembro de 2014.

_____. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 02 de novembro de 2014.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Ementa: APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ABALROAMENTO DE MOTOCICLETA POR CAMINHÃO. MORTE DO MOTOCICLISTA. INVASÃO DA PISTA CONTRÁRIA POR ONDE CIRCULAVA A MOTOCICLETA. CULPA. DANOS MATERIAIS EMERGENTES. PENSIONAMENTO. VALOR DA PENSÃO. DANOS MORAIS. QUANTIFICAÇÃO. DENUNCIÇÃO DA LIDE. COBERTURA SECURITÁRIA. SÚMULA N. 402 DO STJ. HONORÁRIOS NA LIDE ACESSÓRIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. DOCUMENTOS JUNTADOS COM OS MEMORIAIS. [...]. CULPA. Mostrou-se inconteste a culpa do condutor do caminhão de propriedade da ré. Os exames periciais realizados indicaram que o acidente de trânsito se deu quando o caminhão invadiu a faixa de tráfego de sentido oposto ao sentido no qual se deslocava, possivelmente com a intenção de desviar de um quebra-molas que existia na faixa de tráfego de sentido bairro-centro, quando colidiu com a motocicleta pilotada pela vítima, que percorria a via em sentido oposto ao do caminhão. Em seguida, o caminhão voltou para a faixa de tráfego que originalmente percorria, arrastando consigo a motocicleta, cujo motociclista culminara arremetido quando do impacto, resultando no desfecho fatal. [...]. DANOS MORAIS. QUANTIFICAÇÃO. A indenização estabelecida pelo juízo a quo se mostra módica e não atende à suficiência da reparação. Consoante jurisprudência deste colegiado, em casos semelhantes (morte de parente próximo, no caso dos autos, do filho da autora), a indenização gravita em torno de 100 (cem) salários mínimos, valor para o que se eleva a reparação, a qual resta fixada em R\$ 72.400,00 (setenta e dois mil e quatrocentos reais), a ser corrigido pelo IGP-M a contar do acórdão e com a incidência de juros legais desde o fato (29.4.2000). Os juros moratórios serão de 0,5% (zero vírgula cinco por cento) ao mês até a entrada em vigor do novo Código Civil, quando passarão a ser de 1% ao mês. [...]. PARCIAL PROVIMENTO DOS APELOS DA AUTORA E DA RÉ E DESPROVIMENTO DA APELAÇÃO DA DENUNCIADA À LIDE. **Apelação Cível n.º 70050590439**. Relatora: Desa. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira. Neiva Moreira da Rosa e Dalacorte e Dalacorte LTDA. DJ, 12 de setembro de 2014. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70050590439&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=70057596108&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.** Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. COLISÃO FRONTAL. ULTRAPASSAGEM. CULPA. TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA. PROPRIETÁRIO DO AUTOMÓVEL. LEGITIMIDADE PASSIVA. MORTE. DANO MORAL IN RE IPSA. INDENIZAÇÃO. QUANTUM. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. GRATUIDADE JUDICIÁRIA. [...]. Preliminar rejeitada e apelo parcialmente provido. **Apelação Cível n.º 70057596108.** Lucas Gabriel Gerhardt e Paulo Inácio Gerhardt, Maria Puhl, Wilmar Rossarolla, Rejani Terezinha Allebrandt e Ademar Bourscheidt. Relator: Des. Umberto Guaspari Sudbrack. DJ, 16 de julho de 2014. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70057596108&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70050590439&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.** Ementa: ACIDENTE DO TRABALHO. FILHO DA AUTORA QUE VAI A ÓBITO POR ELETROPLESSÃO. DANO, CULPA E NEXO CAUSAL DEMONSTRADOS. ACOLHIMENTO QUE SE IMPUNHA. IMPOSIÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR. Demonstrados o dano decorrente da morte do filho da autora em serviço, a culpa da empregadora na conservação dos equipamentos laborais e o nexo causal, impõe-se o dever de indenizar. APELO DA AUTORA PARA QUE SE AUMENTE O VALOR DO DANO MORAL. DESPROVIMENTO. Mantém-se o valor da indenização do dano moral fixado com moderação e razoabilidade. REQUERIMENTO FORMULADO NA RESPOSTA AO APELO. IMPROPRIEDADE. NÃO CONHECIMENTO. Se a parte não se conformar com a sentença, há de apelar, ou recorrer adesivamente. Contrarrazoando, apenas, não faz jus à resposta de suas proposições, exceto quanto a temas de ordem pública, no caso inocorrentes. **Apelação Cível n.