

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO - MESTRADO**

**REFLEXÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE E A
NATUREZA JURÍDICA DO DANO MORAL**

MESTRANDO: PAULO MARCONDES BRINCAS

Florianópolis, abril de 1.998.

Reflexões sobre a Responsabilidade e a Natureza Jurídica do Dano Moral

PAULO MARCONDES BRINCAS

Dissertação apresentada ao Curso de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para obtenção do título de Mestre em Ciências Humanas - especialidade Direito.

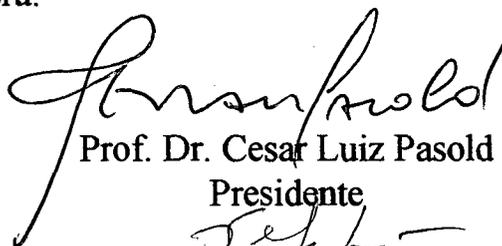
Orientador: Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold

Florianópolis, abril de 1.998.

A dissertação “**Reflexões Sobre a Responsabilidade e Natureza Jurídica do Dano Moral**”, elaborada por PAULO MARCONDES BRINCAS e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Florianópolis, 13 de abril de 1.998.

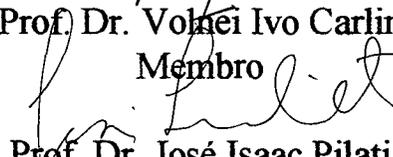
Banca Examinadora:



Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold
Presidente



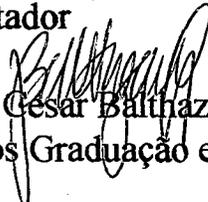
Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin
Membro



Prof. Dr. José Isaac Pilati
Membro Suplente



Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold
Orientador



Prof. Dr. Ubaldo César Balthazar
Coordenador do Curso de Pós Graduação em Direito

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold, Orientador, meu grande incentivador, exemplo de seriedade, ética e reconhecida competência intelectual, cujas contribuições foram preciosas para a elaboração do trabalho.

Ao Professores componentes da Banca Examinadora, Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin, Prof. Dr. José Isaac Pilati, e Prof. Dr. Fernando Noronha, este último de quem utilizei para elaborar o trabalho estudos ainda inéditos de precioso conteúdo científico.

Ao corpo docente do Curso de Pós Graduação em Direito da UFSC, e aos funcionários do CPGD.

DEDICATÓRIA

**Aos meus pais, Jairo e Eloah, que jamais mediram esforços para
realizar minha formação moral e intelectual.**

**A minha amada esposa, Denise, com quem tenho
a alegria de partilhar a vida.**

RESUMO

O presente trabalho constitui-se de um estudo que procura investigar as causas dos problemas relacionados à composição do dano moral, especialmente quanto à sua extensão e ao critério de fixação do valor da condenação.

Parte do pressuposto de que a responsabilidade civil, que tem por finalidade sancionar os atos violadores de direitos de conteúdo econômico mediante a recomposição integral do patrimônio lesado, não é capaz de solucionar satisfatoriamente as violações a direitos sem conteúdo econômico, em face das peculiaridades que essas violações encerram.

Após demonstrar a incompatibilidade entre responsabilidade civil e composição dos danos morais, o trabalho procura demonstrar a viabilidade da construção de uma teoria própria, necessariamente atrelada à teoria dos direitos da personalidade, a respeito dos direitos sem conteúdo econômico e das sanções aplicáveis à sua violação.

Por fim, o trabalho faz quatorze proposições à doutrina, que poderiam servir como subsídio para a construção da teoria cuja viabilidade se demonstrou. Essas proposições consideram sempre os danos morais como resultado da violação do direito da personalidade, e que sua composição tem sempre as funções pedagógica e punitiva como preponderantes sobre a de agraciação da vítima.

ABSTRACT

This research consists of a study which aims to investigate the causes of problems related to the compensation of moral damage, specially considering its extent and the criterion used to determine the value of the indemnity.

Considering that the goal of the law of tort is to penalize the acts that infringe the rights of economical content by means of total recomposition of the damage patrimony, the violation to rights without an economical content can not be satisfactorily solved, due to its specific characteristics.

Once the incompatibility between law of tort and moral damage compensation is demonstrated, this study tries to establish the construction viability of a proper theory, which would be necessarily linked to the theory of the personal rights, regarding the rights without an economical content and the penalties applicable to their violation.

Finally, the study suggests fourteen propositions to the doctrine, that would function as an aid to the construction of the theory, whose viability has been demonstrated. These propositions always consider the moral damage as a result of violations of personal rights and face its compensation more as a penalty or a lesson to the infractor than as an endowment to the victim.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I – RESPONSABILIDADE JURÍDICA.....	9
1. Conceitos operacionais e relações recíprocas das categorias responsabilidade, ato jurídico e ato ilícito.....	9
2. Origens históricas da responsabilidade.....	20
3. Espécies de responsabilidade - penal, civil, administrativa, enriquecimento sem causa e abuso de direito.....	30
CAPÍTULO II – RESPONSABILIDADE CIVIL.....	45
1. Responsabilidade civil: noções gerais.....	45
2. Fundamento da responsabilidade subjetiva: a culpa.....	50
3. O nexu causal e o dano.....	70
4. Responsabilidade civil objetiva.....	77
CAPÍTULO III - OS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	84
1. Sujeito de direito, personalidade e os direitos da personalidade..	84
2. Dificuldades para uma teoria dos direitos da personalidade e o seu conceito.....	88
3. Fundamento e natureza jurídica.....	92
4. Classificação e elenco.....	96
5. Características.....	102
6. Conseqüências da violação no âmbito civil.....	104
CAPÍTULO IV - DANO MORAL.....	107
1. Generalidades.....	107
2. Proposições.....	123
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	140
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	144

INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico, realizado com o objetivo de alcançar o grau de Mestre em Direito pelo Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, pretende investigar a natureza jurídica do chamado “dano moral”, culminando a pesquisa com o agrupamento de algumas características próprias desses danos, de forma a prestar uma singela contribuição à construção de uma teoria geral a respeito da sua composição.

Sabemos que algumas das idéias insertas no trabalho são ousadas, chegando mesmo a contrariar o posicionamento majoritário da doutrina e jurisprudência. A ousadia não é por rebeldia, mas pela tentativa de oferecer uma solução alternativa para problemas afetos à questão do dano moral e que, no nosso entendimento, não foram razoavelmente solucionados. São problemas que dizem respeito desde a definição de em que casos ele ocorre, sua extensão, até a fixação do *quantum debeatur* da condenação.

Vejamos, por exemplo, o aspecto da fixação do valor exato da condenação. Existem dois critérios possíveis para a operação: o

primeiro, é o chamado critério concreto, pelo qual se estabelece um tabelamento, um valor pré-ordenado para cada caso. O segundo, o critério dito abstrato, é aquele segundo o qual o *quantum* deve ser fixado de acordo com o “prudente arbítrio do juiz”, sem um tabelamento para servir como diretriz. Mas o que é esse “prudente arbítrio do juiz”? De que critérios o “prudente arbítrio” deve se valer para chegar a uma conclusão sobre o valor da condenação? São perguntas sem respostas.

Esse problema é particularmente agravado no Brasil porque aqui, majoritariamente, o critério adotado é o abstrato. Só em casos especiais como, por exemplo, o da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67), que utiliza uma tabela em seus artigos 51 e 52 para nortear o trabalho do juiz no momento da condenação, é que se encontra o chamado critério concreto. Ainda assim, há (conforme demonstraremos no decorrer do trabalho) a respeito da legislação mencionada séria divergência sobre se o tabelamento ali previsto teria ou não sido recepcionado pela Constituição Federal de 1.988¹.

Apesar disso, no afã de sair da indefinição do critério abstrato, no dia-a-dia dos operadores do Direito, na rotina dos Fóruns e Tribunais, o que se tem notado é que os juízes têm procurado buscar um tabelamento, seja através da Lei de Imprensa, usando-a inclusive por analogia em casos diversos daqueles ali estabelecidos, chegando mesmo a usar como parâmetro - também por analogia - legislação já expressamente revogada (Código Brasileiro de Telecomunicações - Lei n. 4.117/62, revogado pelo Decreto-Lei n. 236/67), ou criando pelos precedentes

¹ É que o artigo 5º, inciso X da Carta Magna determina que a violação do direito à honra das pessoas deve ser indenizado, sem entretanto fixar qualquer limite máximo ou teto. E daí a pergunta: Não seria o tabelamento da Lei de Imprensa uma forma de a lei ordinária limitar o exercício de um direito que a Constituição não limitou?

jurisprudenciais verdadeiras “tabelas informais” de valores, pré-estabelecendo em salários mínimos o *quantum* da condenação diante de casos como morte ou lesão corporal de natureza grave.

Esta busca por um tabelamento que os juízes empreendem é, parece-nos, absolutamente justificável. O critério abstrato que a lei impõe na maioria dos casos, pautado como dissemos no “prudente arbítrio”, não é mais que a pura e absoluta ausência de critério, evidência inequívoca de que a doutrina, cuja função e razão de existir é justamente fornecer critérios científicos para a solução das lides deduzidas em Juízo, falhou.

Critério científico não significa dizer critério do qual se abstraiu a interferência dos outros ramos do conhecimento, como a sociologia, a política, a criminologia, etc. Critério científico é aquele que, depois de sopesar a valiosa colaboração de todos os demais ramos de conhecimento (interdisciplinariedade), pode fornecer uma lógica de desencadeamento, uma explicação, a partir da qual se torna possível solucionar a lide. Não se pode exigir de um juiz, por mais cauteloso que seja, que decida pela condenação de alguém sem nenhum critério para a fixar o *quantum debeatur*. É função da doutrina, na omissão da lei, instrumentalizar os magistrados (bem como os demais operadores jurídicos que atuam no processo), para que possam trabalhar guiados por um caminho seguro e bem definido.

Essas palavras não significam, como pode parecer a princípio, um manifesto em favor da adoção majoritária do critério concreto de fixação do dano moral para o maior número de casos possível. Pelo contrário, o critério concreto tem o sério inconveniente de eliminar - aquilo que a composição do dano moral tem de melhor, ou seja, a

- possibilidade de dosar, de acordo com o grau de culpabilidade do agente e com as suas condições econômicas, o valor da indenização.

O dano moral tem como característica principal o fato de que não pode ser ressarcido e, portanto, não tem aquela função ressarcitória que é própria da responsabilidade civil. A dor de um pai que perde o filho menor, por exemplo, não tem preço, não tem como ser reparada, não importa o dinheiro que se lhe seja pago. A saudade, a angústia, as lembranças, não serão apagadas. O dano moral não pode ser indenizado, ressarcido. Indenizar (*in dene*), ou ressarcir, significa tornar a vítima sem dano, devolver a situação fática ao chamado *status quo ante*, o que, quanto ao dano moral, só poderia acontecer se pudéssemos retornar no tempo e desfazer aquilo que não poderia ter sido feito. Mas, infelizmente, isso não é possível. O dano moral, defenderemos a idéia, a exemplo do que ocorre com o enriquecimento sem causa e o abuso de direito, não pertence à responsabilidade civil, porque não responde aos seus princípios e seus objetivos. Aproxima-se, nesse sentido, bem mais das responsabilidades penal e administrativa, pois tem a função nitidamente punitiva, ou seja, constitui-se como verdadeira pena civil. E, como pena, deve ser modulada, dosada, exatamente como o que no direito penal é chamado de dosimetria. A existência de uma pena civil traz enormes vantagens ao ordenamento jurídico, até mesmo em relação à pena criminal (principalmente no que diz respeito à eficácia da sua função pedagógica, dada a profunda crise que perpassa todo o sistema penitenciário no Brasil). Não se pode, evidentemente, pensar na substituição da responsabilidade penal pela pena civil do dano moral, mas acreditamos que, trabalhando em conjunto, possam ambas tornarem-se valioso instrumento na tarefa da construção de uma Sociedade mais

solidária, na qual a cidadania seja de fato exercida na sua plenitude por todas as pessoas.

Apesar de ser pena civil, o dano moral não pode ser considerado pertencente à responsabilidade penal, nem à administrativa. O fato de que o seu pagamento reverte em favor da vítima, e não de um fundo público, não é simplesmente uma questão de destinação de recursos, mas resulta do objetivo de prestar à vítima, na impossibilidade do ressarcimento do prejuízo, uma agraciação, que definitivamente inexistente naquelas responsabilidades. Também não se cogita de enriquecimento sem causa que, conforme veremos, ocorre apenas no plano patrimonial, econômico, e nem mesmo de abuso de direito (veremos também), em que a pessoa usa de uma prerrogativa que lhe é deferida pelo Direito positivo com uma finalidade diversa daquela para a qual foi criada. Daí dizermos, no decorrer do trabalho, que o dano moral não pode ser indenizado, nem ressarcido, e nem mesmo compensado. Optamos pela expressão “composição”, pelos motivos que serão vistos no último capítulo do trabalho. O dano moral fica, assim, num meio termo entre as responsabilidades civil, penal e administrativa, mas não equidistante, pois nitidamente mais aproximado destas duas últimas - e não se confunde com o enriquecimento sem causa e nem com o abuso de direito.

Por este motivo, parece-nos que o critério abstrato de fixação seja muito mais interessante que o concreto. Mas para que os juízes possam aplicá-lo, é preciso o desenvolvimento de uma teoria geral a respeito do tema desvinculada da responsabilidade civil, em que o objetivo é a proteção de valores de natureza patrimonial. A teoria geral da responsabilidade civil não dispõe de instrumentos que permitam tratar satisfatoriamente dos problemas afetos à violação de direitos sem conteúdo econômico. Para tanto, no decorrer do trabalho defenderemos a

idéia da necessidade de atrelamento da questão da composição dos danos morais com a teoria dos direitos da personalidade. Dano moral (ou extra patrimonial)² é, portanto, a dor, física ou psíquica, decorrente da violação de algum dos direitos da personalidade. É bem verdade que não esteja ainda completa uma teoria acerca dos direitos da personalidade, mas, no que tange aos danos morais - que são, repetimos, o resultado da sua violação - isso não é óbice à sua composição, e, até mesmo, permite um espaço de criação maior para a construção da teoria que explique o fenômeno dos direitos da personalidade e da sua proteção legal.

O objetivo do trabalho é a organização de algumas idéias a respeito dos danos morais, especificamente para: a) desvinculá-los da responsabilidade civil, e atrelá-los aos direitos da personalidade; b) estabelecer suas três funções (pedagógica e punitiva como principais, em relação à de agraciação da vítima); c) traçar as linhas mestras que os diferenciam do enriquecimento sem causa e do abuso de direito. Não se trata de uma teoria geral, não se tem tal pretensão. O trabalho tem o caráter experimental, presta-se de laboratório de idéias, que são sugeridas e podem ou não ser aceitas pela doutrina.

Na sua organização, iniciamos (1º capítulo) por tratar do fenômeno da responsabilidade jurídica, dizendo tratar-se da sanção que o ordenamento estabelece como consequência pelo desenvolvimento de conduta desautorizada. Depois, ainda no primeiro capítulo, estabelecemos as espécies de responsabilidade, civil, penal, administrativa, o

² Optamos, no decorrer do trabalho, pela expressão “dano moral”, ao invés de “dano extra patrimonial”, muito embora a doutrina, majoritariamente, prefira a segunda. Dano extra patrimonial pode dar a impressão, a nosso ver, de tratar-se apenas de uma outra espécie de dano a ser indenizado, a par do patrimonial, mas igualmente sujeito às regras da responsabilidade civil. Não consideramos incorreta a expressão, mas para manter uma harmonia com o conteúdo do trabalho é que usaremos a expressão já consagrada “danos morais”.

enriquecimento sem causa, e o abuso de direito, explicando suas funções específicas e os elementos que os distinguem.

No segundo capítulo, tratamos especificamente da responsabilidade civil. A necessidade de um capítulo específico a respeito desse assunto explica-se pelo fato de que, conforme nossa pesquisa demonstrou, toda a doutrina entende os danos morais como sendo apenas um dano a mais para ser reparado, dentro do espectro da responsabilidade civil. A composição dos danos morais, concluímos pela pesquisa, não é responsabilidade civil, e para demonstrar esse fato é que fizemos inserir esse capítulo.

O segundo capítulo não faz uma abordagem profunda a respeito de toda a responsabilidade civil, porque fugiria ao objetivo do trabalho. Procuramos, nesta etapa, analisar a responsabilidade civil de forma resumida, aprofundando apenas os aspectos que entendemos ser importantes à demonstração da tese. Sabemos que importantes questões ligadas à responsabilidade civil não foram analisadas, justamente porque não nos pareceram relevantes para o desenvolvimento do tema.

O terceiro capítulo trata da teoria dos direitos da personalidade, à qual procuramos vincular a questão dos danos morais. Aqui desenvolvemos todo o conteúdo relativo à teoria geral, deixando entretanto de abordar os direitos da personalidade um a um, ressaltando os aspectos particulares de um ou outro desses direitos, que tivesse especial interesse à tese. A abordagem individual dos direitos da personalidade, certamente, levaria a uma série de discussões, principalmente no terreno da bioética (aborto, situação jurídica do embrião congelado, proteção jurídica ao feto e aos seus direitos, doação de órgãos, procriação artificial, colisão de direitos, direito à privacidade *versus*

direito à informação, e tantos outros temas), que seriam fundamentais na construção de uma teoria geral ligando direitos da personalidade e danos morais. Mas, repetimos, o objetivo do trabalho não é construir essa teoria, mas demonstrar a sua viabilidade, propor idéias que, se aceitas, podem abrir o caminho à sua construção. Especialmente desvencilhar o dano moral da responsabilidade civil, o que consideramos ser a mais importante questão prejudicial ao início da formulação da teoria. Como o trabalho procura ocupar-se dessas questões prejudiciais, antes da teoria em si, é que não nos lançamos nesse universo interessantíssimo dos novos direitos, seu conteúdo e extensão, e as conseqüências de sua violação.

Por fim, no quarto e derradeiro capítulo, que versa especificamente sobre dano moral, é que reunimos quatorze proposições específicas ao tema, sempre considerando-os como conseqüência da violação dos direitos da personalidade. O objetivo das proposições é servir como objeto de estudo e reflexão, que podem ser úteis na construção de uma teoria geral. Como se depreende, o núcleo do trabalho está no embate do segundo e do quarto capítulos, pelos quais esperamos demonstrar que é possível pensar-se numa teoria verdadeiramente revolucionária no direito civil, tratando de direitos sem conteúdo patrimonial, e da conseqüência da sua violação.

No que concerne ao método, efetuamos a pesquisa através da utilização do método indutivo, operacionalizado com o auxílio da técnica de pesquisa bibliográfica. Quanto à verificação jurisprudencial, registramos que a coleta se fez com o objetivo exclusivo de ilustrar tópicos específicos do presente trabalho.

A aprovação da presente dissertação não implica em endosso do Professor Orientador e/ou da Banca Examinadora e/ou do CPGD/UFSC, à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

CAPÍTULO I RESPONSABILIDADE JURÍDICA

1. CONCEITOS OPERACIONAIS E RELAÇÕES RECÍPROCAS DAS CATEGORIAS RESPONSABILIDADE, ATO JURÍDICO E ATO ILÍCITO

Qualquer trabalho acadêmico, que pretenda versar sobre tema afeto à responsabilidade civil, não deve prescindir de um prévio esclarecimento a respeito do conceito operacional das categorias “ato jurídico” , “ato ilícito” e “responsabilidade”, que nem sempre são bem compreendidas.

Chama-se de “ato jurídico” toda a atividade humana, lícita ou ilícita, que de alguma maneira interfere na esfera de direitos de alguém. Interferir na esfera jurídica significa adquirir, resguardar,

transferir, modificar ou extinguir direitos. Toda vez que uma pessoa pratica qualquer ato juridicamente relevante, considera-se tal um ato jurídico. Excluem-se, portanto, do conceito de ato jurídico, apenas os atos que não tenham qualquer interferência na esfera jurídica do agente ou de terceiros como, por exemplo, o fato de determinada pessoa caminhar dentro de casa, ou sentar-se à mesa, ou movimentar-se, salvo se tais atos, pelo contexto em que foram praticados, manifestam uma declaração de vontade específica. Por exemplo, os movimentos que as pessoas normalmente realizam com os braços não caracterizam atos jurídicos, mas os movimentos dos braços do guarda sinalizando o trânsito, certamente, os caracterizarão.

O Código Civil conceitua ato jurídico em seu artigo 81, como sendo “todo ato lícito que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos”. Como sabemos, não é de boa técnica legislativa fixar conceitos - tarefa afeta precipuamente à doutrina - e assim o fazendo o Código pecou porque não contemplou, dentre os atos jurídicos, também os chamados *ilícitos* - igualmente jurígenos (é a expressão adotada no lugar de simplesmente ato jurídico, com o propósito de lembrar que tais atos são capazes de gerar relações jurídicas). Atualmente, é majoritário o entendimento segundo o qual tanto os atos humanos lícitos, assim como os ilícitos, são considerados jurídicos.

A decorrência do próprio conceito de ato jurídico é a existência de efeitos dele conseqüentes. Aliás, é exatamente em razão destes efeitos que se diferencia atos lícitos de ilícitos. Ao contrário do que possa parecer, a definição de ato lícito não é aquele que está em conformidade com o Direito, e, da mesma maneira, a definição do ilícito

também não é aquele que contraria o Direito. O ato ilícito, no dizer de HANS KELSEN¹ não é a negação do Direito, mas seu pressuposto:

“Na designação de “não”-Direito (ilícito), “contradição”-com-o-Direito, “quebra”-do-Direito, “violação”-do-Direito, exprime-se a idéia de uma negação do Direito, a representação de algo que está fora do Direito e contra ele, que ameaça, interrompe ou mesmo suprime a existência do Direito. Esta representação induz em erro. Ela nasce do facto de interpretarmos como contradição lógica a relação entre uma norma que prescreve uma determinada conduta e uma conduta fáctica que é o oposto da prescrita. Uma contradição lógica, porém, apenas pode existir entre duas proposições das quais uma afirme que A é, e a outra que A não é, ou das quais uma afirme que A deve ser e a outra que A não deve ser. As duas proposições não podem subsistir uma ao lado da outra, pois apenas uma delas pode ser verdadeira. Entre a proposição descritiva de uma norma que diz que um indivíduo se deve comportar de determinada maneira e a proposição que diz que ele de facto se não comporta desta maneira, mas realiza a conduta oposta, não existe qualquer contradição lógica. Ambas as proposições podem subsistir, uma em face da outra, ambas podem ser simultaneamente verdadeiras. A existência ou validade (vigência) de uma norma que prescreve uma determinada conduta não é “quebrada” pela conduta oposta, como se quebra uma cadeia que prende um indivíduo; pois a cadeia do Direito prende também o

¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra, Armenio Amado Editor, 4ª Ed., 1.979, p. 169.

indivíduo que “quebra” o Direito. A norma não é “lesada” como pode ser lesado, isto é, como pode ser prejudicado na sua existência, um indivíduo pelo acto de coerção dirigida contra ele.”

O ato ilícito é o pressuposto do Direito justamente porque o Direito é uma ordem de coerção e, como tal, tem suas normas caracterizadas pela sanção. Uma norma que prescreva determinada conduta humana só pertencerá ao ordenamento jurídico se houver cominação de sanção para o caso de seu descumprimento. É a sanção que caracteriza o Direito, que caracteriza uma norma como jurídica, pois se não há coerção, não há Direito mas outro tipo de ordem social, como a moral por exemplo:

“O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando - como já mostramos - se concebe como uma ordem de coacção, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta uma acto de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física.”²

² KELSEN, Hans. Op. cit., p. 99.

Pois, então, se os atos ilícitos não são a contradição do Direito, qual sua característica essencial? Como diferenciar os atos jurídicos lícitos dos atos jurídicos ilícitos?

Através dos seus efeitos, das conseqüências que decorrem da sua prática. Como dissemos acima, dos atos jurídicos sempre surgem efeitos, mesmo que o agente que os praticou não os tenha pretendido.³ Ocorre que, quando a conduta do agente é permitida, autorizada, os efeitos dela decorrentes serão exatamente aqueles por ele almejados. Isso caracteriza o ato jurídico lícito. Se, pelo contrário, a conduta fática do agente, seja ela omissiva ou comissiva, é desautorizada, vedada, então os efeitos do ato jurídico praticado não serão aqueles pretendidos, mas serão os impostos pelo direito, ou seja, será a sanção. Se, por exemplo, alguém realiza contrato de compra e venda de objeto móvel cuja comercialização é permitida, quando da tradição do bem o agente adquirirá a sua propriedade, conforme planejou. Já se o agente,

³ Aliás, quando o agente pratica ato jurídico lícito conscientemente, isto é, realiza-o com a finalidade de obter seus efeitos, chama-se a este de negócio jurídico. É o caso, por exemplo, de um contrato de compra e venda (artigos 1.122 a 1.163 do Código Civil), em que o comprador manifesta sua vontade com o objetivo de adquirir a propriedade do bem objeto da prestação. Já se o ato é praticado não intencionalmente, por exemplo, no caso de alguém encontrar coisa perdida (invenção, artigos 603 a 606 do Código Civil), chama-se de ato meramente lícito. Não são tão comuns os atos meramente lícitos porque dificilmente alguém interfere na esfera de direitos de outrem, sem pretender produzir algum efeito - bem mais comuns os negócios jurídicos. Portanto, o ato jurídico, quando lícito, pode ser classificado em negócio jurídico ou ato meramente lícito, conforme a presença, ou não, de um elemento subjetivo que é a intenção do agente, ao praticar o ato, de atingir por intermédio dele os seus efeitos. Esta distinção, embora com ampla aceitação doutrinária, presente em quase todos os manuais de direito civil, não é adotada pelo Código. Os negócios jurídicos podem ainda ser classificados como unilaterais ou bilaterais, mas, por fugir aos objetivos desse trabalho, deliberadamente, não aprofundaremos mais a classificação. Usaremos, no decorrer deste trabalho, a expressão ato jurídico como referindo-se a tanto negócios jurídicos como a atos jurídicos meramente lícitos.

pretendendo adquirir a propriedade do mesmo bem, lança mão de conduta não permitida (o furto, por exemplo), ele não só não alcançará o objetivo planejado - porque não se adquire propriedade por furto - como ainda terá como efeitos decorrentes da sua conduta a imposição de sanções prevista por lei. Estes efeitos é que são as sanções - aqui está a coerção do Direito - que podem, veremos adiante, assumir diversas naturezas diferentes, como civil, penal, administrativa, o enriquecimento sem causa ou mesmo o abuso de direito. Desta maneira, a diferença entre o ato jurídico lícito e o ilícito é que, naqueles, a conduta do agente permitida pelo ordenamento jurídico produz em regra os efeitos por ele pretendidos, enquanto nestes, a conduta (ação ou omissão) - não é permitida, e produz os efeitos prescritos pelo próprio direito (que é, repetimos, uma ordem de coerção): “*O comportamento social do homem, lícito ou ilícito, suscita efeitos jurídicos. Neste último caso, tais efeitos não são desejados pelo agente, mas impostos pela lei.*”⁴ No que se refere aos atos ilícitos, essa definição tem um sentido lato. Estritamente, ela ganha contornos próprios quando se o analisa na esfera civil ou penal.

Lembramos, entretanto, que os efeitos produzidos pelo ato ilícito, ou seja, a sanção, nem sempre é dirigida contra quem o cometeu. Existem diversos casos (excluída a esfera penal, em razão do princípio constitucional de que a pena não pode passar da pessoa do condenado - artigo 5º, inciso XLV da Constituição Federal) de pessoas que respondem por ilícitos perpetrados por outrem, como, por exemplo, as pessoas jurídicas que respondem pelos atos de seus prepostos, e o empregador pelos atos dos seus empregados no exercício do trabalho que

⁴ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 9ª Ed., 1.987, p. 414.

lhes competir ou por ocasião dele (artigo 1.521, III, e 1.522 do Código Civil).

Da distinção entre ato jurídico lícito e ilícito é que surge a noção de responsabilidade. Quando a pessoa conduz-se de forma diversa daquela prescrita, o ordenamento impõe-lhe uma sanção. A sanção é então a consequência imposta pelo Direito à prática do ato ilícito. Ela será imposta, em regra, à própria pessoa que praticou o ato, e excepcionalmente também a terceiros, pessoas outras que não aquela que praticou o ato - conforme adiante veremos. Aqui reside o conceito operacional da categoria responsabilidade. Responsabilidade é a sanção imposta pelo Direito como consequência pela conduta vedada por uma norma jurídica. É a decorrência, portanto, da prática de um ato ilícito: *“Da prática do ato ilícito decorre a responsabilidade do agente”*⁵

José de Aguiar Dias⁶ conceitua responsabilidade de uma forma um pouco diversa: diz que responsabilidade é a consequência da prática de ato jurídico, seja ele lícito ou ilícito, observando apenas que, no primeiro caso, funciona sem criar qualquer obrigação de reparar ao agente:

“A responsabilidade é, portanto, o resultado da ação pela qual o homem expressa o seu comportamento, em face desse dever ou obrigação. Se atua na forma indicada pelos cânones, não há vantagem, porque supérfluo, em indagar a responsabilidade daí decorrente. Sem dúvida, continua o agente responsável”

⁵ STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1.994, p. 34.

⁶ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 9ª Ed., 1.994, Vol. 1, p. 2.

pelo procedimento, mas a verificação desse fato não lhe acarreta obrigação nenhuma, isto é, nenhum dever, traduzido em sanção ou reposição, como substitutivo do dever de obrigação prévia, precisamente porque a cumpriu.”

Apesar dessas considerações, é no mínimo curioso o fato de que boa parte dos manuais de direito civil, ou mesmo alguns dedicados especificamente ao tema da responsabilidade civil, omitirem-se a respeito do conceito operacional de responsabilidade *latu sensu*. É que esse conceito, da forma como tradicionalmente é entendido, por sua vinculação necessária ao conceito de ato ilícito - conforme vimos acima - insculpido por HANS KELSEN no início do século XX, não responde mais ao avançado estágio de desenvolvimento que a teoria da responsabilidade civil atingiu na atualidade. Sob o ponto de vista da responsabilidade penal, a vinculação ato ilícito <=> responsabilidade não representa qualquer problema, até porque a Constituição determina em seu artigo 5º, inciso XXXIX, que só haverá crime se a conduta for tipificada em lei - ou seja, considerada expressamente desautorizada. Só há crime se houver ilícito penal. Mas, no campo da responsabilidade civil (justamente a que mais nos interessa no desenvolvimento desse trabalho), é que as dificuldades aparecem, e são tantas que os irmãos “*Mazeud et Mazeud, não obstante sua colocação entre os maiores pesquisadores da matéria, não hesitam em confessar a tentação de enfrentar o tema sem o definir*”⁷

A primeira dificuldade diz respeito à teoria do risco, que levou na órbita civil ao desenvolvimento da responsabilidade objetiva, espécie do gênero responsabilidade civil. A responsabilidade objetiva é a

⁷ DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 13.

possibilidade de haver obrigação de reparar um dano prescindindo-se da culpa do agente, ou seja, um dano que não tenha sido causado por um ato ilícito civil. Basta que o agente tenha criado o risco (acidental mesmo) de que o fato ocorra, independentemente da demonstração da sua culpa no evento danoso, deve ele reparar. Mas na esfera civil, o ato ilícito só ocorre quando houver culpa (negligência, imprudência, imperícia ou dolo) do agente. Então, a responsabilidade civil objetiva é um tipo de sanção jurídica que não decorre de um ato ilícito civil.

É o caso, por exemplo, da obrigação de indenizar que possui a empresa que explora o ramo de transportes coletivos urbanos, quando ocorre ferimento em passageiro de ônibus em decorrência de um acidente automobilístico provocado pela imprudência - culpa - do condutor de um terceiro veículo que invade a contra mão de direção, batendo no ônibus que trafegava regularmente. Não se vislumbra culpa do motorista do ônibus, não há ilícito da sua parte, mas a empresa de transportes deverá indenizar o seu passageiro, ressalvado o direito de regresso contra o causador do dano.

A segunda dificuldade diz respeito à situação dos atos chamados atos justificados, ou seja, aqueles praticados em legítima defesa, exercício regular de direito reconhecido ou em estado de necessidade (que, hoje, são considerados casos de responsabilidade objetiva)⁸. O artigo 160, incisos I e II do Código Civil não os consideram ilícitos, isto é, consideram-se condutas autorizadas pelo Direito.

⁸ O ato ilícito civil, para se caracterizar, além da culpa do agente, exige um segundo requisito que é a antijuridicidade. É que nem todo o ato culposo que causa dano a terceiro é ilícito. Alguns atos danosos são lícitos, como por exemplo os chamados atos justificados, mencionados no texto. E há também alguns outros além deles, que ocorrem quando há consentimento do ofendido para os riscos, como por exemplo na prática de esportes perigosos como o futebol ou o boxe, em que cada

Entretanto, os artigos 1.519, 1.520 e 1.540 do mesmo Código determinam que, apesar de lícitos, os danos causados em razão destes atos devem ser indenizados, entenda-se bem, desde que a vítima não tenha sido a agressora ou a causadora do perigo respectivo. E aí a dúvida: mas se não são ilícitos, porque o dever de indenizar? Haveria contradição? Ilícitos realmente não o são, porque o Direito autoriza estas condutas danosas, se elas ocorrerem nos estritos limites dos respectivos conceitos. Autoriza, mas determina o ressarcimento dos prejuízos. Não é porque o agente tinha autorização para, naquela específica e excepcional situação, assim agir, que deixará de reparar o dano causado - se, repetimos, a vítima não foi a agressora ou a causadora do perigo. Pode, excepcionalmente, pela emergência da situação, lesar, mas deve depois reparar. Estas condutas, mesmo legítimas, autorizadas, lícitas, geram uma conseqüência imposta pelo Direito, geram responsabilidade.

A prevalecer o conceito tradicional de responsabilidade, não poderia, em qualquer desses casos - responsabilidade objetiva e atos justificados - haver obrigação de indenizar. Não havendo violação de norma jurídica, não haveria sanção, ou seja, não haveria responsabilidade. Mas há! Muito embora a obra de KELSEN não tenha contemplado a teoria do risco e a responsabilidade objetiva, o que possivelmente lhe teria imposto uma série de profundas alterações em seus conceitos, não se pode olvidar de que, à época da primeira edição da Teoria Pura do Direito (1.934), o instituto já estivesse bastante desenvolvido, muito embora, evidentemente, ainda sem a grandiosidade que atingiu na atualidade, quando se tornou parte do dia-a-dia das pessoas. Basta lembrar que, no direito brasileiro, o primeiro texto

atleta está sujeito a lesões físicas decorrentes da ação normal dos demais que participam do jogo.

de lei que expressamente adotou a responsabilidade objetiva foi o Decreto n. 2.681 de 07 de dezembro de 1.912, que regulamentou a responsabilidade civil das estradas de ferro, aliás ainda em pleno vigor. Esse fato evidencia que a construção teórica de KELSEN, em que pese o inescondível brilhantismo de sua elaboração, não responde mais - pelo menos naquilo que ele chamou de estática jurídica - à realidade do Direito moderno, ainda que, com razão, se possa argumentar a inexistência de uma teoria capaz de substituí-la.

A respeito da responsabilidade objetiva, teremos oportunidade, mais adiante, de voltar a analisar o tema.

Mas, e o conceito operacional de responsabilidade? Infelizmente, devemos dizer, não há solução. Para criar-se um novo conceito, ter-se-ia que identificar um ponto em comum entre o ato ilícito (seja penal, civil, ou administrativo) e suas conseqüências, e o dever de indenizar fundado no risco criado. Mas não há esse ponto em comum. Na responsabilidade penal, por exemplo, há um ato ilícito e uma pena. Na responsabilidade civil subjetiva, há ato ilícito mas não há pena, e sim dever de indenizar (a função ressarcitória difere substancialmente da punitiva, constitutivas das responsabilidades civil e penal, respectivamente, conforme se verá adiante). E, na responsabilidade civil objetiva, não há - pelo menos não necessariamente - nem ato ilícito nem pena, apenas um fato jurídico e o dever de indenizar. Não havendo um ponto em comum, não há como criar-se um novo conceito de responsabilidade. No máximo, o melhor que se tem a fazer é orientar-se pelo conceito tradicional (que vincula responsabilidade com ato ilícito) e observar sua inadequação aos novos contornos tomados pela responsabilidade civil principalmente a partir do desenvolvimento da teoria responsabilidade objetiva, baseada no risco. Essa realidade, cruel

para o cientista, talvez explique a hesitação dos irmãos MAZEUD relatada por JOSÉ DE AGUIAR DIAS, não restando aos estudiosos senão aguardar o resultado do fabuloso processo de desenvolvimento por que passa o direito civil nos dias de hoje, em que velhos conceitos são rapidamente substituídos por outros mais novos impostos pela realidade social.

No decorrer do presente trabalho, por reconhecermos esta dificuldade conceitual não superada pela doutrina, insistiremos no conceito operacional tradicional da categoria responsabilidade, ressalvadas as observações feitas acima.

2. ORIGENS HISTÓRICAS DA RESPONSABILIDADE

Nosso objetivo, no que se refere ao desenvolvimento histórico da responsabilidade, é demonstrar que as responsabilidades civil e penal nasceram juntas, e possuem exatamente a mesma origem histórica. Por muito tempo, não se distinguiu como sendo pena ou reparação, civil ou penal, a sanção aplicada à conduta desautorizada. Fato curioso, aliás, é perceber que os manuais de direito civil e de direito penal adotados em nossas Universidades, em geral não alertam para a identidade da origem, muito embora uma análise como a que faremos a seguir demonstre que é idêntica tanto para uma como para outra.

Para que possamos compreender as origens históricas da responsabilidade é necessário que percebamos que, antes de ser um instituto jurídico, a responsabilidade é um fato, uma realidade social. Dizemos isso porque é natural, espontâneo, humano, que as pessoas

tendam a reagir contra uma agressão injusta que sofram. O próprio instinto de auto-preservação presente em todos os seres vivos, o ímpeto de viver, de sobreviver, de não aceitar a morte, afasta-nos da postura passiva diante de um agressor. Este sentimento, que nossa condição humana nos impõe, é o nascedouro do fenômeno da responsabilidade. Historicamente, foi a partir da chamada fase da “vingança privada” - em que cada um defendia-se como podia das agressões que sofria, sem qualquer interferência nem mesmo reguladora de alguma forma primitiva de Estado - que nasceu o que hoje conhecemos como responsabilidade. A vingança privada é, portanto, a mais primitiva forma de reação a uma agressão, própria de antigas sociedades muito pouco organizadas:

“A responsabilidade civil no Direito romano tem seu ponto de partida na vingança privada, forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, de reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal. É a vingança pura e simples, a justiça feita pelas próprias mãos da vítima de uma lesão, ou seja, a pena privada perfeita, no qualitativo de HUGUENEY, porque tudo depende do agressor.”⁹

Em cada sociedade primitiva, a partir da chamada vingança privada, desenvolveu-se paulatinamente um sistema público de controle da punição, de “regulamentação”, da sanção conseqüente de uma conduta não permitida. Em geral, essa reação era fortemente carregada de misticismo:

⁹ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª Ed., 1.963, p. 21.

“Nos grupos sociais dessa era, envoltos em ambiente mágico (vedas) e religioso, a peste, a seca e todos os fenômenos naturais maléficos eram tidos como resultantes das forças divinas (“totem”) encolerizadas pela prática de fatos que exigiam reparação. Para aplacar a ira dos deuses, criaram-se séries de proibições (religiosas, sociais e políticas), conhecidas por “tabu”, que, não obedecidas acarretavam castigo. A infração totêmica ou a desobediência a tabu levou a coletividade à punição do infrator para desagrar a entidade, gerando-se assim o que, modernamente, denominamos “crime” e “pena”.¹⁰

Mais adiante, segue MIRABETE:

“A pena, em sua origem remota, nada mais significava senão a vingança, revide à agressão sofrida, desproporcionada com a ofensa e aplicada sem preocupação de justiça.”¹¹

Não foi de maneira uniforme que as diferentes sociedades deixaram a etapa da vingança privada. Sabemos, entretanto, que o ponto em comum, a partir do qual progrediram, foi a limitação à extensão do revide, ou seja, a proporcionalidade entre a agressão e a reação.

¹⁰ MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal, Vol. 1*. São Paulo: Editora Atlas, 3ª Ed., 1.988, , p. 38.

¹¹ Ob. Cit. p. 39.

A necessidade de limitação da reação era imperiosa. Quando a agressão era praticada por uma pessoa de um grupo ou tribo contra outra pessoa do mesmo grupo, em geral, a reação era a expulsão do agressor, seu banimento, o que invariavelmente o levava à morte pelos grupos rivais. Mas quando a agressão era perpetrada por uma pessoa de um grupo contra outra de um outro grupo, aí a situação era muito mais grave. A tribo à qual pertencia a vítima em geral unia-se no revide contra todo o grupo do agressor, numa verdadeira “guerra de sangue”, considerada obrigação religiosa a todos os membros dos dois grupos, que só acabaria quando um dos grupos fosse por fim dizimado. Foi com a finalidade precípua de evitar a dizimação de grupos ou tribos de uma mesma sociedade, que se impôs a necessidade de limitação da extensão da reação. E a fórmula primeira de limitação foi o talião, que cria uma proporcionalidade entre a agressão e o revide (sangue por sangue, olho por olho, dente por dente) - conforme JULIO FABBRINI MIRABETE¹². O talião foi imposto, portanto, por razões de ordem pública, já que as sociedades primitivas foram formadas em geral pela união de tribos diversas, cada uma delas com origem familiar comum: “*O olho por olho e o dente por dente constituíam, sem dúvida, para os povos ainda vizinhos da barbaria, o melhor modo de reparação.*”¹³

Em quase todos os primeiros textos de lei escrita de que se tem notícia há farta menção ao talião. O Código de Hammurabi, da Babilônia - obra notável atualmente exposta no museu do Louvre, em Paris, e que até pouco tempo era o mais antigo texto de lei conhecido (1.750 a.C.) - dispunha que: “196 - *Se um homem livre fizer perder a vista*

¹² Ibidem.

¹³ SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e sua Reparação*. São Paulo: Editora Forense, 2ª Ed., 1.969, p. 25.

ao filho de um outro homem, igualmente livre, sofrerá a perda de um olho. 197 - Se vier a quebrar um membro de um homem livre, sofrerá, também, a ruptura de um membro. 200 - Se um homem livre fizer saltar um dente de um homem igualmente livre, se lhe arrancará também um dente.” (conforme WILSON MELO DA SILVA¹⁴).