º 2013.078700-9.** Cirene da Silva e Maria Salete Ricken de Souza ME. Relator: Des. Domingos Paludo. DJ, 08 de maio de 2014. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAA CAAGjA6AAX&categoria=acordao>.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.** Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO DE PEDESTRE QUE TRANSITAVA PELO ACOSTAMENTO DA RODOVIA. ÓBITO DA VÍTIMA. ALEGADA CULPA DE TERCEIRO. CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE A SUSTENTAR A ESCUSA. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO AFASTA O DEVER DE INDENIZAR. CULPA EXCLUSIVA DO CONDUTOR DO VEÍCULO. RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADA. PENSÃO MENSAL. FAMÍLIA DE BAIXA RENDA. DEVER DE SUSTENTO PRESUMIDO. AUSÊNCIA DE PROVAS DOS RENDIMENTOS DO FALECIDO. IMPOSIÇÃO DO MÍNIMO LEGAL. PENSIONAMENTO DEVIDO. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. DANOS MORAIS. FIXAÇÃO. ORIENTAÇÃO PELOS CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. **Apelação Cível n.º 2013.078088-5.** Renilza Orelina de Aquino Silva e Priscila Ingrid Kachel. Relator: Des. Fernando Carioni. DJ, 10 de dezembro de 2013. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAA CAAELZeAAY&categoria=acordao>.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.** Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRÂNSITO. MORTE DO FILHO DA AUTORA. QUANTUM FIXADO A TÍTULO DE DANO MORAL ESTABELECIDO EM R\$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS). QUANTIA IRRISÓRIA. PLEITO DE MAJORAÇÃO ACOLHIDO PARA ATENDER AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS ESTABELECIDO NO DECISUM A PARTIR DA SENTENÇA. CORREÇÃO QUE SE PROCEDE, A PEDIDO DA DEMANDANTE, PARA QUE CORRAM A PARTIR DO EVENTO DANOSO. SÚMULA 54 DO STJ. APLICAÇÃO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. FIXAÇÃO NA SENTENÇA A PARTIR DO SEU ARBITRAMENTO. PRETENDIDA ALTERAÇÃO PARA INCIDÊNCIA DESDE O AJUIZAMENTO DA AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 362 DO STJ. PEDIDO NEGADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. **Apelação Cível n.º 2013.048536-3.** Helvina Tomazelli, Marcelo Machado e Izoete Aparecida Bilhar. Relator: Des. Alexandre d'Ivanenjo. DJ, 29 de agosto de 2014. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAA CAAI2CsAAA&categoria=acordao>.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.** Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÕES CONEXAS DE REPARAÇÃO DE DANOS. SENTENÇA ÚNICA. RECURSO ÚNICO. JULGAMENTO SIMULTÂNEO NESTA INSTÂNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. DANO MORAL. ÓBITO DO AUTOR. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL PELOS GENITORES. POSSIBILIDADE. NEXO DE CAUSALIDADE EVIDENCIADO. DEVER DE INDENIZAR. MARCO INICIAL PARA PAGAMENTO DE PENSÃO MENSAL VITALÍCIA. QUATORZE ANOS. PERMISSÃO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO INFANTIL NA QUALIDADE DE APRENDIZ. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MORTE DE FILHO. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. REDUÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. **Apelação Cível n.º 2011.005297-9.** DSS (menor), Adecir dos Santos e Recanto Turístico Paraíso. Relator: Des. Stanley da Silva Braga. DJ, 25 de fevereiro de 2014. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAA CAAGjR9AAP&categoria=acordao>.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.