No direito romano, mesmo a lei das XII Tábuas, que não é um texto assim tão remoto, determinava na Tábua VII, lei XI, o seguinte: “*si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*” - se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se existiu acordo.¹⁵

Conjuntamente com o Talião, num processo designado por composição, criou-se a idéia de que o ofensor indenize a vítima com uma soma em dinheiro. “*À medida, entretanto, que a pena privada perde o caráter de punição, toma corpo a idéia correlata de reparação.*”¹⁶. Curiosamente, os mesmos textos de lei escrita que prescreviam o Talião, traziam também, para alguns casos, essa possibilidade de reparação em dinheiro, o que evidencia a dificuldade de demonstração de que tratavam-se de estágios evolutivos diversos, ocorridos em sucessão um ao outro.

O Código de Manava-Dharma-Sastra, ou simplesmente Código de Manu (Índia), no seu artigo 224, dispunha que o rei poderia impor multa àquele que desse em casamento “donzela com defeitos” sem antes alertar o interessado. Dizia ainda nos artigos 237 e

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Tradução de MARIA HELENA DINIZ, in: *Curso de Direito Civil, Vol. 7*. São Paulo: Saraiva, 7ª Ed. 1.993, p. 8.

¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 5ª Ed., 1.994, p. 3.

239, que o rei poderia impor aos juizes que errassem nos julgamentos multas de até mil “panas” pela injusta condenação de um inocente¹⁷.

O Código de Ur-Nammu, descoberto em 1.952 pelo Professor SAMUEL NOAH KRAMER - renomado assiriólogo da Universidade da Pensilvânia - considerado o mais antigo dentre os hoje conhecidos (300 anos mais antigo que o Código de Hammurabi - 2.050 a.C. - é relativo à terceira dinastia de Ur, da região dos primitivos povos sumerianos), muito embora com textos incompletos, previa pagamentos em prata para casos específicos de lesões corporais:

*“Se (um homem a outro homem, com um instrumento ...) son... o pé se cortou: 10 siclos de prata deverá pagar. Se um homem, a um outro homem, com uma arma, os ossos de ... tiver quebrado: 1 mina de prata deverá pagar. Se um homem, a um outro homem, com um instrumento de geshpu, houver decepado o nariz, 2/3 de mina de prata deverá pagar”*¹⁸

No Alcorão, no versículo 173 do capítulo II, há uma interessante ligação entre o talião e a reparação:

“Ó Crentes! A pena do talião está prescrita para o caso do homicídio. Um homem livre (nessa conjuntura) será morto por um homem livre; um escravo por outro escravo, e u'a mulher, por outra mulher. Aquele, porém, que perdoar o matador do seu irmão, terá direito de

¹⁷ SILVA, Wilson Melo da. Ob. cit., p. 25.

¹⁸ SILVA, Wilson Melo da. Ob. cit., p. 26.

*exigir uma razoável indenização, que lhe será paga como reconhecimento.”*¹⁹

E, no versículo 127 do capítulo XVI, dizia: *“que a vossa vingança não ultrapasse a afronta recebida. Porém, aqueles que sofrerem com paciência farão uma ação mais meritória.”*²⁰

É muito importante que percebamos que, como se pode facilmente notar em todos os textos de lei escrita mencionados, não havia nos primórdios qualquer distinção entre punição e reparação, ou entre o que posteriormente passamos a chamar de responsabilidade civil e penal. Também é importante assinalarmos que jamais houve, nem mesmo em toda a evolução do direito romano, um princípio ou norma genérica de reparação civil. Havia apenas, nas leis, casos expressos, específicos, em que se permitiria a reparação, sem uma previsão generalizada. O direito romano não conseguiu distinguir a responsabilidade penal da civil, e, por consequência, fixar uma norma genérica de reparação de danos.

*“Não chegaram os jurisconsultos romanos a substituir totalmente a vingança privada por uma norma geral definidora da responsabilidade civil. Jamais distinguiram completamente a pena da reparação, ou da idéia de punição e, conseqüentemente, trataram como idéias consímiles a responsabilidade civil e a responsabilidade criminal.”*²¹

¹⁹ SILVA, Wilson Melo da, Ob. cit., p. 27.

²⁰ Ibidem.

²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Ob. cit., p. 3.

Apesar disso, podemos vislumbrar no direito romano um marco importantíssimo a partir do qual se desenvolveu a separação das responsabilidades civil e penal: trata-se da *Lex Aquilia*, assim chamada porque originária de um plebiscito proposto pelo tribuno Aquilio, provavelmente no século III a.C.:

*“Onde se realiza a maior revolução dos conceitos jus-romanísticos em termos de responsabilidade civil é com a Lex Aquilia, de data incerta, mas que se prende aos tempos da República. Tão grande revolução que a ela se prende a denominação de aquiliana para designar-se a responsabilidade extracontratual em oposição à contratual. Foi um marco tão acentuado que a ela se atribui a origem do elemento ‘culpa’, como fundamental na reparação do dano. A lex aquilia, bem assim a conseqüente actio ex lege aquilia, têm sido destacadas pelos romanistas e pelos civilistas, em matéria atinente à responsabilidade civil.”*²²

A *Lex Aquilia* era composta de três capítulos, dos quais os de maior importância eram o primeiro e, principalmente, o terceiro, relativos respectivamente à morte de escravos e animais de rebanho (1º capítulo) e ao *damnum injuria datum*, instituto que previa a reparação às lesões a escravos e danos a bens corpóreos (3º capítulo). Na realidade, a exemplo de toda a legislação vigente à época, ela não continha um princípio genérico de reparação, mas previa também casos concretos específicos a serem reparados. Entretanto, os casos previstos no capítulo terceiro, agrupados sob o *damnum injuria datum*, que previa para a

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Ob. cit., p. 4.

reparação por danos a bens corpóreos, ao invés das multas de outrora, que a vítima receberia o valor venal da coisa destruída nos 30 dias anteriores ao delito.

O que houve de tão revolucionário na lei Aquilia não estava tanto em seu texto, mas na interpretação jurisprudencial que com o passar dos anos recebeu. Assim, o *damnum injuria datum* estendeu-se não só aos proprietários (conforme o texto original da lei) mas também aos titulares de outros direitos reais, como os possuidores, aos detentores e até mesmo aos peregrinos. Aplicou-se ainda o instituto para o caso de ferimentos a homens livres, aos danos a bens imóveis, e à destruição de ato instrumentário como testamento ou termo de caução (não previstos originalmente). E, valendo-se ainda do *damnum injuria datum*, a jurisprudência criou ações *ad exemplum legis Aquiliae*, como as ações *arborum furtim caesarum*, *servo corrupto* e *sepulcro violato*.

Diz-se que a *Lex Aquilia* foi o marco a partir do qual desenvolveu-se a separação entre responsabilidade civil e penal por dois motivos: primeiramente, em função da sua extensiva interpretação jurisprudencial, que embora não tenham criado uma norma genérica de reparação de danos, mas dada a abertura a tantos e tão variados casos e hipóteses, abriu o caminho do desenvolvimento de uma norma genérica obrigando à reparação de danos injustamente causados, o que é típico da responsabilidade civil:

“O último capítulo da lei Aquilia, ou seja, o damnum injuria datum, constitui a parte mais importante da lei, porque foi na sua aplicação, cada vez mais extensiva, que os jurisconsultos do período clássico, assim como

os pretores, construíram a verdadeira doutrina romana da responsabilidade extracontratual.”²³

Em segundo lugar porque teria sido o primeiro texto de lei de que se tem notícia a impor a idéia de culpa - hoje ponto central da responsabilidade civil - como condição para a reparação. Essa posição não é unânime, e não faltaram pensadores a afirmar que o conceito de culpa não estava no texto da lei, mas na sua comentada interpretação jurisprudencial. ALVINO LIMA²⁴ relaciona autores consagrados da doutrina francesa das duas correntes, e explica que o brocardo “*in lege Aquilia et levissima culpa venit*”, esculpido por Ulpiano após séculos de evolução jurisprudencial, indica que a idéia de culpa estava mesmo presente na lei.

A idéia de culpa não estava expressa na lei, mas decorria do próprio significado da expressão “*damnum injuria datum*”. Injúria significa o “ato que é realizado sem direito” (contra-jus), e apenas os danos considerados injustificáveis eram ressarcíveis. Da discussão do que era, ou não, injustificável é que teria nascido a semente do conceito de culpa:

“A evolução operou-se, conseqüentemente, no sentido de introduzir o elemento subjetivo da culpa e diferenciar a responsabilidade civil da penal. E muito embora não tivesse conseguido o Direito romano libertar-se inteiramente da idéia de pena, no fixar a responsabilidade aquiliana, a verdade é que a idéia do delito privado, engendrando uma ação penal, viu o

²³ LIMA, Alvino. Ob. cit., p. 23.

²⁴ Ob. cit., p. 24.

domínio de sua aplicação diminuir, à vista da admissão, cada vez mais crescente, das obrigações delituais, criando uma ação mista ou simplesmente reipersecutória. A função da pena transformou-se, tendo por fim indenizar, como nas ações reipersecutórias, embora o modo de calcular a pena ainda fosse inspirado na função primitiva da vingança; o caráter penal da ação da lei Aquília, no Direito clássico, não passa de uma sobrevivência.”²⁵

Significam esses fatos que as responsabilidades civil e penal nasceram juntas, que têm a mesma origem. O germen de sua distinção só operou-se a partir da fabulosa interpretação jurisprudencial que sofreu a *Lex Aquilia*, e a separação formal só veio mesmo no Estado Moderno, após a Revolução Francesa, em decorrência do artigo 1.382 do Código Civil Francês - chamado Código Napoleão.

3. ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE – PENAL, CIVIL, ADMINISTRATIVA, ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E ABUSO DE DIREITO

Tradicionalmente se tem dividido a responsabilidade entre a penal e a civil: “*A responsabilidade jurídica se cinde em responsabilidade civil e responsabilidade penal, exigindo a acentuação*

²⁵ LIMA, Alvino. Ob. cit., p. 28.

dos seus caracteres diferenciais.”²⁶. A partir daí, diversos autores passam a nomear as diferenças entre a responsabilidade civil e a penal. A opinião prevalente é a de que a responsabilidade penal distingue-se da civil porque o ato ilícito penal ofende a sociedade, enquanto o ato ilícito civil ofende o particular: “*enquanto a responsabilidade penal pressupõe uma turbaco social, ou seja, uma leso aos deveres dos cidados para com a sociedade, acarretando um dano social determinado pela violao da norma penal*” (...) “*a responsabilidade civil requer prejuo a terceiro, particular ou o Estado.*”²⁷. No mesmo sentido, “*Efetivamente, a violao de um direito pode configurar ofensa à sociedade pela infrao de preceito indispensvel à sua existncia, ou corresponder a um simples dano individual. No primeiro caso, existe delito penal; no segundo, existe delito civil.*”²⁸ Há tambm os que entendem que o ilícito penal é mais grave que o civil:

*“A infrao à norma de conduta pode ser mais ou menos intensa. Quando ela consiste na violao de um preceito de ordem penal, a reao do ordenamento jurdico é mais violenta e pode conduzir à aplicao de uma pena consistente em castigo corporal ou em multa. Quando a infrao no ofende a um princpio daquela natureza, mas to-s causa dano a terceiro, a relao que se estabelece entre as partes se confina à ordem civil, resultando apenas no dever de indenizar.”*²⁹

²⁶ STOCO, Rui. Ob. cit., p. 39.

²⁷ DINIZ, Maria Helena. Ob. cit., p. 17.

²⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil, Vol. 1, Parte Geral*. So Paulo: Editora Saraiva, 29ª Ed., 1.990, p. 274.

²⁹ RODRIGUES, Slvio. *Direito Civil, Vol.1, Parte Geral*. So Paulo: Editora Saraiva, 19ª Ed., 1.988, p. 300.

Não nos parece, data vênia, adequada a distinção. Não nos parece que o ilícito civil não agrida à sociedade, nem tampouco que haja graus maior ou menor de gravidade do ilícito:

*“Queremos dizer que, do ponto de vista da ordem social, consideramos infundada qualquer distinção a propósito da repercussão social ou individual do dano. O prejuízo imposto ao particular afeta o equilíbrio social. É, a nosso ver, precisamente nesta preocupação, neste imperativo, que se deve situar o fundamento da responsabilidade civil. Não encontramos razão suficiente para concordar em que à sociedade o ato só atinge no seu aspecto de violação da norma penal, enquanto que a repercussão no patrimônio do indivíduo só a este diz respeito. Não pode ser exata a distinção, se atentarmos em que o indivíduo é parte na sociedade; que ele é cada vez mais considerado em função da coletividade; que todas as leis estabelecem a igualdade perante a lei, fórmula de mostrar que o equilíbrio é o interesse capital da sociedade.”*³⁰

Evidentemente, não se pode aqui ter em vista apenas o caráter patrimonial da ofensa. Mesmo quando apenas o patrimônio particular é atingido, este ato repugna e agride toda a sociedade, haja vista que o direito penal tipifica diversos crimes em que o bem jurídico violado é o patrimônio particular. Isso significa que há, inegavelmente, um interesse público subjacente à responsabilidade civil, tão relevante quanto o interesse subjacente à penal.

³⁰ DIAS, José de Aguiar. Ob. cit., ps. 7 e 8.

Afastados os critérios da extensão e da natureza do dano, como então distinguir-se a responsabilidade penal e civil?

Antes de responder à pergunta, é importante observarmos que não são apenas essas as espécies de responsabilidade que o Direito contempla. Existem cinco espécies de responsabilidade: a civil, a penal, a responsabilidade administrativa, o enriquecimento sem causa e o abuso de direito.³¹ Todos os cinco têm uma característica comum: o fato de serem espécies de sanções impostas pelo Direito em função de condutas desautorizadas.

O enriquecimento sem causa ocorre quando alguém auferir um lucro ou vantagem patrimonial às custas do patrimônio de outra pessoa, sem que exista uma causa jurídica que justifique esse aumento. Ele não possui uma previsão legal genérica vedando o enriquecimento sem causa, mas apenas disposições específicas sobre alguns casos. Apesar disso, a doutrina majoritária ensina que o Direito pátrio o repudia em qualquer caso:

“Embora a lei brasileira não acolha expressamente a regra geral de repulsa ao enriquecimento sem causa, isso representa uma lacuna que se supre pela analogia e, quando assim não fosse, pelos princípios gerais do direito.

O repúdio ao enriquecimento indevido estriba-se no princípio maior da equidade, que não permite o ganho de um, em detrimento de outro, sem uma causa que o justifique. É ele alcançado através da ação in rem verso, concedida ao prejudicado.

³¹ No decorrer do trabalho, defenderemos a idéia de que a composição dos danos morais não se amolda em qualquer das cinco espécies, devendo, por esse motivo, ser considerada a sexta espécie de responsabilidade jurídica.

A tese, hoje, preferida pela doutrina brasileira é a da admissão do princípio genérico de repulsa ao enriquecimento indevido. Essa a opinião que participo.”³²

São exemplos de enriquecimento sem causa, o pagamento indevido (artigo 964 do Código Civil), a pessoa que tem sua imagem usada na publicidade de algum produto sem autorização, ou o banco que por engano credita na conta corrente de certa pessoa valor que deveria ser depositado na conta de outro cliente. Ou ainda o plágio musical, a pirataria de programas de computador, a falsificação de produtos industriais como bebidas, discos, e outros.

Ele não se confunde com a responsabilidade civil porque não há dano ou, pelo menos, não necessariamente. Dentre os exemplos de enriquecimento sem causa citados, é fácil percebermos que alguns produzem dano (o pagamento indevido, em razão do qual o credor legítimo deixou de receber; o banco que creditou o dinheiro na conta corrente errada, e deixou de depositá-lo na conta correta), e outros não têm necessariamente que produzir dano. Enquanto que a responsabilidade civil tem a finalidade de reparar prejuízos (motivo pelo qual ela só existirá se dano houver), no enriquecimento sem causa até pode ocorrer um dano, mas esse não é o seu elemento essencial. O que importa aqui é a inexistência de causa jurídica, para que alguém tenha o seu patrimônio aumentado às custas do patrimônio de terceiros.

Apesar disso, há casos nos quais, em face do dano produzido, tanto a responsabilidade civil quanto a doutrina do

³² RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Parte Geral das Obrigações. Vol. 2.* São Paulo: Saraiva, 23ª Ed., 1.995, p. 163.

enriquecimento sem causa fundamentam a sanção. Há, diríamos, uma coincidência de fundamentos para a sanção. O furto, por exemplo, não é causa legítima para a aquisição da propriedade de um bem. Portanto, se ele ocorrer, a devolução do objeto furtado (ou seu equivalente em dinheiro) é imposta tanto ^{pelos} responsabilidade civil como pelo enriquecimento sem causa.

É muito comum o enriquecimento sem causa encontrar-se associado à violação de um direito da personalidade, como o direito à imagem ou o direito do autor. Ainda assim, veremos adiante nesse trabalho, ele não se confunde com o dano moral porque, primeiramente, como vimos, ele prescinde do elemento dano, e, segundo, porque sua ênfase é eminentemente patrimonial (acréscimos patrimoniais indevidos ou injustificados), não se refere à dor subjetiva, que não tem como ser aferida economicamente.

O abuso de direito consiste no fato de que o titular de um direito subjetivo o exerce para fim diverso daquele previsto pelo ordenamento jurídico. Quando o Direito reconhece às pessoas a titularidade de direitos, há uma finalidade social nesse reconhecimento. Por esse motivo, os direitos não são absolutos, no sentido de que o seu titular não pode exercê-los sem qualquer limitação. Os limites do exercício regular dos direitos é ditado pelo interesse público, e caracteriza o que a doutrina chama de abuso de direito.

O direito pátrio não possui uma norma genérica, prevista em alguns ordenamentos estrangeiros, que vede o abuso de direito. O artigo 160, inciso I, do Código Civil, diz que não constituem atos ilícitos aqueles praticados no exercício regular de um direito reconhecido. Tal disposição, interpretada a contrário senso, leva à

conclusão de que os atos praticados no exercício abusivo de um direito podem ser considerados como ilícitos.

Em diversas ocasiões, a lei brasileira expressamente prevê limites ao exercício dos direitos, e impõe sanções para o seu descumprimento. No código civil, por exemplo, encontramos diversas regras relativas ao direito de vizinhança (artigos 554 e seguintes), que limitam o exercício do direito de propriedade imobiliária. As limitações administrativas ao direito de construir, as limitações ao uso da propriedade imobiliária em razão da preservação ambiental, são outros exemplos. No campo do direito de família, o abuso do pai no exercício do pátrio poder pode conduzir a diversas conseqüências, dentre as quais, inclusive, a perda do pátrio poder. No campo das relações contratuais, a cobrança abusiva de dívidas (artigos 1.530 e 1.531 do Código Civil) e as hipóteses incorretamente chamadas de “dano moral por abalo de crédito” (como o protesto indevido de títulos de créditos, devolução indevida de cheques pelos bancos, etc.), são outros casos de abuso de direito.

A maior parte da doutrina tem admitido que o abuso de direito não pode fazer parte da responsabilidade civil, motivo pelo qual a inserimos dentre uma das cinco formas de responsabilidade jurídica:

“A teoria do abuso de direito extravasa do campo da responsabilidade civil e a idéia que a inspira guarda autonomia para aplicar-se a todos os campos do direito, gerando conseqüências outras que não apenas a obrigação de reparar, pecuniariamente, o prejuízo experimentado pela vítima.”³³

³³ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil, Vol. 4, Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 13ª Ed., 1.993, p. 59.

Já a responsabilidade administrativa, que em regra se dá em processos extrajudiciais, corresponde às sanções aplicadas pela Administração Pública em razão do seu poder de polícia, às sanções disciplinares aplicáveis pela infração a normas reguladoras de atividades profissionais (os processos disciplinares da Ordem dos Advogados do Brasil, Conselhos Regionais de Medicina e demais conselhos profissionais), ou até mesmo às multas de trânsito. São também sanções aplicadas em decorrência de condutas não autorizadas, que não tem a natureza penal justamente porque prescindem de um processo judicial.

A responsabilidade administrativa distingue-se da penal por dois motivos. O primeiro é o fato de que o princípio constitucional da legalidade (artigo 5º, inciso II), ao qual ambas estão subordinadas, há desmembramentos diferentes em cada uma. Na responsabilidade penal, vigora o chamado princípio da legalidade estrita (*nullum crimen sine lege* - artigo, 5º, inciso XXXIX), que impõe, para a caracterização do crime, a tipificação da conduta ilícita e da respectiva pena.