** Ementa: DIREITO CIVIL - RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - INVASÃO DE PREFERENCIAL - COLISÃO ENTRE ÔNIBUS E MOTOCICLETA - MORTE DO MOTOCICLISTA FILHO DOS AUTORES - DANOS MORAIS E MATERIAIS - PROCEDÊNCIA - INCONFORMISMO - 1. RECURSO DOS RÉUS - 1.1 CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA - INACOLHIMENTO - INVASÃO DE VIA PREFERENCIAL PELO ÔNIBUS DOS RÉUS - IMPRUDÊNCIA CARACTERIZADA - INDENIZATÓRIA MANTIDA - 1.2 AFASTAMENTO DA PENSÃO MENSAL - DEPENDÊNCIA ECONÔMICA INDEMONSTRADA - IRRELEVÂNCIA - FAMÍLIA DE PARCOS RECURSOS FINANCEIROS - FILHO TRABALHADOR - AUXÍLIO PRESUMIDO NAS DESPESAS DO LAR - PENSIONAMENTO MANTIDO - 1.3 REDUÇÃO DO QUANTUM DOS DANOS MORAIS - AFASTAMENTO - VALOR INADEQUADO PARA O CASO - PLEITO AFASTADO - 1.4 JUROS DE MORA A PARTIR DO ARBITRAMENTO - INACOLHIMENTO - JUROS DEVIDOS DESDE O EVENTO DANOSO - SÚMULA 54 DO STJ - RECURSO DOS RÉUS DESPROVIDO - 2. RECURSO ADESIVO DOS

AUTORES - MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO - ACOLHIMENTO - QUANTUM DOS DANOS MORAIS - ADEQUAÇÃO AOS PARÂMETROS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - RECURSO ADESIVO PROVIDO - SENTENÇA REFORMADA. **Apelação Cível n.º 2013.089821-6.** Sônia Cristina Silva, José Manoel de Souza, Erivelto Padilha Lima e Transporte e Turismo Santo Antônio LTDA. Relator: Des. Monteiro Rocha. DJ, 12 de junho de 2014. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAA CAAGj9aAAR&categoria=acordao>.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.** Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. AGRESSÃO VERBAL EM VIA PÚBLICA. PEDIDO DE MAJORAÇÃO DO VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE DANO MORAL. AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS. RAZOABILIDADE DO JULGADOR. **Apelação Cível n.º 2010.001530-1.** Alvani Gonçalves e Iracema de Tal. Relatora: Desa. Sônia Maria Schmitz. DJ, 16 de maio de 2011. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAA BAAFX4bAAA&categoria=acordao>.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.** Ementa: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DANO MORAL. OFENSA IRROGADA EM JUÍZO POR PARTE DE ADVOGADO EM CAUSA PRÓPRIA. APELO DA RÉ. EXPRESSÃO INJURIOSA. "GIGOLÔ". INAPLICABILIDADE DA IMUNIDADE PROFISSIONAL DO ADVOGADO. EXCESSO. DEVER DE INDENIZAR. PEDIDO DE REDUÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. APELO DESPROVIDO. RECURSO DO AUTOR. MAJORAÇÃO DO VALOR INDEVIDA. JUROS DE MORA. SÚMULA 54 DO STJ. INCIDÊNCIA A PARTIR DO EVENTO DANOSO. APELO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO APENAS PARA MODIFICAR A INCIDÊNCIA DOS JUROS MORATÓRIOS. **Apelação Cível n.º 2010.069500-6.** Antônio Luiz Simon e Adriana Tomasi Simon. Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben. DJ, 14 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAA BAACEswAAB&categoria=acordao>.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.** Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. AGRESSÃO FÍSICA PERPETRADA PELO RÉU. RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADA. DEVER DE INDENIZAR. ABALO MORAL DEMONSTRADO. MONTANTE INDENIZATÓRIO ARBITRADO EM ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. DANO MATERIAL. DESNECESSIDADE DE PROVA DO EFETIVO PAGAMENTO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. **Apelação Cível n.º 2011.010743-2.** Fabiano Medeiros Domingos e Yuri Remor Viana. Relator: Des. Subst. Stanley da Silva Braga. DJ, 01 de novembro de 2012. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAA BAAPxRCAAF&categoria=acordao>.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.** Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AGRESSÃO INJUSTIFICADA EM ÁREA RESTRITA DO AMBIENTE DE TRABALHO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA.