Na esfera administrativa, que distingue o poder disciplinar do administrador (de sancionar condutas irregulares praticadas pelos próprios agentes públicos), do poder de polícia (de sancionar os cidadãos em benefício da coletividade), sua aplicação é diversa:

“Não se aplica ao poder disciplinar o princípio da pena específica que domina inteiramente o Direito Criminal comum, ao afirmar a inexistência da infração penal sem prévia lei que a defina e apene. Esse princípio não vigora em matéria disciplinar. O administrador, no seu prudente critério, tendo em vista os deveres do infrator em relação ao serviço e verificando a falta, aplicará a

sanção que julgar cabível, oportuna e conveniente, dentre as que estiverem reguladas em lei ou regulamento para a generalidade das infrações administrativas.”³⁴

Mais adiante, a respeito do poder de polícia, prossegue:

“As sanções do poder de polícia, como elementos de coação e intimidação, principiam, geralmente, com a multa e se escalonam em penalidades mais graves como a interdição de atividade, o fechamento de estabelecimento, a demolição da construção, o embargo administrativo da obra, a destruição de objetos, a inutilização de gêneros, a proibição da fabricação ou comércio de certos produtos, a vedação de localização de indústrias ou de comércio em determinadas zonas, e tudo o mais que houver de ser impedido em defesa da moral, da saúde e da segurança pública, desde que estabelecido em lei ou regulamento.”³⁵

A segunda diferença entre as responsabilidades penal e administrativa consiste no fato de que a primeira exige sempre um processo judicial para sua aplicação, enquanto que, em decorrência do atributo da auto-executoriedade conferida ao administrador público na imposição da sanção, em regra esta última prescinde do processo judicial:

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Editora Malheiros, 18ª Ed., p. 109.

³⁵ Ob. cit., ps. 123/124.

“Com efeito, no uso desse poder, a Administração impõe diretamente as medidas ou sanções de polícia administrativa necessárias à contenção da atividade anti-social que ela visa obstar. Nem seria possível condicionar os atos de polícia à prévia aprovação de qualquer outro órgão ou Poder estranho à Administração. Se o particular se sentir agravado em seus direitos, sim, poderá reclamar, pela via adequada, ao Judiciário, que intervirá oportunamente para a correção de eventual ilegalidade administrativa ou fixação de indenização que for cabível.”³⁶

Neste ponto, duas observações são necessárias. Primeiramente, o fato de não necessitar da prévia autorização judicial para impor sanções não significa punição sumária e sem defesa, garantia constitucional dos cidadãos. E, em segundo lugar, as penas de multa estão excluídas da auto-executoriedade, porque devem ser cobradas pela via do processo de execução fiscal.

Mas não é apenas no âmbito da Administração Pública e da Administração Indireta, que se vislumbra a responsabilidade administrativa. As sanções impostas em condomínios, clubes, empresas, também caracterizam a responsabilidade administrativa - que aqui, por vezes, é chamada de disciplinar.

Em razão desses argumentos, parece-nos que o critério mais seguro para distinguir as quatro espécies de responsabilidade jurídicas são as funções que cada uma exerce. Existem, na realidade,

³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit., ps. 120/121.

quatro funções, quais sejam, a pedagógica, a reparadora (ou ressarcitória), a punitiva, e a restitutória³⁷.

A função pedagógica é comum a todas as espécies de responsabilidade, e tem por fim prevenir que outros fatos como aquele se repitam, seja com o mesmo agente, seja com outras pessoas que, vendo a consequência imposta pelo Direito às condutas desautorizadas, sentem-se desmotivadas a praticá-las.

A função reparadora ou ressarcitória é própria da responsabilidade civil, e tem por fim a recomposição do patrimônio prejudicado. É evidente que a função reparadora não perde o caráter de sanção, no sentido em que continua a ser a decorrência da prática do ato defeso (comissivo ou omissivo). Entretanto, sua finalidade é simplesmente a de, sempre que possível, fazer retornar o *status quo ante*, restabelecer o mundo fático no estado em que se encontrava antes do ato, seja pela entrega do bem jurídico subtraído ao patrimônio lesado, seja pelo pagamento de uma indenização em moeda equivalente ao valor bem (artigo 1.534 do Código Civil). Por esse motivo, não se admite reparação civil que importe em pagamento de valor superior ao dano experimentado. A reparação deve ser a mais ampla e completa possível, mas observando sempre os estritos limites do prejuízo.

Por esse motivo também é que não se admite a existência da responsabilidade civil sem que haja dano. Justamente porque seu objetivo é a reparação, e não o apenamento, é que ela não existe sem dano. Se alguém, sob os efeitos maléficos do álcool, estiver trafegando numa via urbana à velocidade de 120 quilômetros horários, conduzindo

³⁷ No decorrer do trabalho defenderemos a idéia de que a composição dos danos morais, que não se amolda a qualquer das cinco espécies de responsabilidade e, por isso mesmo deve ser considerada a sexta espécie, assume uma outra função que lhe é própria, que é a de agraciação da vítima.

um automóvel em péssimo estado de conservação, sem entretanto provocar acidente ou causar dano, não estará sujeito à responsabilidade civil, ainda que tenha exposto a vida de terceiros a grave perigo. Pode, evidentemente, ser passível de responsabilidade penal e administrativa, mas sem que tenha causado dano, não haverá jamais responsabilidade civil.

Existe a função reparadora também em consequência do abuso de direito, em que o titular do direito que agiu abusivamente pode ser condenado a ressarcir os danos causados a terceiros.

A função punitiva, que consiste na imposição de uma pena ao agente, é própria das responsabilidades penal, administrativa, e do abuso de direito³⁸. No abuso de direito, a pena em geral é a perda do direito que foi abusivamente exercido.

Na função ressarcitória ou reparadora, em razão da prática de conduta desautorizada, o agente deve reparar o dano que causou, sem prejuízo da punição propriamente dita (responsabilidades penal e administrativa), se for o caso. Já as responsabilidades penal e administrativa não dependem do dano para se caracterizar, bastando a mera conduta não permitida, ainda que não chegue a resultar em prejuízos a terceiros. JOSÉ DE AGUIAR DIAS³⁹ cita, além destas relativas às funções, ainda outras distinções entre as responsabilidades civil e penal:

“a) a pena tem em vista a culpa do delinqüente, enquanto a indenização atende à preocupação de reparar o dano. A primeira não se preocupa com a existência do prejuízo, isto é, não se aplica por força do dano, pois cogita de impor um mal ao causador do mal.

³⁸ E, veremos adiante, da composição dos danos morais.

A segunda não se compreende sem dano, porque se mede em função dele; b) a pena é sempre consequência do ilícito, ao passo que a indenização tem no ato ilícito apenas uma das diversas causas de que pode surgir; c) a pena é, mas a indenização não é, inseparável da pessoa do delinqüente; d) se tivesse caráter penal, a indenização não seria transmissível aos herdeiros do lesado; e) o irresponsável não está sujeito à pena, mas está sujeito à indenização; f) a pena pode ser convertida em outro castigo, se o delinqüente não a pode satisfazer; a obrigação de indenizar subsiste, embora inexecutível.”

A responsabilidade administrativa, apesar de possuir a função punitiva, que a aproxima da penal, tem um ponto em comum com a responsabilidade civil e com o enriquecimento sem causa, que é o chamado nexo de imputação. A sanção penal, por expressa determinação constitucional, não pode ultrapassar a pessoa do condenado (artigo 5º, inciso XLV). Já as sanções civil e administrativa e o enriquecimento sem causa não estão adstritos à pessoa do infrator, podendo ser impostas mesmo contra terceiros. Exemplo disso é o disposto no artigo 1.521 do Código Civil e seus incisos, que determina a obrigação dos pais responderem pelos atos dos filhos, os empregadores pelos empregados, o curador pelo curatelado, e outros. A responsabilidade administrativa também segue essa regra. A multa de trânsito por velocidade excessiva, ou estacionamento irregular, por exemplo, será imposta ao proprietário do veículo, ainda que não fosse ele a conduzir o automóvel no momento da infração.

³⁹ Ob. cit., p. 736.

A sanção ou responsabilidade criada em razão de um ato ilícito, a respeito da qual temos escrito neste capítulo do trabalho, constitui-se em instituto de direito material, e não processual. Explicamos. Quando alguém pratica um ilícito civil, causa um dano a terceiro, este ato tem o condão de gerar uma obrigação, qual seja, a de reparar o dano - que no mais das vezes é de natureza pecuniária. Diz-se, portanto, que o ato ilícito civil é jurígeno. Evidentemente, o Direito espera que o agente cumpra espontaneamente com a obrigação, reparando o dano que causou. Há, entretanto, a possibilidade da sua infundada recusa em satisfazer o crédito, devendo a vítima socorrer-se do Estado para fazer cumprir, através de um processo judicial executório, a obrigação reparadora. Nesse mister, o Estado-Juiz utiliza-se de variados instrumentos que a lei processual lhe outorga, dentre os quais, em alguns casos, a prisão civil.

A prisão civil está prevista no artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal, e regulada pelos artigos 733 do Código de Processo Civil (inadimplemento voluntário e inescusável do pagamento de prestação alimentícia) e 1.287 do Código Civil (depositário infiel), não é sanção nem pena. Não se encaixa em qualquer tipo de responsabilidade. Trata-se tão somente de um dos instrumentos de que dispõe o Estado-Juiz, a exemplo de tantos outros (como por exemplo a possibilidade de excussão de bens e a multa cominatória), para cumprir a sua função Judiciária.

Certamente, o corolário mais importante da distinção entre as funções punitiva e ressarcitória é a questão da possibilidade, ou não, de modulação da sanção respectiva em função da culpabilidade do agente. Na responsabilidade penal, assim como na administrativa, a pena, ao ser aplicada, deve ser dosada conforme uma série de circunstâncias relativas à maior ou menor culpabilidade do agente. O Código Penal, aliás,

estabelece o processo e as fases da dosimetria da pena, que deve ser seguido pelo juiz ao proferir sentença condenatória. Na responsabilidade civil isso não existe. Deve-se reparar o prejuízo causado, independentemente da culpa do agente. Assim, aquele que, agindo com culpa leve, causar um prejuízo gravíssimo, deve repará-lo integralmente, da mesma forma como quem com culpa grave causar prejuízo mínimo, deve reparar a este tão-somente. Não há como se dosar a sanção na responsabilidade civil em função do grau de culpa, justamente porque ela não pretende punir, mas apenas reparar o dano.

Em resumo, para a correta classificação da responsabilidade, consideramos adequado o critério que se utiliza das funções que cada uma desempenha no ordenamento jurídico. Nesse sentido, podemos classificar as responsabilidades em penal, civil, administrativa, enriquecimento sem causa e abuso de direito. Mais adiante, na seqüência do trabalho, veremos que há ainda uma sexta espécie de responsabilidade, que é justamente a composição dos danos morais, diversa das cinco outras, e que tem como funções primordiais a pedagógica (comum a todas) e a punitiva, e como função secundária uma que lhe é própria, que é a de agraciação da vítima.

CAPÍTULO II

RESPONSABILIDADE CIVIL

1. RESPONSABILIDADE CIVIL: NOÇÕES GERAIS

Responsabilidade civil é, no entender de JOSÉ DE AGUIAR DIAS¹, genericamente, a obrigação de reparar um dano, e responsável, aquele que é obrigado a reparar um dano. É um conceito propositadamente amplo, dada a diversidade de causas que a podem motivar.

Tradicionalmente, a responsabilidade civil sempre esteve associada aos atos ilícitos, ou seja, era a consequência lógica e necessária decorrente da prática de um ato ilícito. Esse fato não mudou. Ainda hoje, é possível afirmar que, da prática de um ato ilícito, resulta a responsabilidade civil. Ocorre, entretanto, que não é apenas do ato ilícito

¹ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil, Vol. I*. Rio de Janeiro: Forense. 9ª Ed., 1.994, p. 13.

que nasce a responsabilidade civil, mas de outros fatos, conforme veremos adiante.

O ato ilícito, enquanto sanção pela conduta desautorizada, em relação ao direito civil ganha contornos próprios (assim como acontece em relação ao direito penal), a partir dos quais é chamado de ato ilícito civil. Considera-se ato ilícito civil aquela ação ou omissão culposa, antijurídica, que viola um dever genérico de conduta, contido na máxima segundo a qual não se deve causar dano a outrem - o princípio latino *neminem laedere*. Ninguém pode causar prejuízo a terceiros e, se o fizer, terá como consequência a obrigação de reparar.

O direito positivo pátrio, na esteira do que dispõe o artigo 1.382 do Código Civil francês, possui uma norma genérica que serve de fundamento a toda a responsabilidade civil, consubstanciada no artigo 159 do Código Civil, que determina: “Artigo 159: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

Dizemos norma genérica porque, como se percebe, o dispositivo não é casuístico como as legislações que precederam a *Lex Aquilia* (e ela própria inclusive), mas alcança uma universalidade de danos, desde que previstas algumas condições determinadas. Essa diferença é fundamental, porque aqui está o ponto nuclear da teoria tradicional da responsabilidade civil. Se as hipóteses de responsabilidade não são previstas casuisticamente, uma a uma, é necessário que sejam determinados alguns requisitos ou condições para que se possa afirmar se é possível ou não obter a reparação num caso determinado. Esse é precisamente o papel da teoria, sair da situação simplória da previsão casuística e especificar as condições que, se estiverem presentes, poder-se-á genericamente obter a reparação. Para essa finalidade é que se construiu

o conceito de ato ilícito civil, do qual se pode notar a presença necessária de quatro elementos essenciais, a saber, a conduta (ação ou omissão) culposa, a antijuridicidade, o nexo de causalidade, e o dano.

Como podemos perceber da leitura do texto do citado artigo 159, o conceito operacional da categoria ato ilícito está impregnado por uma outra categoria, a culpa, sobre a qual nos deteremos melhor em seguida. O ato ilícito civil é, por definição, o ato culposo. Daí o fato de que a responsabilidade civil dele decorrente requer que o agente tenha agido com culpa. Como a verificação da culpa importa na investigação de um aspecto subjetivo do agente, chama-se a responsabilidade civil decorrente da prática do ato ilícito de responsabilidade civil subjetiva.

Mas não é apenas do ato ilícito que nasce a responsabilidade civil. Principalmente a partir da revolução industrial, o homem começou a perceber que os danos, às vezes muito sérios, podem provir de fatos que não são culposos, às vezes nem mesmo humanos, como por exemplo a explosão de uma caldeira industrial. Uma caldeira pode explodir porque é uma máquina, e assim, como qualquer outra, pode falhar, mesmo que ninguém colabore com isto, mesmo que tenha sido bem fabricada, que tenha recebido a manutenção adequada, e que tenha sido adequadamente operada. A explosão de uma caldeira industrial pode causar danos diversos, inclusive a morte de muitas pessoas, danos que merecem ser ressarcidos. Se houvesse necessidade de comprovação da culpa do ocorrido como pressuposto da responsabilidade, as vítimas permaneceriam irressarcidas.

Só a responsabilidade civil subjetiva não respondia ao caso, porque não se pode vislumbrar culpa de quem quer que seja. Havia necessidade do surgimento de um outro tipo de responsabilidade, que não tivesse por fundamento a culpa, que prescindisse desse elemento.

Assim nasceu a teoria do risco, segundo a qual responde pelo dano não quem age com culpa, mas quem desenvolve atividade que potencialmente exponha a risco o patrimônio ou a integridade física de terceiros. Essa teoria, que veio responder ao anseio social do agravamento da responsabilidade em favor da segurança e bem-estar de todos, foi imposta apesar da tradição milenar do fundamento da culpa, esculpido em séculos de desenvolvimento a partir da *Lex Aquilia*, e substancia o que hoje chamamos de responsabilidade civil objetiva.

Dessa forma, a responsabilidade objetiva tem como fundamento não a culpa, mas o risco, e só existe nos casos em que há expressa previsão legal a respeito, ou quando houver corrente jurisprudencial consolidada a respeito.

As responsabilidades subjetiva e objetiva convivem harmoniosamente dentro do mesmo sistema jurídico. Apesar de terem fundamentos diversos (a culpa na primeira, o risco na segunda), não são excludentes uma da outra, bastando para tanto que se estabeleça em que casos aplica-se cada uma delas. No Direito pátrio, o regime regra é o da responsabilidade subjetiva. Excepcionalmente aplica-se a responsabilidade objetiva, quando houver expressa previsão legal ou consolidado posicionamento jurisprudencial a respeito. É importante que ambas co-existam no ordenamento. Apesar de reconhecermos o valor e a importância da responsabilidade objetiva na sociedade moderna, isso não implica ~~nem~~ implica nem implicará no desaparecimento da subjetiva, porque é importante que as pessoas preocupem-se em ser zelosas e cuidadosas, fato imposto pelo pressuposto da culpa como fundamento da responsabilidade civil.

Existe ainda uma classificação da responsabilidade civil que não poderíamos omitir. É aquela que divide a responsabilidade

entre extracontratual e contratual. Isso porque o dever de indenizar o dano pode nascer tanto da hipótese de se ter violado um dever genérico de conduta (o *neminem laedere* - artigo 159 do Código Civil), quanto de um contrato (artigo 1.056 do Código Civil) ou mesmo de qualquer outro negócio jurídico.

De qualquer maneira, importa sabermos que tanto o descumprimento de uma obrigação assumida contratualmente como do dever genérico de conduta consistente em não causar prejuízos a ninguém, são todos igualmente atos ilícitos, sujeitos portanto à mesma obrigação de reparar o dano.

A responsabilidade contratual (ou negocial), na realidade, não deixa de ser um apêndice da responsabilidade extracontratual, na qual estão fixados os princípios gerais reguladores da matéria. Isso significa que, também nos contratos, a regra é que o inadimplente responde por culpa (responsabilidade subjetiva), salvo se houver disposição legal específica determinando a objetividade da sua responsabilidade. Em diversas disposições legais se pode perceber que a responsabilidade contratual é, em regra, subjetiva. Verifique-se, por exemplo, os artigos 865, 866, 867, 869, 870, 871, 879, 886, 887, 888, 908, 956, 957, e especificamente 963, dentre outros, todos os Código Civil. Já nos contratos de consumo, porque há regra específica a respeito, o regime regra é o da responsabilidade objetiva (artigos 12 e 18 da lei 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor, com exceção dos profissionais liberais, para os quais a responsabilidade é subjetiva - parágrafo quarto do artigo 14 da mesma lei).

2. FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: A CULPA

A culpa é o elemento subjetivo do ato ilícito. Não é o único pressuposto da responsabilidade subjetiva, existem também o dano e o nexo causal (relação de causa e efeito entre a ação ou omissão e o dano), mas é o único exclusivo da responsabilidade subjetiva. A causalidade e o dano são pressupostos também da responsabilidade objetiva.

Divide-se a culpa *latu sensu* em dolo, que é a intenção premeditada de praticar o ilícito, e em culpa *stricto sensu*, numa de suas três modalidades, imprudência, imperícia e negligência. A distinção entre essas modalidades não é fácil, e não são incomuns os casos em que se confundem. Em regra, pode-se afirmar que a negligência é a desatenção, o descuido, o descaso, a desídia (alguém que dirige um automóvel olhando para a paisagem ao redor, ao invés da pista, por exemplo) . A imprudência é o agir de forma perigosa, temerária, por não acreditar que o acidente possa acontecer (dirigir em excesso de velocidade). E a imperícia diz respeito à inabilidade técnica para desenvolver determinada atividade (alguém que queira dirigir um caminhão pesado sem estar habilitado tecnicamente para tanto). A distinção entre as modalidades da conduta culposa *stricto sensu* tem interesse meramente acadêmico porque, em qualquer delas, a consequência será sempre a mesma, qual seja, a obrigação de reparar integralmente o dano.

Mais importante é a verificação do grau de culpa. A doutrina admite três possibilidades, além do próprio dolo: a culpa levíssima, a culpa leve, e a culpa grave. Para auferi-las, deve-se usar o critério abstrato, ou seja, a comparação com padrão ideal do chamado

bonus pater familias, que nada mais é do que a verificação dos cuidados que o homem médio, diligente, normalmente tomaria naquele caso específico. Neste contexto, culpa levíssima é aquela que só mesmo cuidados extraordinários, cuidados que o homem médio não tomaria, poderiam evitar o dano. Culpa leve é aquela em que os cuidados do homem médio seriam suficientes para evitar o dano. E culpa grave é a que extrapola, exacerba por demais a falta de cuidados, sempre em relação àqueles que o *bonus pater familias* tomaria.

Para a aferição do grau de culpa não é possível tomar-se por base o critério concreto, que seria a comparação do comportamento do agente com aquele que ele próprio costuma tomar, com o seu grau particular de diligência, ao invés do ideal do *bonus pater familias*. Isso conduziria a uma iniquidade grave, um tratamento desigual pelo qual as pessoas que normalmente são mais atentas e diligentes teriam a sua conduta avaliada com mais severidade que as desatentas, premiando-se o desleixo e o relaxamento. O critério abstrato, em que pese o argumento de que o padrão ideal não existe em homem algum, é uma imposição da equidade e não deve ser abandonado:

*“Temos uma obrigação legal de agir com prudência e diligência em todos os atos de nossas atividades; seria impossível fixar os princípios ou regras desta conduta, ou determiná-los para cada indivíduo particularmente, pois um tal sistema subjetivo de responsabilidade, além de insustentável e deficiente, traria dificuldades práticas insuperáveis.”*²

² LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2ª Ed., 1.963, p. 63.

A verificação do grau da culpa do agente pode ter uma importância prática muito grande. É que, nesse ponto, o ilícito civil trabalha da forma inversa ao ilícito penal. O parágrafo único do artigo 18 do Código Penal diz que: “salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.” Ou seja, em regra só há crime na forma dolosa, salvo se houver expressa previsão legal a respeito da tipicidade da conduta meramente culposa. Já na esfera cível, em regra, tanto as condutas culposas como as dolosas geram igualmente a responsabilidade, salvo se houver expressa previsão legal no sentido de que só na forma dolosa é que se cogitará da obrigação de indenizar.