RECURSO DO REQUERIDO. PREFACIAL DE CERCEAMENTO DE DEFESA. ALEGAÇÃO DE TER SIDO IMPEDIDO DE PRODUIR PROVA TESTEMUNHAL E PERICIAL ANTE A CONVERSÃO DO RITO DA DEMANDA. INSUBSISTÊNCIA. MAGISTRADO A QUO QUE CONVERTEU O RITO ORDINÁRIO EM SUMÁRIO AO RECEBER A INICIAL. AUSÊNCIA DE INSURGÊNCIA DA PARTE REQUERIDA NO MOMENTO PROCESSUAL OPORTUNO. PRECLUSÃO. ALIADO A ISSO, DEMANDADO QUE DEIXOU DE APRESENTAR ROL DE TESTEMUNHAS EM SUA CONTESTAÇÃO. NÃO OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 278 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ADEMAIS, PRESENÇA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 131 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PREFACIAL RECHAÇADA. MÉRITO. PLEITO DE REFORMA DA SENTENÇA AO ARGUMENTO DE TER AGIDO EM LEGÍTIMA DEFESA. INSUBSISTÊNCIA. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE NÃO RESPALDADA PELO CONJUNTO PROBATÓRIO COLACIONADO AOS AUTOS. INEXISTÊNCIA DE PERIGO IMINENTE A SER COMPELIDO PELA PARTE. ATO PRATICADO EM AFRONTA AO DIREITO. DEVER DE INDENIZAR MANTIDO. PEDIDO DE MINORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO POR DANO MORAL FIXADO NO PRIMEIRO GRAU EM R\$ 50.000,00 (CINQUENTA MIL REAIS). INSUBSISTÊNCIA. VALOR COMPATÍVEL COM A EXTENSÃO DO DANO CAUSADO E COM O PERFIL ECONÔMICO DAS PARTES. OBSERVÂNCIA DO CARÁTER INIBITÓRIO E PEDAGÓGICO DA REPRIMENDA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. **Apelação Cível n.º 2012.064441-4**. Rogério de Moura Ferro Silva e José Antônio Jimenez Medina. Relatora: Des. Denise Volpato. DJ, 06 de agosto de 2014. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAA CAAlvqAAQ&categoria=acordao>.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**. Ementa: DANOS MORAIS. BRIGA OCORRIDA NO INTERIOR DE CASA NOTURNA. AUTOR E RÉU QUE, COM OS ÂNIMOS ALTERADOS, PASSAM A SE EMPURRAR MUTUAMENTE, CULMINANDO EM UM SOCO DEFERIDO PELO ÚLTIMO QUE VEM A DERRUBAR O PRIMEIRO. RÉU QUE, NÃO SATISFEITO, DESFERE CHUTE NO ROSTO DO AUTOR ENQUANTO ESTE SE ENCONTRAVA CAÍDO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA. EXCESSO CONFIGURADO. Aquele que, sob a alegação de legítima defesa, pratica excesso ao defender-se, não pode ser beneficiado pela excludente de responsabilidade civil. Imoderadas e desproporcionais as agressões físicas, acarretando danos morais à vítima, inarredável o dever do ofensor em reparar os prejuízos causados, através de fixação judicial no arbitramento. (Apelação cível n. 2004.036570-2, de Lages, relator Des. Monteiro Rocha, Segunda Câmara de Direito Civil, julgada em 19/5/05) ABALO MORAL RECONHECIDO. DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. QUANTUM. DESVINCULAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO. VERBA TIMIDAMENTE FIXADA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO. Na fixação do quantum correspondente à indenização por dano moral, o órgão julgador deve estipular quantia que obedeça a critério de proporcionalidade entre a gravidade do dano e a repercussão da ofensa. A quantificação da verba implica ainda na avaliação dos motivos, das circunstâncias, das conseqüências, da situação de fato, do grau de culpa e da compensação à parte lesada e visa o desestímulo à repetição do ato pelo causador da lesão. [...]. **Apelação Cível n.º 2000.108666-0**. GGC (menor), Mirian Germer e Omar Sulivan Ruzza. Relator: Des. Jorge Schaefer Martins. DJ, 19 de janeiro de 2006. Disponível em:

<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAA AAAOMyYAAD&categoria=acordao>.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.** Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AGRESSÕES FÍSICAS. EXAME DE CORPO DE DELITO. LESÕES CORPORAIS. CONDUTA APURADA NA ESFERA CRIMINAL COM CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DO RÉU. PROVAS INSUFICIENTES À CONFIGURAÇÃO DO ATO ILÍCITO. CONDENAÇÃO CRIMINAL. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDE NOVA DISCUSSÃO SOBRE O ATO ILÍCITO E SUA AUTORIA. DEVER DE INDENIZAR. Considerando que a culpa restou sedimentada pela condenação criminal, descabe nova discussão acerca do ato ilícito e de sua autoria, em consonância com o disposto no art. 935 do CC. Em se tratando de dano moral puro, despicienda a efetiva comprovação do prejuízo experimentado pela vítima, sendo este ínsito e presumido em decorrência do sofrimento psíquico e da situação vexatória por que passou a apelada em razão da agressão e lesões que lhe foram praticadas. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. APELO DA AUTORA. PRETENSA MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. ACOLHIMENTO. ATENDIMENTO AO CARÁTER REPARATÓRIO, EDUCATIVO E PUNITIVO DA VERBA INDENIZATÓRIA. VALOR FIXADO QUE NÃO ATENDE AO BINÔMIO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. O valor fixado a títulos de danos morais deve atender aos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade, observada a avaliação com esteio nos argumentos do processo, bem como nas premissas da inexistência de enriquecimento indevido, grau de culpa e condições financeiras das partes. [...]. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. **Apelação Cível n.º 2014.002079-9.** Ivete Colombo Golfetto e Waldemar Abel Sasso. Relator: Des. Edemar Gruber. DJ, 08 de setembro de 2014. Julgado em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAA CAAI14UAAW&categoria=acordao>.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** - 10. ed. - São Paulo: Atlas, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações.** v. 2. Responsabilidade civil. - 5. ed. - São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** v. 7. Responsabilidade civil. - 27. ed. - São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** v. 4. Responsabilidade civil. - 5. ed. - São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** - 2ª. ed. - Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, t. XXVI.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações.** - 4. ed. - São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** v. 3. Contratos. 13. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. v. 4. Responsabilidade Civil. - 20. ed. - São Paulo: Saraiva, 2008.

ROSENVOLD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. v. 5. Fontes acontratuais. Responsabilidade civil. - 5. ed. - Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. - 2. ed.- São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro**. - 2. ed. - São Paulo: Atlas, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. - 6. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SANTINI, José Raffaelli Santini. **Dano moral: doutrina, jurisprudência e prática**. - Campinas: Agá Juris, 2000.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. v. 2. - 8. ed. - São Paulo: Método, 2013.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. - 2. ed. - Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

VALLER, Wladimir. **A reparação do dano moral no direito brasileiro**. - São Paulo: EV Editora, 1994.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**, v. 4. Responsabilidade civil. - 12. ed. - São Paulo: Atlas, 2012.

WALD, Arnold; GIANCOLI, Bruno Pandori. **Direito civil**. v. 7. Responsabilidade civil. - 2. ed. - São Paulo: Saraiva, 2012.