Quando a lei estabelece que só haverá dever de indenizar quando o agente tiver agido com dolo, a doutrina recomenda que ao dolo seja equiparada, em todos os seus efeitos, a culpa grave. Significa portanto que só com dolo, ou culpa grave, é que haverá responsabilidade: “*Costuma-se dizer que a culpa grave ao dolo se equipara.*”³. ORLANDO GOMES⁴ explica o porquê:

“Se o agente se comporta levianamente, revelando falta de atenção, ou cuidado, que se exige de qualquer pessoa sensata, sua culpa será grave. Tão grosseira é a sua negligência, tão inconsiderado seu procedimento, tão insensata sua conduta, que chega a ser equiparada à de quem age com animus injuriandi.”

³ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil, Vol. 4, Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 13ª Ed., 1.993, p. 163.

⁴ GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 7ª Ed., 1.984, p. 324.

Vamos citar alguns exemplos dessas hipóteses:

a) **transporte aéreo**: O contrato de transporte aéreo tem uma realidade completamente diferente dos demais contratos de transporte. A responsabilidade do transportador aéreo é muito atenuada, restrita, em relação, por exemplo, à responsabilidade do transportador ferroviário ou rodoviário. O decreto 2.681/1.912, que se destina a regular a responsabilidade civil das estradas de ferro, mas que por interpretação analógica passou a regular também a responsabilidade civil no transporte rodoviário, determina em seu artigo 17 o seguinte:

“Artigo 17: As estradas de ferro responderão pelos desastres que nas suas linhas sucederem aos viajantes e de que resulte morte, ferimento ou lesão corpórea. A culpa será sempre presumida, só se admitindo em contrário alguma das seguintes provas:

1º, caso fortuito ou força maior;

2º, culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada.”

Como se percebe, a responsabilidade civil do transportador rodoviário é objetiva (presunção absoluta de culpa), e apenas em casos bastante específicos ele poderá eximir-se da obrigação de reparar o dano. Isso decorre da obrigação dita “de resultado”, de incolumidade, de levar o passageiro ao destino e entregá-lo em segurança.

O Código Brasileiro de Aeronáutica, lei n. 7.565/86, limita a responsabilidade do transportador aéreo tarifando-a, fixando-lhe limites máximos. É a chamada responsabilidade tarifada, ou a *forfait*. O seu artigo 246, que abre o capítulo destinado à responsabilidade civil, determina:

“Artigo 246: A responsabilidade do transportador (artigos 123, 124 e 222, parágrafo único), por danos ocorridos durante a execução do contrato de transporte (artigos 233, 234, § 1º, 245), está sujeita aos limites estabelecidos neste Título.”

Essa limitação é de tal forma reduzida que, só para que se tenha idéia, em caso de acidente que causa a morte ou lesão a passageiro, a indenização por pessoa vitimada será de, no máximo, 3.500 Obrigações do Tesouro Nacional (artigo 257). Em valores atuais, importa em quantia irrisória, insuficientes para ressarcir as pesadas perdas que em geral resultam desse tipo de acidente.

Acima desse limite, é possível obter a indenização desde que a vítima (ou seus familiares) provem em Juízo que o acidente ocorreu por culpa grave ou dolo por parte do transportador, prova que no mais dos casos é de difícil produção. Do Código Brasileiro da Aeronáutica:

“Artigo 248: Os limites de indenização, previstos neste Capítulo, não se aplicam se for provado que o dano resultou de dolo ou culpa grave do transportador ou de seus prepostos.”

A razão de tamanha proteção ao transportador aéreo funda-se na Convenção de Varsóvia sobre aeronáutica, de 1.929, que propôs aos países signatários restrições à responsabilidade civil. Naquela época, a aviação comercial era uma atividade incipiente, extremamente

perigosa, e precisava ser protegida para poder desenvolver-se. Com o passar dos anos, entretanto, essa realidade fática transformou-se, a ponto de haver consolidado-se o avião como o mais seguro dos meios de transporte. Essa verdadeira revolução por que passou a aviação desde os anos 30 até a presente data, especialmente no que se refere à segurança de vôo, deveria ter-se estendido à legislação, com o correspondente agravamento da responsabilidade do transportador. Foi, aliás, nesse sentido a proposição da Convenção de Haia, de 1.955, e do Protocolo Adicional de Montreal, de 1.975, que, infelizmente, não foi abraçada pelo Direito pátrio. Dito por outra forma, nossa lei outorga ao transportador aéreo uma proteção ilegítima, posto haverem desaparecido os pressupostos fáticos que a justificaram décadas atrás. Criou-se uma situação absurda em que o transportador aéreo tem a sua responsabilidade subjetiva, mas ainda restrita à prova do dolo ou culpa grave de sua parte, enquanto que o transportador rodoviário, que exerce atividade reconhecidamente perigosa (principalmente em razão dos dados estatísticos a respeito de acidentes de trânsito no Brasil), tem responsabilidade objetiva.

A conseqüência dessa verdadeira distorção, na vida prática, é lamentável. Os desastres com aeronaves são, em geral, tragédias horríveis, marcadas no mais das vezes pela morte de muitas pessoas. Em Santa Catarina, um dos episódios mais tristes ocorreu no dia 12 de abril de 1.980, em que um avião *Boeing 737* da empresa “Transbrasil S.A - Linhas Aéreas”, procedente de São Paulo, em procedimento de pouso sob forte tempestade no Aeroporto Hercílio Luz, em Florianópolis, chocou-se contra o “Morro da Virgínia”, localidade de Ratoles, no norte da Ilha, causando a morte de 55 dos seus 58 ocupantes. As vidas ceifadas, de pais de família, casais, e pessoas conhecidas na sociedade local, promoveram verdadeira comoção social. As famílias de diversas vítimas promoveram,

em litisconsórcio ativo, uma ação indenizatória contra a empresa proprietária do avião, que foi julgada procedente em primeiro grau, mas teve a sentença reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado, justamente por falta de prova do dolo ou culpa grave: “*Não está comprovado que a tripulação da apelante agiu dolosamente ou com culpa grave para o trágico evento*” (extrato do acórdão⁵ proferido em data de 05 de fevereiro de 1.985, da lavra do Desembargador Wilson Guarany). Os familiares das vítimas, que tiveram suas vidas transformadas, que sofreram tanto por causa daquele acidente, receberam do transportador como indenização valores que mal pagavam as despesas com os funerais dos mortos. Os órfãos, ou aqueles que de qualquer forma dependiam seu sustento das pessoas falecidas, passaram a viver graças ao apoio de parentes e amigos, sabedores de que se as mortes tivessem sido produzidas por qualquer outro meio, teriam direito a ser plenamente indenizados.

Para evitar tais situações, é que a doutrina de forma unânime recomenda *de lege ferendo* a alteração do tratamento legal dado à responsabilidade civil do transportador aéreo:

“Tendo em vista que o passageiro pouco ou nada pode fazer, melhor seria consagrar puramente a teoria objetiva. A empresa que opera o transporte aéreo, a seu proveito, deverá assumir o risco integral pelos danos causados às pessoas e às coisas transportadas, eximindo-se exclusivamente por força maior ou caso fortuito (Agostinho Alvim, Da Inexecução das Obrigações, p. 196 e ss.; Antônio Chaves, Tratado de Direito Civil, Vol III, p. 67 e ss., Wilson Melo da Silva,

⁵ Acórdão publicado in *Revista de Jurisprudência Catarinense*, Vol. 48. Florianópolis: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, p. 220-229.

Responsabilidade sem Culpa, n. 111; José da Silva Pacheco, ADV - Advocacia Dinâmica, Seleções Jurídicas, 1.987, p. 8 e ss.)”⁶

b) **responsabilidade civil dos juízes**: O erro no desenvolvimento da atividade jurisdicional do Estado pode gerar prejuízos a particulares. Para compreendermos como funciona (ou deveria funcionar) o sistema de reparação desses erros, é importante salientarmos que o Estado (que detém o monopólio dessa atividade) é quem deve reparar o dano, e regressivamente, se for o caso, ressarcir-se do que houver pago contra o juiz causador do erro. Existe, portanto, a responsabilidade direta do Estado (que em face do parágrafo sexto do artigo 37 da Constituição Federal é de natureza objetiva), e a responsabilidade indireta do juiz (subjéctiva, como veremos adiante), cada uma delas com fundamento e regras próprios. Analisaremos cada uma.

Devemos antes disso lembrar que a jurisprudência, contrariando a melhor doutrina, não tem permitido a reparação dos danos causados pela atividade jurisdicional, chegando mesmo a afirmar tratar-se de um caso de irresponsabilidade do Estado: “*A irresponsabilidade dos danos causados pelos atos judiciais, sem embargo da concessão feita à reparação dos danos decorrentes do erro judiciário, constitui o último reduto da teoria da irresponsabilidade civil do Estado.*”⁷. A única exceção, como depreendemos da lição acima transcrita, na qual se permite pacificamente essa reparação é quando a atividade jurisdicional danosa

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 5ª Ed., 1.994, p. 224.

⁷ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros. 2ª Ed., 1.995, p. 593.

proveio da esfera penal da jurisdição, ou seja, o chamado “erro judiciário”. JOSÉ DE AGUIAR DIAS⁸ conceitua erro judiciário: *“Ordinariamente, considera-se erro judiciário a sentença criminal de condenação injusta. Em sentido mais amplo, a definição alcança, também, a prisão preventiva injustificada.”*

A reparação do erro judiciário não encontra maiores óbices porque a Constituição Federal determina em seu artigo 5º, inciso LXXV o seguinte: “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.”. Além dessa disposição constitucional, o artigo 630 do Código de Processo Penal, ao tratar do recurso de revisão criminal, determina que:

“Artigo 630: O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

§1º. Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela Justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se tiver sido pela respectiva Justiça.

§2º. A indenização não será devida:

- a) se o erro ou injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder;
- b) se a acusação houver sido meramente privada.”

A alínea “b” do parágrafo segundo acima transcrito foi considerada não recepcionada pelo Texto Constitucional de 1.988: “A

⁸ Ob. cit., Vol. 2, p. 636.

Constituição Federal de 1.988, em seu artigo 5º, LXXV, tornou incondicional a indenização por erro judiciário, revogando o §2.”⁹

Quando o erro judiciário provier de sentença (o chamado ato jurisdicional típico) penal condenatória, há necessidade de prévia promoção do recurso de revisão criminal para, nos termos do citado artigo 630, obter a reparação. A necessidade se justifica em face da coisa julgada que a sentença condenatória formou, que tem a presunção absoluta de correção do julgado, e que teria que ser previamente desconstituída antes de se pretender obter a reparação. Sem a desconstituição da coisa julgada da sentença condenatória não há como pretender a reparação.

Quando o erro judiciário constituir-se em prisão ilegal, seja ela em flagrante, preventiva, ou em cumprimento de sentença condenatória passada em julgado, também poderá ser ressarcido o dano e, neste caso, a revisão criminal torna-se desnecessária. Interessante o fato, entretanto, que a prisão ilegal só recentemente foi aceita pela jurisprudência como passível de reparação. Os autores que tratam do assunto costumam citar um acórdão¹⁰ do Supremo Tribunal Federal, julgado no Pleno por maioria de votos dia 13 de outubro de 1.971. YUSSEF SAID CAHALI¹¹ comenta a decisão:

“É certo que, no direito anterior, acórdão majoritário do STF, com desmesurado e incontido apego à literalidade do artigo 630 do Código de Processo Penal, em caso de réu processado por emissão de cheques sem fundos, que teve decretada sua prisão preventiva e

⁹ JESUS, Damásio E. *Código de Processo Penal Anotado*. São Paulo: Editora Saraiva, 11ª Ed., 1.994, p. 436.

¹⁰ Acórdão publicado in *Revista Trimestral de Jurisprudência*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Vol. 64, p. 689.

permaneceu na cadeia pública 3 anos e 17 dias, dos quais 2 anos e 9 meses em função da desídia do juiz, que, recebendo os Autos conclusos depois do interrogatório em 15.04.61, conservou-os consigo, displicentemente, sem qualquer despacho ou providência, até 16.01.64, vindo aquele a ser absolvido afinal a requerimento do próprio Ministério Público, proclamou enfaticamente que: O Estado não é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário, a não ser nos casos declarados em lei, porquanto a administração da justiça é um dos privilégios da soberania.”

JOSÉ DE AGUIAR DIAS¹² transcreve o longo debate travado na Suprema Corte por ocasião do mencionado julgamento, entre os Ministros Aliomar Baleeiro (relator, com posição nitidamente favorável à indenização), Moacyr Amaral Santos, também favorável, e o então Procurador Geral da República (que mais tarde também passou a integrar o Supremo Tribunal), Dr. Xavier de Albuquerque, contrário à tese. Um breve trecho dos debates:

“O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro (Relator): ... Sentença e acórdãos contrários ao recorrente reconhecem de modo expreso os fatos em que ele assenta sua pretensão: a retenção ilegal do processo por juiz desidioso, durante 2 anos e 9 meses, estando preso o denunciado que, por lei, não poderia permanecer no cárcere senão por 81 a 90 dias no máximo, sem

¹¹ Ob. cit., p. 603.

¹² Ob. cit., Vol. 2, ps. 644-653.

concluir-se a instrução, vindo a ser absolvido a pedido do próprio Ministério Público.

Devo dizer que o Ministério Público pediu inúmeras vezes que o juiz devolvesse os autos. A Ordem dos Advogados do Brasil interveio. Não houve nada que arrancasse os autos do juiz. E depois o Dr. Procurador acha que houve culpa concorrente (do Ministério Público)!

O Sr. Procurador Geral da República (Dr. Xavier de Albuquerque): O Ministério Público, que tão zeloso se mostrou sentido de requisitar os autos, podia impetrar o habeas corpus.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro (Relator): Evidentemente. E por que não o pediu? Quem nomeia e paga o Ministério Público? O Estado. Por que existe o Ministério Público? Porque o Estado tem o dever' de prestar determinados serviços ao povo. Não cumpriu o seu dever, e, aí, há culpa do Estado."

O saudoso Ministro Aliomar Baleeiro, apesar de todos os esforços, foi voto vencido. Hoje, a posição dos Tribunais é outra, e uma vez mais podemos verificar que é de votos vencidos que se constrói a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Ressaltamos entretanto que não se considera prisão ilegal a prisão preventiva regularmente decretada em processo que, ao seu final, culmina com a absolvição do réu. A posterior absolvição não é caso de ilegalidade da prisão preventiva, mas sim a falta de um dos pressupostos de seu deferimento, a saber, restrita aos crimes dolosos previstos no artigo 313 do Código de Processo Penal, e com objetivo de garantir da ordem pública, a conveniência da instrução criminal, assegurar

a aplicação da lei penal, ou haja prova de existência do crime com indícios da autoria (artigo 312 do Código de Processo Penal). Presentes os pressupostos legais de seu deferimento, a prisão preventiva é válida e legal, ainda que a instrução do processo conduza posteriormente à absolvição do réu.

Fora a hipótese do erro judiciário, todas as demais, os chamados “atos judiciais danosos” tem conotação bastante diversa: “*A irreparabilidade do prejuízo causado pelo ato judicial danoso, último baluarte da teoria da irresponsabilidade civil do Estado, continua resistindo às investidas da doutrina mais veemente, constituindo-se no aspecto em que a necessidade de reformulação de certo conceitos antiquados se faz mais acentuada.*”¹³

Os argumentos que pretendem sustentar, no limiar do século XXI, tão antiquado posicionamento são os seguintes: em relação à responsabilidade civil do Estado pelos chamados atos judiciais danosos, que a função jurisdicional é emanção da sua soberania, e que seria restringi-la ou limita-la caso o Estado tivesse de indenizar pelo seu exercício. Em relação à responsabilidade civil dos juízes, porque a possibilidade de que venham a pagar à custa do seu patrimônio pessoal por uma decisão errada seria o mesmo que macular a sua autonomia e liberdade, e terminaria por deixá-los temerosos, ao julgar, de ter que responder pessoalmente. Esses argumentos não se sustentam. O primeiro porque, se a função judiciária é a emanção da soberania do Estado (e realmente é), isso não significa que não possa indenizar em caso de um erro cometido. Afinal, trata-se de um Estado de Direito em que até mesmo a Administração Pública está sujeita à obediência da Constituição e das

¹³ Ob. cit., p. 612.

leis. Segundo, porque se a função judiciária é emanada da soberania, também o é a função executiva, para a qual admite-se abertamente a hipótese da responsabilidade civil. Quanto aos juízes, e aqui nos interessa bastante, melhor sorte não assiste ao argumento.

A responsabilidade dos juízes, conforme determina o Código de Processo Civil, é restrita ao dolo ou à culpa grave, o que indica que não é porque uma decisão de primeiro grau foi reformada pelo Tribunal que o seu prolator terá que responder. Diz o artigo 133 do Código de Processo Civil, que, aliás, é reproduzido como artigo 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n. 35/79):

“Artigo 133: Responderá por perdas e danos o juiz quando:

I - No exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.”

Apesar da clareza da disposição, prevalece ainda hoje na jurisprudência o entendimento de que não há responsabilidade civil decorrente da prestação judicial defeituosa, exceção apenas ao erro judiciário. O Professor YUSSEF SAID CAHALI¹⁴ chega a afirmar:

“Conquanto respeitáveis tais fundamentos, pressente-se neles uma postura auto defensiva de nossos julgadores, justificadora, por vezes, até de certas mazelas que maculam a dignidade do nobre Poder Judiciário; daí a

crítica severa a que se expõe, segundo o entendimento doutrinário mais atualizado, preconizando maior responsabilidade do órgão estatal encarregado da distribuição da Justiça; sem que daí resulte qualquer lesão ou constrangimento à soberania dos magistrados, na medida em que o binômio autoridade-responsabilidade mostra-se indissolúvel.”

O Professor e ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, JOSÉ DE AGUIAR DIAS¹⁵, para a grande honra de todos os catarinenses, funda sua conclusão no trabalho do professor VOLNEI IVO CARLIN, como segue:

“Relevante contribuição à tese da responsabilidade civil do Estado por danos derivados de atos jurisdicionais nos é trazida pelo ilustre Professor Volnei Ivo Carlin, da Universidade Federal de Santa Catarina, em tese de doutorado apresentada na França. Examina a situação do tema naquele país, onde, de acordo com a Lei n. 72.626 de 05 de janeiro de 1.972, está sendo abandonado o dogma da irresponsabilidade, como se vê do seu art. II, segundo o qual ‘O Estado deve reparar o prejuízo causado pelo funcionamento defeituoso do serviço da justiça’, observando-se, na alínea 2 do mesmo dispositivo, a consagração da ação regressiva contra o magistrado.

Como salienta o douto Professor Carlin, verifica-se, ao lado de uma reanimação de confiança na verdadeira função da justiça, ‘um progressivo abandono do

¹⁴ Ob. cit., p. 628.

¹⁵ Ob. cit., Vol. 2, p. 653.

ceticismo evidente em proveito de uma ação civil de efeitos reais (Jurisprudência Catarinense, vol. 35, p. 31)”

O trabalho do Professor VOLNEI IVO CARLIN é citado como fonte de estudos também do Professor YUSSEF SAID CAHALI (ob. cit., p. 594). É de se lembrar que a jurisprudência, nem mesmo do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, tenha evoluído e adotado a responsabilidade dos juizes, restrita a dolo ou culpa grave, conforme manda a lei, e como recomenda a mais autorizada doutrina.

c) **Contrato de transporte gratuito**: Fazemos ainda uma observação, por ocasião da análise de exemplos de responsabilidade civil restrita a dolo ou culpa grave, a respeito do disposto no artigo 1.057 do Código Civil, que dispõe: “Nos contratos unilaterais responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e só por dolo, a quem não favoreça. Nos contratos bilaterais, responde cada uma das partes por culpa.”

Debates há, doutrinários e jurisprudenciais, a respeito do chamado “contrato de transporte gratuito”, vulgarmente conhecido por “carona”, se estaria ou não compreendido na hipótese do mencionado artigo 1.057. Se estiver, em caso de acidente com ferimento ao “caroneiro”, este só será indenizado se provar dolo ou culpa grave do condutor no acidente. Se, ao contrário, for considerada a carona como mera cordialidade social, sem vinculação jurídica, aí então o caroneiro poderia ser indenizado caso provasse a simples culpa do condutor, com base no artigo 159 do Código Civil. Sem pretender aprofundar a pesquisa

a respeito do contrato de transporte, por fugir aos objetivos deste trabalho, parece-nos que essa segunda corrente, embora minoritária, seja a mais acertada.

Estes três exemplos de responsabilidade restrita ao dolo ou culpa grave são todos, repetimos, exceção, visto que a responsabilidade civil, ao contrário da penal, existe em regra seja na conduta dolosa ou culposa, e só quando houver expressa previsão legal é que ela estará restrita ao dolo ou culpa grave. Além disso, a tendência universal do desenvolvimento do Direito é no sentido do agravamento da responsabilidade civil, o que torna provável o desaparecimento, dentro de alguns anos, desses poucos casos de limitação ao dolo ou à culpa grave.

A culpa, enquanto elemento essencial para caracterizar a responsabilidade subjetiva, deve ser comprovada pela vítima. Há casos, entretanto, em que a realização dessa prova é extremamente difícil, e impor-se à vítima o ônus da prova implicaria praticamente em vê-la irressarcida. Daí a inversão do ônus da prova, mecanismo de grande utilidade no campo da responsabilidade subjetiva, criada ou por disposição de lei (responsabilidade do dano do animal pelo prejuízo por este causado - Código Civil, artigo 1.527) ou por entendimento jurisprudencial (que, em alguns casos, chega mesmo a contrariar texto expresso de lei, como no caso da culpa presumida dos pais pelos atos danosos perpetrados pelos filhos, apesar da literalidade do artigo 1.522 do Código Civil).

Para finalizar nosso breve estudo sobre a culpa, não nos furtaríamos a analisar os chamados fatos excludentes de culpabilidade, a saber, a culpa da própria vítima, o fato de terceiro, e o caso fortuito ou força maior. Os dois primeiros são considerados por alguns autores como espécies do gênero caso fortuito.

A culpa da própria vítima exclui a culpa do agente por motivos óbvios. É o caso do suicida que se atira à frente do automóvel para provocar o atropelamento. Mas é importante lembrarmos que nessas hipóteses pode ocorrer a culpa concorrente, isto é, tanto a vítima quanto o agente agiram culposamente e interferiram na produção do evento, caso em que a responsabilidade será proporcionalmente partilhada. O fato de terceiro ocorre quando não se vislumbra culpa nem do agente nem da vítima, mas de um terceiro (exemplo típico é a pessoa que, desejando a morte de outra, a empurra para a rua de maneira que seja atropelada pelo carro que nela trafega).

No que se refere ao caso fortuito ou força maior, usaremos as duas expressões como sinônimas. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO¹⁶ analisa seis diferentes critérios de distinção do caso fortuito e da força maior. Em cada um deles, um mesmo fato pode ser considerado ora caso fortuito, ora, força maior. Por fim, como os demais autores, conclui pela inutilidade da distinção, tendo em vista que, sendo um ou outro, a consequência legal é exatamente a mesma, ou seja, a exclusão da culpa. O parágrafo único do artigo 1.058 do Código Civil conceitua o caso fortuito: “O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir.” Quando o Código fala necessário, significa inevitável. Considera-se inevitável o fato que é imprevisível e irresistível. Além desses elementos exigidos pela lei, a doutrina impõe mais um: o caso fortuito tem que ser externo. Por exemplo, não se considera caso fortuito o acidente de carro ocorrido porque o seu condutor, pessoa aparentemente saudável, teve um mal súbito, ou porque um pneumático estourou, ou porque rompeu a barra

¹⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil, Vol.4, Obrigações, 1ª parte*. São Paulo: Editora Saraiva, 24ª Ed., 1.990, p. 331.

de direção, enfim, por qualquer problema mecânico. Caso fortuito seria, por exemplo, um animal selvagem que cruza a estrada à frente do automóvel, provocando o acidente.

A maioria dos autores modernos (JOSÉ DE AGUIAR DIAS¹⁷ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA¹⁸, SILVIO RODRIGUES¹⁹) não considera o caso fortuito, a culpa da própria vítima e o fato de terceiro como excludentes de culpabilidade, mas de causalidade. Em que pese suas autorizadas opiniões, parece-nos, entretanto, equivocada a tese.

De fato, não vemos a menor possibilidade de se afirmar que a culpa da própria vítima, por exemplo, não exclui a culpa do agente, mas o nexos causal. Não há responsabilidade porque quem foi o culpado não foi o agente, mas a vítima. O mesmo se dá em relação ao fato de terceiro e o caso fortuito. No fato de terceiro, o agente não responde pura e simplesmente porque não teve culpa (se tiver, na forma de culpa concorrente, responderá pela indenização na mesma proporção). Aliás, nesse caso, nem se teria que falar em agente que, na realidade, foi o próprio terceiro. E se o fato se deu pelo fortuito, não foi por culpa do agente, e ele, por consequência, não responderá.

A caracterização desses excludentes como de causalidade, e não de culpabilidade (como eles realmente o são), deve-se a uma tentativa de sua importação para o regime da responsabilidade objetiva, o que não pode ocorrer. Historicamente, eles sempre foram considerados excludentes de culpabilidade. Quando, a partir de fins do

¹⁷ Ob. cit., Vol. 2, p. 679.

¹⁸ Ob. cit., p. 295.

¹⁹ Ob. cit., Vol. 4, p. 191.

século XIX, se passou a falar em responsabilidade objetiva, passou-se a dizer também que não haveria tal responsabilidade diante do caso fortuito. Mas como? O fortuito é um excludente de culpa, requisito indispensável à subjetiva, não à objetiva. Se a objetiva prescinde de culpa, evidentemente a sua ausência não pode exonerar a responsabilidade. Daí a tentativa de dizer que esses fatos excluem a causalidade, que é elemento comum tanto da responsabilidade subjetiva como objetiva. Ou seja, passou-se a dizer que se houver caso fortuito, por exemplo, nem responsabilidade subjetiva nem objetiva haverá.

Mas então criou-se um segundo problema. É que a ausência de culpa, ou seja, se o agente não agiu com dolo, nem negligência, nem imprudência, nem imperícia, é porque ocorreu um caso fortuito, ou culpa da vítima, ou de terceiro (por isso mesmo são excludentes de culpa). Quando se passou a dizer que as excludentes são de causalidade, para não igualar a responsabilidade subjetiva e objetiva, forçosamente se teve de dizer que caso fortuito não é sinônimo de ausência de culpa, ou seja, que alguém pode não ter sido imprudente, nem negligente, nem imperito, sem que tenha ocorrido um fortuito. E, apesar disso, esse fato não existe: ausência de culpa é sinônimo de fortuito (incluindo-se aí a culpa da vítima ou de terceiro). Não existe ausência de culpa sem que haja ou caso fortuito, ou culpa da própria vítima, ou de terceiro. Parafraseando JOSÉ DE AGUIAR DIAS²⁰ (quando trata da questão do abuso de direito), parece que, nesse particular, “*o excesso de palavras tem feito muito mal à exata compreensão do problema. Talvez seja, em compensação, ingênuo simplismo pretender que a questão se esclareça em fórmulas simples. É preciso, não obstante, correr o risco.*”

²⁰ Ob. cit., vol. 2, p. 455.

A confusão pode ser desfeita quando entendemos que o que exclui a responsabilidade objetiva não é o fortuito, mas o próprio risco. Veremos adiante, que se pode compreender as excludentes da responsabilidade objetiva pelos seus próprios elementos, sendo absolutamente desnecessário importar as excludentes da subjetiva, criando inclusive, em consequência, uma dificuldade de entendimento bastante grande aos que iniciam o estudo do assunto.

3. O NEXO CAUSAL E O DANO

Passaremos adiante à análise de dois outros elementos que constituem o ato ilícito civil, observando desde já que, ao contrário da culpa, eles são necessários para caracterizar não só a responsabilidade subjetiva como a objetiva também.

O nexo de causalidade é um dos elementos que, na maior parte dos casos não gera maiores dificuldades, porque pode ser facilmente identificado. Suponhamos que alguém esteja conduzindo um automóvel embriagado, e, avançando o sinal fechado, provoque a colisão com outro automóvel que trafegava regularmente. Há, nesse exemplo, uma clara relação de causalidade entre a conduta culposa e o dano. Assim o é, na maioria dos casos.

As dificuldades em torno da relação causal acontecem quando mais de uma causa interfere no resultado, ou quando o resultado se desdobra nos chamados danos diretos e indiretos. A pesquisa da doutrina a respeito é muito fértil, mas na verdade pouco tem auxiliado os

juízes na solução dos problemas. Podemos destacar dos estudos que se desenvolvem duas teorias, as mais citadas, a teoria da equivalência das condições, e a teoria da causalidade adequada.

A primeira, da equivalência das condições (ou da *conditio sine qua non*), mais antiga, diz que deve ser considerada causa do resultado toda aquela que houver colaborado para sua realização. Essa é a teoria que informa o direito penal, e que vem retratada²¹ no artigo 13 do Código Penal, que diz: “O resultado, de que depende a existência do crime, só é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem o qual a resultado não teria ocorrido”. Tem como crítica o fato de estender por demais o liame da causalidade:

“A primeira é a teoria da equivalência dos antecedentes, formulada por von Buri, que escreveu no último quartel do século passado. Essa teoria afirma a equivalência de todos os antecedentes indispensáveis ao surgimento do resultado concreto, qualquer que tenha sido a sua categoria ou grau de contribuição para o evento, não distinguindo entre causa, condição ou ocasião: tudo o que concorre para o resultado é causa dele. Não é possível distinguir entre condições essenciais e não essenciais do resultado, sendo causa do mesmo todas as forças que cooperaram para a sua produção, quaisquer que sejam.”²¹

Por esse motivo, a reforma penal de 1.984 introduziu um parágrafo único ao citado artigo 13 que diz: “a superveniência de

²¹ FRAGOSO, Cláudio Heleno. p. 164.

causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado. Os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.”

A segunda teoria, da causalidade adequada, formulada já em fins do século XIX, segundo a qual considera-se resultado de uma causa todos aqueles fatos que sejam decorrência natural sua, desenrolar normal dos acontecimentos, não atingidos pela superveniência de causa relativamente independente (daí já podemos notar que, o parágrafo único do artigo 13 do Código Penal abraçou, ao contrário do *caput*, a teoria da causalidade adequada): *“Em substância, pode-se dizer que a teoria da causalidade adequada distingue as conseqüências normais das conseqüências anormais e extraordinárias, excluindo, em relação a estas últimas, o nexa causal.”*²²

A crítica que se faz à teoria da causalidade adequada é justamente a dificuldade em se estabelecer o que é e o que não é decorrência normal do fato, as conseqüências normais e anormais de que trata o autor acima citado. Nesse ponto, a teoria da equivalência das condições é mais objetiva, porque não faz distinção alguma. Em compensação, permite uma abertura ampla demais da causalidade:

“É certo que, depois de ter surgido, bafejada por uma aura de prestígio, a doutrina na ‘causalidade adequada’ sofreu vertiginosa crítica, entrando em desprestígio. Argumenta-se que o caráter ‘adequado’ da causalidade

²² FRAGOSO, Cláudio Heleno. Ob. cit., p. 165.

depende do grau de probabilidade do dano. Mas probabilidade não é certeza."²³

Logo adiante, prossegue o autor:

"Procedendo, entretanto, ao exame de uma e de outra, Demongue chega à conclusão de que 'o sistema de equivalência das condições parece cientificamente mais exato; os outros pecam pela imprecisão'. No entanto, indaga em seguida se seria possível adotá-lo, apesar de que vá ele ter como resultado disseminar a responsabilidade sobre um grande número de cabeças."²⁴

Parece-nos que a teoria da causalidade, em que pese a crítica da subjetividade, merece ser adotada. Quando se critica a subjetividade do que seja ou não causa adequada, o que se critica na verdade é o arbítrio que se atribui ao juiz para decidir. Mas não nos parece que isso seja problema, pelo contrário, vantagem, pois é o juiz que está próximo do caso, das partes, das provas, e tem melhores condições de avaliar o liame de causalidade. Nesse sentido, válidas são as palavras de SILVIO RODRIGUES²⁵:

²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva, ob. cit., p. 79.

²⁴ Ob. cit., p. 80.

²⁵ Ob. cit., vol. 4, p. 178.

“Já mostrei, em mais de um passo, não me assustar com o arbítrio concedido ao juiz, pois, em rigor, esse arbítrio não é concedido a um único julgador, mas, em virtude do duplo grau de jurisdição e do recurso extraordinário, trata-se de arbítrio concedido a todo o Poder Judiciário. Portanto, a ameaça aos direitos individuais oferece pouca intensidade.”

Consideramos mesmo imprescindível que, nesse particular, se atribua ampla discricionariedade ao juiz para decidir, conforme o bom senso e a experiência comum, se houve ou não causalidade. A doutrina, devemos reconhecer, apesar de todos os esforços, não conseguiu dar uma resposta satisfatória ao problema.

O dano é pressuposto essencial de qualquer espécie de responsabilidade civil. Não existe responsabilidade civil sem dano: *“Isto é assim porque a responsabilidade resulta em obrigação de ressarcir que, logicamente, não poderá concretizar-se onde não há que reparar.”*²⁶ Nas palavras de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA²⁷ :

“Como elemento essencial da responsabilidade civil, Henri Lalou, em termos concisos e incisivos, proclama que não há responsabilidade civil onde não há prejuízo: ‘Pas de préjudice, pas de responsabilité civile’. Ou, como dizem Riggiero e Maroi, a obrigação não nasce se falta dano.”

²⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. 7º Vol. Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Saraiva. 7ª Ed., 1.993, p. 46.

²⁷ Ob. cit., p. 38.

O dano ou prejuízo pode receber diversas classificações, mas, pela limitação do tema do presente trabalho, interessamos em especial uma, que considera o dano patrimonial e o dano extra patrimonial.

Dano patrimonial é aquele que, como o próprio nome diz, tem reflexos sobre o patrimônio da vítima, ou seja, aquele que pode ser aferido economicamente. Divide-se tal espécie em dano emergente e lucro cessante (artigo 1.059 do Código Civil), sendo que o primeiro indica a efetiva redução patrimonial, enquanto que o segundo indica aquilo que o patrimônio lesado teria certamente aumentado, e deixou de ser, em face do ilícito.

Quanto ao lucro cessante, só entra nesta categoria (e, portanto, só é indenizável) aquele acréscimo patrimonial que certamente resultaria ao patrimônio do lesado. Não se indenizam miragens de lucro, “*esperanças desfeitas, nem danos potenciais, eventuais, supostos ou abstratos*”²⁸. Essa limitação decorre do fato de que o dano para ser indenizado tem que ser *certo*, isto é:

*“Não se compadece com o pedido de reparação um prejuízo meramente eventual. No momento em que se tenha um prejuízo conhecido, ele funda a ação de perdas e danos, ainda que seja de conseqüências futuras, dizem os Mazeaud. A jurisprudência rejeita a ação de responsabilidade, se o dano que a vítima se queixa é eventual.”*²⁹

²⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. Ob. cit., Vol. 4, p. 334.

²⁹ PEREIRA, Caio Mário. Ob. cit., p. 40.

A reparação dos danos patrimoniais segue a chamada teoria da diferença, ou seja, a diferença entre o patrimônio do autor no momento em que se realizar a reparação, e aquele que estaria caso não houvesse o ilícito. Essa diferença é precisamente o *quantum* a ser reparado.

Quanto ao dano extra patrimonial, ou moral, é aquele que não se reflete no patrimônio do lesado, mas sobre algum dos seus direitos da personalidade (os direitos da personalidade serão analisados na próximo capítulo desse trabalho). Não são, portanto, passíveis de aferição econômica e, por conseqüência, não podem ser indenizados ou ressarcidos. Quem sofre um dano moral, ao contrário do dano patrimonial, não retornará ao chamado *status quo ante*, mas poderá, no máximo, receber uma soma em dinheiro que possa lhe trazer alguma vantagem, algum prazer material - mas jamais indenizará o dano. Se alguém sofre uma lesão física grave, se fica por exemplo paralítico em função de um acidente perpetrado por outrem, não poderá ser ressarcido jamais, ainda que o dinheiro que receberá possa trazer-lhe alguma outra alegria. Não tem aplicação a teoria da diferença em relação aos danos morais. Isso significa que, não tendo como ser indenizado, a “reparação”³⁰ do dano extra patrimonial não pode pertencer à responsabilidade civil porque, conforme veremos adiante, não responde aos seus princípios e pressupostos. Pertence, ao contrário, a uma categoria autônoma de sanção jurídica, que aliás é o objeto principal desse trabalho.

Por enquanto, podemos observar que a divisão entre dano patrimonial e extra patrimonial é muito clara e, portanto, não existem “danos patrimoniais com reflexos morais indiretos”, como dizem alguns

³⁰ Que, adiante, passaremos a chamar de “composição” do dano moral, por motivos que serão explicitados no quarto capítulo do trabalho.

autores³². Ou há reflexo patrimonial, e aí o dano é patrimonial (evidentemente), ou não há, e aí é extra-patrimonial.

O que pode acontecer, entretanto, é que de um mesmo fato nasça tanto um dano patrimonial quanto um extra patrimonial, mas eles são autônomos e não se confundem. Por exemplo, no caso de ferimento, nasce o dano patrimonial pelas despesas médico hospitalares decorrentes (ofensa ao patrimônio do lesado), e nasce também o dano extra patrimonial pela ofensa à integridade física da vítima (direito ao corpo e à integridade física - direito da personalidade). Mas são autônomos, e seguem regras próprias para sua reparação (patrimonial) e composição (moral).

4. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

A responsabilidade objetiva tem por fundamento não a culpa, mas o risco. Tem um caráter de excepcionalidade em relação à subjetiva, porque só acontece quando houver previsão legal específica a respeito.

O projeto do novo Código Civil brasileiro, em discussão no Congresso Nacional, prevê em seu artigo 963 o seguinte:

“Artigo 963: Aquele que por ato ilícito (artigos 184 e 185) causar dano a outrem é obrigado a repará-lo.

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

³² Por exemplo, MARIA HELENA DINIZ, ob. cit., p. 68.

outrem, salvo se comprovado o emprego de medidas preventivas tecnicamente adequadas.”

Ou seja, o Projeto de 1.975 estabelece uma regra genérica para a responsabilidade objetiva, além dos casos previstos expressamente em lei. Este Projeto ainda não convertido em lei (se é que virá a sê-lo), mas ainda assim a jurisprudência pátria já tem criado alguns casos de responsabilidade objetiva sem que haja expressa previsão legal, baseada na teoria do risco adotada genericamente pelo Projeto.

Prescindindo do elemento culpa, a responsabilidade não provém necessariamente de um ato ilícito. O risco, que é seu fundamento, pode advir de um simples fato jurídico, ou de um dos chamados “atos justificados”. Saber quais fatos jurídicos geram responsabilidade objetiva depende de saber em que casos ela acontece. Por exemplo, no contrato de transporte rodoviário, fatos jurídicos geradores de responsabilidade objetiva pode ser, por exemplo, um acidente ocorrido em face de um problema mecânico no ônibus que transporta passageiros, que saíram feridos.

Já os atos justificados são aqueles atos jurídicos que produzem dano, mas são considerados lícitos. No direito penal, são esses fatos considerados “excludentes de ilicitude”, conforme os define o artigo 23 do Código Penal. São eles o estado de necessidade, a legítima defesa, cumprimento do dever legal e o exercício regular de um direito. Sendo lícitos, na esfera penal não geram sanção. Na esfera civil, apesar de serem também lícitos (artigo 160 do Código Civil), podem gerar obrigação de indenizar (artigos 1.519 e 1.520 do mesmo Código). Por não se cogitar de culpa da parte de quem os praticou, só a responsabilidade objetiva pode explicar a obrigação que deles resulta.

A regra a respeito é a estampada no artigo 1.519, segundo a qual, se alguém que não foi o responsável pela situação de perigo vier a sofrer prejuízo pelo ato justificável, a ele assistirá a indenização. Se o lesado for o responsável pela situação de perigo, não terá direito à indenização. Suponhamos um exemplo do estado de necessidade, bastante citado nos manuais de Direito Civil. Alguém está dirigindo um carro numa rodovia de pista simples e mão dupla, quando avista vindo na contra mão de direção dois caminhões, um ultrapassando ao outro. A batida frontal seria morte certa, a saída é o acostamento, onde está caminhando um pedestre. Para salvar a própria vida, o motorista atropela e mata o pedestre. Caso típico de estado de necessidade, em que o motorista seria absolvido na esfera penal, mas condenado na civil à reparar aos familiares da pessoa morta a indenização pela sua morte (ressalvado, evidentemente, o direito de reparação do que houver pago contra o condutor do caminhão causador do acidente). A mesma situação vale para a legítima defesa, quando alguém que não causou o perigo é atingido, como para o estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito.

Importante questão que se coloca em sede de responsabilidade objetiva é saber se ela pode ou não ser afastada pelo caso fortuito. Como dissemos linhas acima, consideramos um equívoco “importar” as excludentes de culpabilidade da responsabilidade subjetiva, porque aqui, como vimos, não se cogita da culpa, mas do risco. Pelos mesmos motivos não concordamos com as gradações da responsabilidade objetiva, em relativa e absoluta, ou em normal e agravada.

Se o fundamento da responsabilidade objetiva é o risco, só ele pode ter o condão de afastá-la. Ocorre que normalmente se simplifica por demais a discussão a respeito do risco, sem uma

investigação mais profunda da sua verdadeira extensão naquela específica atividade. Diante do evento danoso, potencialmente gerador de responsabilidade objetiva, deve-se perquirir qual era especificamente o âmbito de abrangência do risco criado por quem explorava a atividade considerada perigosa. Deve-se avaliar se aquela atividade específica, normalmente desenvolvida, gerava o risco daquele fato ocorrer, ou não.

A importância acadêmica da questão talvez seja maior que sua importância prática. Temos consciência de que o mérito das decisões dos Tribunais a respeito da exclusão da responsabilidade objetiva, se fundamentadas no próprio risco ou no fortuito, não seriam modificadas. Mas a opção por permanecer, em sede de responsabilidade objetiva, no âmbito do próprio risco, resolve problemas teóricos graves na responsabilidade subjetiva. Tomemos o exemplo do transporte rodoviário que, como já afirmamos, é um dos casos de responsabilidade objetiva. Investiguemos, diante dos seguintes casos, qual deles geraria direito à indenização por parte do passageiro: 1. Acidente de trânsito ocorrido por culpa do motorista do ônibus; 2. Acidente de trânsito por culpa de terceiro, sem culpa (nem mesmo concorrente) do motorista do ônibus; 3. Passageiro assaltado no ônibus; 4. Passageiro ferido por uma pedra atirada por um vândalo de fora do ônibus pela janela; 5. Passageiro ferido porque a ponte sobre a qual o ônibus trafegava, por manutenção deficitária, ruiu justamente no momento da travessia. Nos dois primeiros casos, não há dúvidas quanto à responsabilidade da empresa, porque o risco mais evidente da atividade é a violação da incolumidade do passageiro por um acidente, independentemente da culpa do preposto do transportador. Nos demais casos, há de se perguntar: o risco ordinário, normal, causado pela atividade do transportador rodoviário engloba a possibilidade de um assalto, do ato de um vândalo na rua, ou da má conservação das vias

públicas? Ou será que esses fatos são extraordinários, extrapolam ao que normalmente se pode esperar daquela específica atividade? A nosso ver, parece que haveria responsabilidade no primeiro caso (assalto - principalmente se o fato tiver ocorrido numa grande cidade, onde esse lamentável incidente é comum, e as empresas transportadoras não podem ficar indiferentes à realidade, expondo seus passageiros e seus próprios empregados a riscos tão sérios), mas não nos demais - o ato do vândalo e a ruína da ponte.

De qualquer forma, o objetivo não é polemizar a resposta, mas alterar o foco de discussão. Importa menos, sob o ponto de vista estritamente acadêmico, teórico, se o transportador rodoviário deve ou não ser responsabilizado pelo assalto no ônibus. Importa mais é alterar o foco da discussão, ou seja, que ela se dê sobre a extensão do risco criado, e não sob a concretização ou não do fortuito. Na verdade, qualquer que seja o fundamento teórico da decisão, ela não será alterada, porque o juiz decidirá da melhor maneira a solução para aquele caso. Já tivemos oportunidade de mostrar neste trabalho que não nos assusta o arbítrio concedido ao juiz para decidir e, pelo contrário, parece-nos até mesmo o ideal: o Direito tem que se envolver de subjetividade, do aspecto cultural, político, sociológico, porque é isso que o humaniza, e é por esse motivo que jamais um computador poderá substituir o homem na missão de julgar. O mito da pureza de que falava HANS KELSEN³³ não existe, e na sua não existência não está o fim do Direito, mas a sua nobreza e humanidade.

O que importa é que, centrada a discussão na extensão do risco, permite-se avançar na teoria, eliminando algumas

³³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Editor. 4ª Ed., 1.979, p. 17.

impropriedades como a de tentar interpretar os excludentes de culpabilidade da responsabilidade subjetiva como de causalidade, a de afirmar que ausência de culpa e caso fortuito não são sinônimos, e a de importar as excludentes de culpa para a responsabilidade objetiva, o que significaria, numa visão mais acurada, simplesmente no desaparecimento de qualquer diferença entre elas. No campo da responsabilidade objetiva a opção também é vantajosa, porque permite discutir-se abertamente a extensão do risco, até mesmo ao ponto de inviabilizar a exclusão do dever de indenizar, o que tornaria desnecessária qualquer subdivisão ou gradação da responsabilidade.

Atualmente, a responsabilidade objetiva está prevista na Constituição Federal, em algumas leis, e pela própria jurisprudência.

Na Constituição, encontramos a responsabilidade civil do Estado (artigo 37, parágrafo sexto), os danos decorrentes das atividades com energia nuclear (artigo 21, inciso XXIII, letra “c”), e o dano ambiental, quando provocado por atividade de exploração mineral (artigo 225, parágrafo segundo), ou por qualquer outra atividade (artigo 225, ou outras atividades (artigo 225, parágrafo terceiro). No Código Civil encontramos a responsabilidade objetiva por coisas caídas ou atiradas de casas, edifícios ou construções (artigo 1.529). No Código de Defesa do Consumidor (lei 8.078/90), artigos 12 a 14, pelos chamados acidentes de consumo (com ressalva à responsabilidade civil dos profissionais liberais, que continua a ser subjetiva - parágrafo quarto do artigo 14). Danos decorrentes do contrato de transporte terrestre (artigo 17 do Decreto 2.681/1.912), este o primeiro caso de responsabilidade civil objetiva expressamente admitido pelo Direito positivo pátrio. Danos decorrentes do transporte aéreo, até o limite estabelecido pelo artigo 257 da lei n. 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica, artigo 246 e 247).

Na jurisprudência, temos o transporte rodoviário, para o qual foram aplicadas por analogia o disposto no Decreto 2.681/1.912. Há também a presunção absoluta de culpa (o que equivale à responsabilidade objetiva), criada pela jurisprudência, como no caso da responsabilidade dos empregadores pelos atos de seus empregados, por ocasião do serviço (a Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”), isso apesar da literalidade do artigo 1.523 do Código Civil, e no caso da ruína de casas, edifícios ou construções, também apesar da literalidade do artigo 1.528 do Código Civil.

Por fim, não poderíamos deixar de mencionar o estágio mais avançado da teoria do risco, que é a hipótese da responsabilidade objetiva associada à seguridade social. Nesta hipótese, dada a gravidade dos riscos, através do seguro social, toda a sociedade assume para si a obrigação de indenizar, fixando-se um limite máximo, um teto de indenização (indenização tarifada). São as seguintes hipóteses: a do seguro obrigatório de veículos automotores, criado pelo artigo 20 do Decreto Lei n. 73/76, graças ao qual todas as pessoas envolvidas em acidentes com veículos, independentemente de culpa (portanto, ainda que culpadas pelo acidente), podem receber indenização pelos danos físicos, ou seus familiares, no caso de morte, sempre respeitados os limites máximos; e o seguro de acidentes do trabalho, regulado pela legislação acidentária da Previdência Social, determinada pelo artigo 7º, inciso XXVIII da Constituição Federal, pelo qual os trabalhadores podem receber benefícios determinados em função de um seguro que é pago pelos empregadores.

CAPÍTULO III

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

1. SUJEITO DE DIREITO, PERSONALIDADE E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

No âmbito do direito privado, entre os mais notáveis reflexos do advento do Estado contemporâneo encontram-se os chamados direitos da personalidade. Trata-se na realidade de uma evidência de que o ordenamento jurídico reconhece no homem bem mais que um mero elemento polarizador de direitos e obrigações de conteúdo econômico. Antes disto, reconhece-o como detentor de uma dignidade capaz de lhe conferir direitos dos quais não pode ser privado, nem mesmo pela sua própria vontade, porque inerentes à sua personalidade. É importante compreender a extensão do fenômeno que, à medida em que se solidifica, opera uma verdadeira revolução nas relações jurídicas privadas e no próprio conceito de direito privado. Reconhecer no homem mais que

apenas um elemento do processo econômico, caracterizando-o como um ser detentor de direitos inalienáveis, significa humanizar o Direito.

Na base da teoria geral do direito civil, o conceito até então vigente de sujeito de direito, aos poucos modifica-se por completo. Para o Código Civil brasileiro, sujeito de direito é aquele dotado de um atributo chamado “personalidade”. E personalidade significa (artigo 2º) tão somente a aptidão para ser titular de direitos e devedor de obrigações (trata-se, portanto, de um conceito preponderantemente econômico). São dotados de personalidade todos os seres humanos (pessoas naturais), e as pessoas jurídicas (de direito público, interno e externo, e de direito privado, estatais e não estatais). Há também os chamados “entes despersonalizados” que, apesar de desprovidos de personalidade, podem exercer alguns direitos e obrigações - é o caso, por exemplo, do espólio, do condomínio horizontal, e da massa falida (a família, embora com alguma discussão a respeito, não participa desse elenco).

Em lugar do sujeito de direito conforme definido no Código Civil, aparece um novo, entendido este num duplo sentido: ao mesmo tempo em que é reconhecido e protegido em sua individualidade e intimidade, é também membro de uma coletividade, na qual vive, participa, e pela qual é responsável. Ao mesmo tempo em que o ordenamento jurídico lhe outorga garantias pessoais, reconhecendo-o como indivíduo, exige dele um compromisso como membro de uma comunidade solidária e ética.

A revolução operada na base do Direito Civil, por vezes incompreendida em toda sua extensão, não é mera eventualidade, mas um fato presente, um processo histórico irreversível e já integrado ao direito positivo (conforme adiante procuraremos demonstrar). Ela não se opera por rupturas violentas, não há o abandono da construção teórica

ergue-se agora e, em constante crise com os antigos paradigmas, herda do liberalismo a potencialidade para gerar riquezas, e da crítica socialista a humanização e a solidariedade.

A nova realidade exige um novo Direito fundado na ética, o que implica no respeito aos direitos da personalidade, e no compromisso com uma Sociedade que cultive os laços da solidariedade. Não são meros devaneios acadêmicos, nem modismos, são imposições vitais para o futuro da democracia em face, principalmente, do avanço da tecnologia em todo o mundo. ANTÔNIO CHAVES¹ fala a respeito da responsabilidade que todos temos na construção do futuro:

“Há uma diferença fundamental, diz ele, entre o mundo de nossos antepassados e o mundo de hoje. Não faz muito tempo, o destino humano era determinado pelas forças cegas da natureza. A participação humana era mínima: o homem vivia à mercê dos elementos, sofrendo frio, fome, sem saúde. Com o conhecimento adquirido e trocado compreender que o chamado destino natural não coincide necessariamente com o objetivo humano; para a natureza, o aparecimento do ser humano não passou de um acidente e o interesse das leis naturais em promover o bem estar e a evolução continuará e dentro de 1.000 ou 2.000 anos os seres humanos vão ser acentuadamente diferentes do homem de hoje, assim como nós, hoje, somos diferentes dos macacos ou, talvez, das rãs. Já possuímos o poder e o conhecimento para impor o destino humano ao mundo inteiro. Esta é uma faculdade inelutável. O mundo do futuro não será mais determinado pelo azar: será o resultado de nosso

¹ CHAVES, Antônio. p. 123.

planejamento, inteligente ou não, e um reflexo de nossos princípios éticos.”

2. DIFICULDADES PARA UMA TEORIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O SEU CONCEITO

Apesar da sua enorme importância, ainda não se desenvolveu uma teoria completa dos direitos da personalidade, porque poucos são os tópicos da matéria sobre os quais exista consenso doutrinário. Na verdade, até mesmo em seus aspectos mais importantes como a denominação, o conceito, a natureza jurídica, a classificação, o elenco e as características, as dúvidas e divergências são grandes.

A legislação não trata o assunto de maneira sistematizada, mas apenas em disposições esparsas. Os dois mais recentes projetos de alteração do Código Civil procuraram regulamentar o tema: o Anteprojeto ORLANDO GOMES, de 1.963, nos seus artigos 29 a 37, sob a rubrica “direitos da personalidade”, inserta no Livro denominado “Das Pessoas”, e o Projeto da Comissão presidida por Miguel Reale, de 1.975 (que se encontra ainda no Congresso Nacional sob o n.º 634-75) nos artigos 11 a 20, sob rubrica com a mesma denominação. Não bastassem esses aspectos, há ainda uma outra dificuldade: esse mesmo fenômeno é tratado no âmbito do direito público como direitos fundamentais, onde assume feições próprias². Tantas dificuldades são certamente resultantes do fato de tratar-se de construção teórica relativamente nova.

Parece que se tem pacificado, nos estudos mais recentes, a denominação deste fenômeno jurídico como sendo “direitos da

² Sobre os direitos fundamentais e suas relações com os direitos da personalidade, trataremos adiante, ainda neste capítulo do trabalho.

personalidade”. Mas, pela ausência de uma disciplina legal sistematizada, a opinião não é unânime. O saudoso Professor CARLOS ALBERTO BITTAR³ informa que na doutrina estrangeira há os que pretendam chamá-los de “direitos essenciais da pessoa” (TOBEÑAS), “direitos à personalidade” ou “essenciais” ou “fundamentais da pessoa” (RAVÀ, GANGI), “direitos sobre a própria pessoa” (WINDSCHEID, CAMPOGRANDE), “direitos individuais” (KOHLE, GAREIS), “direitos pessoais” (WACHTER, BRUNS), “direitos personalíssimos” (PUGLIATI, ROTONDI). O Professor ORLANDO GOMES⁴ lembra, entretanto, que a adoção da denominação “direitos da personalidade”, criada pelo autor alemão GIERKE, teve maior repercussão talvez pelo fato de ter sido ele o autor que melhor desenvolveu o tema na doutrina alemã. No Brasil, informa o mesmo autor, a preferência tem recaído por “direitos da personalidade” - BITTAR, LIMONGI FRANÇA, ANTÔNIO CHAVES, ORLANDO GOMES, OROZIMBO NONATO e ANACLETO DE OLIVEIRA FARIA. Optamos nesse estudo pelo tratamento de direitos da personalidade.

A grande dificuldade para formalizar a enunciação do seu conceito desses direitos encontra-se nas divergências a respeito do seu fundamento, travada entre os autores jusnaturalistas e os positivistas. Para os primeiros (dentre os quais destacamos RUBENS LIMONGI FRANÇA e CARLOS ALBERTO BITTAR), os direitos da personalidade seriam inatos do homem, próprios de sua condição humana, aos quais o direito positivo apenas declararia formalmente sua existência. Estariam, portanto, incluídos no direito natural. É a opinião do Professor BITTAR:

³ BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. São Paulo: Editora Forense Universitária. 2ª Ed., 1.995, p. 02.

*“Ao Estado compete, na verdade, reconhecer os direitos que a consciência popular e o Direito natural mostram. Ademais, a noção de Estado é recente. O Direito existe antes do Estado e pela própria natureza do homem. Já Aristóteles apontava a existência do Direito natural.”*⁵

O Professor paulista RUBENS LIMONGE FRANÇA⁶ comunga do mesmo entendimento:

“O fundamento próximo da sua sanção é realmente a extratificação no Direito Consuetudinário ou nas conclusões da ciência jurídica. Mas seu fundamento primeiro são as imposições da natureza das coisas, noutras palavras, o Direito Natural” Grifo no original.

Para os positivistas (ADRIANO DE CUPIS, JOSÉ CASTAN TOBEÑAS - citados por BITTAR⁷), direitos da personalidade são aqueles que, reconhecidos pelo ordenamento jurídico como tal, constituem-se como o menor rol de direitos, essenciais à personalidade humana, de forma que, sem eles, todos os outros direitos perderiam o interesse para o homem. São direitos essenciais (inerentes) ao homem não porque pertencentes à sua própria natureza, mas porque, adquiridos no momento e em face do início da sua personalidade com o nascimento do

⁴ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 9ª Ed., 1.987, p. 130.

⁵ BITTAR, Carlos Alberto. Ob. cit., p. 08.

⁶ FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil, Vol. 1*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2ª Ed., 1.971, p. 324.

indivíduo (independentemente de qualquer outro ato ou de declaração de vontade), dela não se desprendem até a morte⁸, não podendo ser transferidos ou alienados. O Professor ORLANDO GOMES⁹, que filia-se entre os positivistas, ensina:

“A teoria dos direitos da personalidade somente se liberta de incertezas e imprecisões se a sua construção se apóia no Direito Positivo e reconhece o pluralismo desses direitos ante a diversidade dos bens jurídicos em que recaem, tanto mais quanto são reconhecidamente heterogêneos.”

Tal debate, aliás, não é novo. Sendo os direitos da personalidade pertencentes à categoria direitos subjetivos, como adiante será visto, no fundo o debate é o mesmo travado a séculos pelas duas correntes filosóficas acerca do conceito de direito subjetivo:

“A relação entre direito subjetivo e direito objetivo, segundo a concepção jusnaturalista, é de pré existência daquele. O direito objetivo teria a função de garantir, pela coação, direitos subjetivos. A concepção positivista sustenta, ao contrário, que os direitos subjetivos são criações do direito objetivo.”¹⁰

⁷ Ibidem.

⁸ E até depois dela, como no caso do direito ao cadáver, sobre o qual noticiaremos adiante.

⁹ Ob. cit., *Introdução*. p. 132.

¹⁰ GOMES, Orlando. Ob. cit., p. 93.

No caso em tela, evidentemente, a discussão é agravada pelo fato de serem os direitos da personalidade considerados essenciais, o que, por si só, a enriquece bastante.

3. FUNDAMENTO E NATUREZA JURÍDICA

O debate a respeito do fundamento dos direitos da personalidade tem sido constante na doutrina que dedica-se ao estudo do assunto. As duas teses de maior destaque são, conforme vimos, o jusnaturalismo e o positivismo. Nesse trabalho, não tomaremos partido de uma ou outra corrente. Pelo contrário, o que questionamos é a validade do debate em si: existe mesmo um fundamento absoluto para esses direitos?

Buscar o fundamento absoluto não passa de uma mera ilusão. No dizer de NORBERTO BOBBIO¹¹, *“a ilusão de que, de tanto acumular e elaborar razões e argumentos, terminaremos por encontrar a razão e o argumento irresistível, ao qual ninguém poderá recusar a própria adesão.”*

Especificamente no caso dos direitos da personalidade, a busca de um fundamento absoluto encontra dois obstáculos, a saber:

a) o fundamento mais adequado pode variar dependendo do ponto de vista de quem o procura. Assim, suponhamos o cidadão de um Estado que se cala diante de violações como tortura, homicídios, sem que o ordenamento jurídico possua mecanismos de efetiva proteção à inviolabilidade do corpo das pessoas. Presumivelmente esse cidadão buscará o fundamento dos direitos da personalidade no

¹¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus. 1.990, p. 16.

direito natural. Mas, suponhamos um outro cidadão, que vive num país socialmente mais avançado, com uma rígida legislação de proteção aos direitos da personalidade. Em caso de violação, a ele bastará invocar o ordenamento positivo para satisfazer-se com a tutela que o Estado lhe prestará para o ressarcimento do ilícito.

b) Os direitos da personalidade são, conforme demonstraremos adiante, historicamente variáveis, relativos, e heterogêneos. São variáveis porque o elenco desses direitos com o passar do tempo modifica-se rapidamente. São relativos por natureza (os direitos à liberdade de pensamento e de expressão, por exemplo, pressupõem necessariamente a pluralidade ideologias, antítese evidente ao absolutismo de uma única tese). São heterogêneos a um ponto que, com frequência, tornam-se contraditórios entre si. Só para dar um exemplo comum, a discussão sobre até onde vai a liberdade da imprensa em relação ao direito das pessoas famosas de preservação de sua intimidade.

Por fim, o mais importante. Não nos parece útil a discussão a respeito do fundamento absoluto dos direitos da personalidade. Apesar de tantas divergências sobre tantos aspectos polêmicos da matéria, um fato é absolutamente pacífico: a existência desses direitos. O seu reconhecimento é unânime entre os autores que se dedicam ao seu estudo. Não há mais discussão séria sobre se existem ou não, mas sobre o seu conteúdo e extensão.

Para satisfazer a busca pelo fundamento, podemos dizer que ele encontra-se no consenso, ou seja, no senso comum, na consciência popular, na unanimidade dos autores, nos textos legislativos, nos julgados dos tribunais. Se todos pacificamente aceitam a existência do direito, o fundamento desse direito é precisamente esse consenso, essa aceitação.

O debate hoje não deve ser a respeito do fundamento de uma classe de direitos pacificamente aceita, porque perdeu sua utilidade prática. Seria, por esse motivo, um exercício intelectual sem compromisso com realidade fática. Deve o debate, isso sim, estudar como tornar efetiva e concreta a defesa desses direitos, como assegurar que todas as pessoas possam usufruí-los plenamente no seu dia a dia, e como solucionar os conflitos decorrentes de sua aplicação, ou seja, qual a extensão de cada um desses direitos.

Constituem os direitos da personalidade uma categoria especial dos direitos subjetivos. Como sabemos, os direitos subjetivos dividem-se em relativos (aqueles exigíveis apenas contra as pessoas que compõem a relação jurídica - são os direitos de crédito), e absolutos (oponíveis *erga omnes*, ou seja, contra todos os homens, que são os direitos reais e os direitos da personalidade).

Pertencem a uma categoria especial em função do seu objeto. Neste particular, atrevêmo-nos a dizer que os direitos da personalidade são exercidos pela pessoa sobre si mesma, isto é, sobre os elementos constitutivos de sua personalidade e suas projeções na Sociedade. Significa que, nesse particular, objeto e sujeito do direito confundem-se. Daí as afirmações de sua essencialidade: *“Sob a denominação direito da personalidade, compreendem-se direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade.”*¹²

Sabemos, entretanto, que a doutrina em sua maioria não concorda com esta idéia. O próprio ORLANDO GOMES¹³ a repele expressamente: *“Não é a personalidade, por outro lado, o objeto desses direitos,*

¹² GOMES, Orlando. Ob. cit., p. 129.

¹³ Ob. cit., p. 131.

visto que, sendo um pressuposto de todos os direitos, em si mesma não é um direito (Unger), muito menos objeto de qualquer relação.”

Para o citado doutrinador, os objetos desses direitos seriam “as projeções físicas ou psíquicas da pessoa humana, por determinação legal que os individualiza para lhes prestar proteção.”¹⁴

PONTES DE MIRANDA¹⁵ comunga do mesmo entendimento: “O direito da personalidade como tal não é direito sobre a própria pessoa; é o direito que se irradia do fato jurídico da própria personalidade”.

Parece-nos, entretanto, que não se pode considerar as projeções físicas e psicossociais da personalidade como sendo algo diferente dela própria. Ao contrário, entendemos que a personalidade é precisamente o conjunto de todos estes elementos, destas projeções, motivo pelo qual seria ele mesma o objeto dos seus direitos essenciais. Dentre os direitos da personalidade, afinal, encontram-se o direito à vida, à integridade física e ao nome (dentre outros), que não podem ser considerados externos à personalidade, senão ela própria.

Discordamos também do dogmatismo segundo o qual a personalidade, por exercer os direitos, não pode ser objeto deles mesmos. Ocorre que os direitos são outorgados à personalidade com a precípua finalidade da defesa dos seus objetos. Ora, nesse pensar, não é crível que a personalidade possa, conforme assegurado pelas normas positivas, proteger suas propriedades e seus créditos, mas esteja desprovida de proteção à si própria. De que adianta, afinal, tantas prerrogativas, se o titular do direito não defende a si mesmo!

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Tomo VII*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi. 3ª ed., 1.971, p. 13.

Insistimos, portanto, que o que faz dos direitos da personalidade uma categoria especial de direito subjetivo é precisamente o fato de que, neles, sujeito e objeto se confundem. Reconhecemos, entretanto, que a doutrina majoritariamente descarta essa opção teórica.

4. CLASSIFICAÇÃO E ELENCO:

Não existe na doutrina um consenso a respeito da classificação e elenco dos direitos da personalidade. Na verdade, cada autor adota uma posição pessoal, muito embora as diferenças no mais das vezes sejam muito pequenas. Vejamos:

ORLANDO GOMES¹⁶, por exemplo, classifica-os em duas categorias: a) direitos à integridade física, que compreendem o direito à vida e o direito ao próprio corpo (aqui compreendidos os direitos ao corpo inteiro e às partes separadas do corpo e, inclusive, ao cadáver); e b) direitos à integridade moral, que são os direitos à honra, à liberdade, ao recato, à imagem¹⁷, ao nome, e o direito moral do autor.

CARLOS ALBERTO BITTAR¹⁸ considera três categorias de direitos da personalidade: os físicos, os psíquicos, e os morais. Nos primeiros estariam a vida, o corpo, seus órgãos e membros, e a imagem. Nos segundos a liberdade, a intimidade, e o sigilo. E nos últimos, a identidade, a honra e as manifestações do intelecto (propriedade intelectual).

¹⁶ Ob. cit., p. 133.

¹⁷ Observe-se que o direito à imagem diferencia-se da honra, embora sejam vulgarmente confundidos. Imagem e reputação (ou honra) são coisas diferentes. Imagem é a plástica, a estética, a beleza física. Reputação ou honra é a respeitabilidade que a sociedade tem por uma pessoa.

¹⁸ Ob. cit., p. 17.

RUBENS LIMONGI FRANÇA¹⁹ dividi-os em: a) integridade física (vida, alimentação, corpo e suas partes); b) integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria artística e científica, e invenção); e c) integridade moral (honra, recato, segredo, imagem e identidade). O direito ao recato, citado por esse festejado jurista, é o direito à intimidade, assim chamado por diversos outros autores.

ANTONIO CHAVES²⁰ assim o faz: a) direitos da pessoa natural (vida, integridade física, partes do corpo, liberdade, e o direito de ação); b) direitos de personalidade (honra, nome, imagem, liberdade de manifestação de pensamento, de consciência, e de religião, intimidade, segredo, e direito moral do autor).

Como se depreende, são muitas as opiniões, porém todas bastante aproximadas. Nossa pesquisa permiti-nos afirmar que os autores, em sua maioria, reconhecem que um grupo desses direitos presta-se ao resguardo e proteção da estrutura física do homem, e constitui-se pelos direitos à vida, à integridade do corpo, às partes separadas do corpo - seus órgãos e membros, e ao cadáver. Um segundo grupo, destina-se ao resguardo de sua integridade psíquica, o que compreende o direito ao nome (identidade), à intimidade, à liberdade de consciência e de expressão do pensamento, ao sigilo, direito à honra, à imagem, e à proteção das criações intelectuais. Parece-nos, portanto, o homem tem sua personalidade protegida em seus aspectos físicos e psicossociais.

Entretanto, o que parece ser unânime entre os autores é que, qualquer que seja a classificação adotada, deve-se sempre pensar que o elenco dos direitos da personalidade não poderá ser jamais

¹⁹ Ob. cit., p. 329.

²⁰ Ob. cit., p.

exaustivo, prevendo-se sempre a possibilidade da inclusão de novos destes direitos nesse rol por sua inclusão no direito positivo:

“A evolução tem demonstrado a contínua alimentação dessa categoria com novos direitos que a elaboração científica, processada principalmente pela ação da jurisprudência e da doutrina, vem inserindo em seu contexto.

“A adoção de posição flexível, dada a generalização desse campo, torna possível, a nosso ver, o abrigo de novos direitos que, naturalmente, a reflexão científica virá identificar e trazer para posterior sancionamento no direito positivo.”²¹

Importante abordarmos nesse passa a questão das relações entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais. Quando se aborda o assunto direitos fundamentais, o primeiro aspecto que se destaca é uma questão relativa à sua nomenclatura:

“Podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais ser usadas indiferentemente? Temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo porém o emprego mais freqüente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais

²¹ BITTAR, Carlos Alberto. Ob. cit., p. 17.

*parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães.*²²

Que relação tem os direitos fundamentais com os direitos da personalidade? Na verdade, direitos fundamentais são o gênero, do qual os direitos da personalidade são a espécie. Os direitos da personalidade são alguns dos direitos fundamentais, quando estudados sob a ótica do direito privado.

*“É certo, acentua JULIOT DE LA MORANDIÈRE, que os direitos da personalidade podem ser vistos nos direitos do homem, mas com esses não se confundem. (...) Na verdade, a teoria dos direitos da personalidade se situa, como apregoa CASTAN TOBEÑAS, no direito privado. Essa é a opinião de muitos juristas franceses como JEAN CARBONNIER e os irmãos MAZEAUD, para quem muitos dos direitos humanos podem ser examinados, tanto no ângulo público, como no privado.”*²³

Nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade. Quais o seriam? Interessante observar que, nesse particular, os direitos da personalidade coincidem com os chamados direitos de primeira geração de que trata PAULO BONAVIDES²⁴ em sua teoria dos direitos fundamentais. Para o referido autor, os direitos fundamentais são

²² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editora, 5ª Ed., 1.994, p. 514.

²³ STA. MARIA, José Serpa de. *Direitos da Personalidade e a Sistemática Civil Geral*. Campinas: Julex Livros Editora, 1.987, p. 35.

²⁴ Ob. cit., ps. 515-529

de três gerações. Os primeiros são direitos pessoais, do homem considerado em seu individualismo (direito à vida e à liberdade, por exemplo). Os de segunda geração, do homem considerado em Sociedade (são os chamados direitos sociais). E, finalmente, os de terceira geração, seriam os direitos da humanidade, tais como o direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente, ao patrimônio coletivo da humanidade, e os direitos difusos.

Dentre os direitos da personalidade, não se inserem os direitos sociais, nem os direitos difusos. Inserem-se apenas os individuais. Afinal, a teoria foi desenvolvida justamente para proteger o indivíduo em seus aspectos físicos e psicossociais essenciais, daí a coincidência em relação aos direitos de primeira geração. A diferença, entretanto, pelo ângulo privatista, refere-se à proteção contra não apenas o Estado, mas também contra os particulares que afrontarem esses direitos. E, além disto, as conseqüências civis da sua violação, assunto que trataremos no decorrer do presente trabalho.

Há ainda a expressão “liberdades públicas” que, no entender de JOSÉ AFONSO DA SILVA²⁵ não é adequada para designar os direitos fundamentais porque, como tal, é limitativa e insuficiente. Segundo o autor, a expressão:

“é empregada na doutrina francesa onde não faltam esforços para dar-lhe significação mais abrangente dos direitos fundamentais em geral, especialmente jogando com os conceitos liberdade autonomia (igual aos direitos individuais clássicos) e liberdade participação (também chamada de liberdades políticas, que

corresponde ao gozo livre dos direitos políticos). Consideradas na doutrina francesa como direitos do homem despidos de sua concepção jusnaturalista pela positivação estatal, as liberdades públicas não tem o mesmo conteúdo deles, como observa RIVERO, não se incluindo em seu conceito direitos econômicos e sociais.”

CARLOS ALBERTO BITTAR²⁶ concorda com a limitação do conceito de liberdades públicas (o que a faria corresponder à abordagem publicista dos direitos da personalidade), bem como com o seu conteúdo eminentemente positivista. No entanto, tratando-se os direitos da personalidade, para o autor, de instituto de raiz jusnaturalista (direito natural), ele os distingue da seguinte forma:

“São direitos inerentes ao homem, que o Estado deve respeitar e, através do direito positivo, reconhecê-los e protegê-los. Mas esses direitos persistem, mesmo não contemplados pela legislação, em face da noção transcendente da natureza humana. Já por liberdades públicas, entendem-se os direitos reconhecidos e ordenados pelo legislador: portanto, aqueles que, com o reconhecimento do Estado, passam do direito natural para o plano positivo.”

Em suma, alguns dos direitos fundamentais, aqueles considerados como de primeira geração, relacionados diretamente com o

²⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editora. 10ª Ed, 1.994, p. 176.

²⁶ Ob. cit., p. 24.

indivíduo (física ou psicologicamente), são estudados pelo direito privado sob a denominação direitos da personalidade.

5. CARACTERÍSTICAS

Os direitos da personalidade, que formam uma categoria especial em relação aos demais direitos subjetivos (em face de uma peculiaridade na relação sujeito-objeto, já analisada), tem algumas características próprias. São eles *absolutos*, *imprescritíveis*, *vitalícios*, *necessários*, *extrapatrimoniais* e *inalienáveis*.

Absolutos, porque devem ser respeitados por todos os homens, ou, por outra forma, são oponíveis *erga omnes*. Todos são “devedores”, no sentido que todos devem se abster de violá-los. *Imprescritíveis*, porque o seu não exercício num lapso temporal qualquer não o desnatura, nem o extingue, nem transfere o seu titular.

Vitalícios porque acompanham o homem porquanto durar sua personalidade, ou seja, enquanto estiver vivo, e mesmo após a sua morte, o que é muito peculiar nesta espécie de direito subjetivo. É o caso, por exemplo, do direito ao cadáver, que se estende para além do fim da personalidade, após a morte. O cadáver não pode, em respeito à pessoa falecida, ser vilipendiado, nem servir a experiências científicas sem o consentimento da pessoa (declarado enquanto viva, evidentemente). Os debates que vêm sendo realizados, inclusive na mídia, sobre a legislação relativa à doação de órgãos trata exatamente desse direito.

Necessários, porque a personalidade não existe sem eles, porque o conjunto destes direitos é a própria essência da personalidade jurídica da pessoa natural. Por este motivo, também, nunca se perdem, e são irrenunciáveis. Mas há fortes pressões sociais para se

abrandar o rigor desse princípio. Refiro-me a questões como a pena de morte, o aborto, o transexualismo (as cirurgias para a mudança de sexo, hoje não autorizadas pela lei brasileira), a laqueadura e vasectomia (aceitas atualmente pela jurisprudência). Referimo-nos ainda a uma solução adotada no Estado da Flórida (EUA), a respeito do rastreamento eletrônico de presos em regime de suspensão condicional da pena: trata-se de um dispositivo implantado nos corpos (tornozelo) e ligados a uma central de monitoração. Caso o preso se distancie além dos limites a ele permitidos, o equipamento dispara um alarme na central, e é capaz de localizá-lo. Os equipamentos destinam-se a presos condenados por crimes não violentos, que têm emprego, pagam indenizações às vítimas e ainda uma mensalidade de quarenta dólares pelo uso do dispositivo²⁷.

Os direitos da personalidade são *extrapatrimoniais*, porque a personalidade humana (por eles constituída) não pode ser avaliada economicamente. A dignidade que lhe é outorgada pelo ordenamento positivo é irredutível a uma quantidade de moeda. Entretanto, em alguns casos e sob certas condições, a lei permite a sua exploração econômica. É o caso, por exemplo, do direito do autor e sobre a propriedade industrial, e do direito à imagem. Há, aliás, pessoas que exercem profissionalmente atividades relacionadas com a exploração de sua imagem, tais como modelos fotográficos e atores de cinema e televisão.

A última das características é a *inalienabilidade*. Em regra o titular dos direitos da personalidade deles não pode se desfazer, nem mesmo por livre manifestação de sua vontade. Mas essa regra não é absoluta e admite temperamentos, sendo que direitos da personalidade chegam mesmo a entrar para o comércio jurídico. É o caso, por exemplo,

²⁷ CHAVES, Antônio. Ob. cit., p. 124.

do direito sobre a criação intelectual, seja artística (direito do autor) ou industrial (propriedade industrial). O titular da propriedade intelectual pode cedê-la a título oneroso ou gratuito, ou por si só explorá-la economicamente nos termos e limites da lei. Isso não descaracteriza-a como direito da personalidade porque, principalmente no que se refere ao direito autoral, reconhecidamente o resultado do trabalho, a criação, é um pouco do seu próprio autor.

Não se deve confundir a patrimonialidade que estes direitos podem assumir com a sua eventual alienabilidade (muito embora quase sempre elas estejam juntas). É que a alienação pode se dar de forma gratuita ou onerosa, e só neste último caso é que se pode falar do caráter patrimonial do direito. A lei que regulará no Brasil a doação de órgãos, acima mencionada, é expressa em afirmar a nulidade de qualquer acordo de natureza econômica relativo ao transplante de órgãos. Ou seja, a pessoa aliena parte de si para após a sua morte, mas sem o intuito de lucro (bastante diferente, portanto, da situação do autor e do modelo fotográfico, em que a alienação, via de regra, é onerosa). É um caso em que há a alienação, mas sem o caráter patrimonial.

6. CONSEQUENCIAS DA VIOLAÇÃO NO ÂMBITO CIVIL

O direito penal tipifica uma série de crimes decorrentes de violações a direitos da personalidade (aliás, dada a importância da matéria, boa parte do Código Penal destina-se a tratar justamente desses ilícitos). Assim, temos os crimes contra a vida (artigos 121 a 124), de lesão corporal (artigo 129), os crimes de periclitação da vida e da saúde (artigos 130 a 136), a rixa (artigo 137), os crimes contra a honra (artigos 138 a 140), contra a liberdade individual (artigos 146 até

154), contra a propriedade imaterial (artigos 184 e 185) contra o sentimento de respeito aos mortos (artigos 209 a 212), contra os costumes (artigos 213 a 122) e tantos outros. Todos referem-se à proteção, no âmbito criminal, dos direitos da personalidade.

No âmbito civil, prevalece, como é consabido, o princípio de que a ninguém é dado causar prejuízo a outrem sob pena de responder pelos danos decorrentes, esculpido no artigo 159 do Código Civil. É o princípio a partir do qual se edificou a teoria da responsabilidade aquiliana.

A violação a qualquer dos direitos da personalidade, evidentemente gera prejuízo ao seu titular. Entretanto, o prejuízo de que se trata tem uma característica própria, herdada do próprio direito violado, consistente justamente na sua extrapatrimonialidade. Como se viu, em regra, os direitos da personalidade têm como característica a extrapatrimonialidade, ou seja, não são redutíveis a valores econômicos, não se pode avaliá-los economicamente. Como decorrência direta e necessária dessa característica, o dano resultante da sua violação também não pode ser aferido economicamente. Significa dizer que o pagamento de um valor em dinheiro não tem o condão de ressarcir o prejuízo, de trazer a situação ao *status quo ante*.

Os danos decorrentes da violação dos direitos da personalidade que não tem conteúdo econômico são os chamados danos morais. São a decorrência direta e necessária da violação de um direito da personalidade, devem ser pensados nesse âmbito, seguindo-se, tanto quanto possível, os mesmos princípios. Não se pode entender a disciplina afeta aos danos morais sob a luz dos princípios informadores da responsabilidade civil no que respeita à reparação de danos patrimoniais, porque há sempre uma íntima relação entre a natureza do direito violado e

a responsabilidade daí resultante. E, tendo naturezas tão diversas, não se pode aplicar-lhes indistintamente as mesmas regras porque, como adiante se verá, elas não funcionarão. O fato é que boa parte dos inúmeros problemas que afligem a doutrina no tocante aos danos morais dizem respeito única e exclusivamente à equivocada aplicação de princípios da responsabilidade civil desenvolvida com a finalidade de reparar danos patrimoniais.

Já aqueles direitos da personalidade que possuem conteúdo econômico - direito do autor, propriedade industrial e direito à imagem - são protegidos na órbita civil sob as regras do enriquecimento sem causa, porque a sua violação não produz, necessariamente, um dano ao titular do direito, mas uma vantagem indevida a quem o violou. Dada a função restitutória própria do enriquecimento sem causa, a vantagem deve ser revertida em favor do patrimônio do titular do direito.

O objetivo do trabalho é a demonstração da viabilidade da construção de uma teoria geral sobre os direitos da personalidade ligada aos danos morais, e não a construção da teoria em si. A proposta é, digamos assim, o enfrentamento de uma questão preliminar à construção da teoria, para cuja tarefa haveria necessidade da análise de cada um dos direitos da personalidade, um a um, bem como dos problemas que sua aplicação prática suscita. Para evitar o desvio do tema proposto no trabalho é que não abordaremos os direitos da personalidade em espécie, mas apenas, como o fizemos, sua teoria geral.

CAPÍTULO IV

DANO MORAL

1. GENERALIDADES

Tem o presente capítulo a finalidade de investigar a natureza jurídica do dano moral, e formular proposições a respeito das regras às quais obedece, dos interesses que pretende tutelar, e da sua posição na teoria geral do direito civil. As proposições são sugestões que fazemos à doutrina, que as analisando, poderá adotá-las ou rejeitá-las.

A primeira dificuldade que se nos apresenta é o próprio conceito jurídico de dano. Tradicionalmente, tendo em vista o fato de que o dano moral era considerado pela jurisprudência como impassível

de indenização, a palavra dano sempre esteve associada à idéia de perda patrimonial, de um atentado contra o patrimônio de uma pessoa:

“Dano. Derivado do latim damnum, genêricamente, significa todo mal ou ofensa que tenha uma pessoa causado a outrem, da qual possa resultar uma deterioração ou destruição à coisa dêle ou um prejuízo a seu patrimônio.

Possui, assim, o sentido econômico de diminuição ocorrida ao patrimônio de alguém, por ato ou fato estranho à sua vontade. Equivale, em sentido, a perda ou prejuízo.

Juridicamente, dano é, usualmente, tomado no sentido do efeito que produz: é o prejuízo causado, em virtude de ato de outrem que em causar diminuição patrimonial.”¹

No Brasil, o conceito de dano vinculado à idéia de perda patrimonial teve que ser revisto pelos doutrinadores que aceitaram a reparabilidade dos danos extra patrimoniais. Se é possível reparar danos sem conteúdo econômico, a modificação do seu conceito impunha-se. Desta forma, a doutrina simplesmente adaptou o conceito tradicional de dano à nova realidade:

“Damno, em sentido amplo, é toda a diminuição nos bens jurídicos da pessoa. Se recáe essa diminuição, directamente, sobre o patrimônio, o damno é

¹ DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*, Vol. II, Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 472.

patrimonial. Se fere o lado íntimo da personalidade (a vida, a honra, a liberdade), é moral."²

Como podemos notar, não se construiu um novo conceito de dano para enfrentar o problema do dano moral, restando apenas a adaptação do conceito antigo. Esse fato evidencia que a doutrina vem majoritariamente encarando o dano moral apenas como mais um dano a ser indenizado, sem se aperceber da verdadeira revolução à qual está ligado, sem se dar conta de que a reparação do dano moral é um dos vários "sintomas" de uma Sociedade em mutação, uma Sociedade preocupada com os valores da pessoa humana, mas, longe do individualismo novecentista, consciente de que a pessoa humana participa de uma comunidade, com a qual interage, pela qual e para a qual vive. É um "sintoma" como tantos outros, como a teoria dos direitos da personalidade, a bioética, o chamado Estado Contemporâneo.

Fundamentalmente, a mera adaptação do conceito tradicional de dano peca porque confunde a ofensa com a lesão, o fato com o efeito. O que é o dano moral, a ofensa ou o resultado dela? O que se "indeniza" é a lesão ao direito da personalidade, ou é a dor, física ou psíquica, daí decorrente? Para nós, o conceito de dano moral é diverso e absolutamente incompatível com o conceito tradicional de dano patrimonial. Este, como vimos, caracteriza-se pela redução (ou pelo impedimento do acréscimo) do patrimônio. Aquele, ao que nos parece, é que é a dor, física ou psíquica, sofrida em face da violação de um direito da personalidade. Dano moral é dor, pura e simplesmente, produzida em face de uma conduta específica que nos parece importantíssima. É que,

² BEVILÁQUA, Clóvis. P. 218. O autor, como se vê, é um dos que sempre defendeu a possibilidade de composição dos danos morais.

conforme veremos adiante, acreditamos que a compensação dos danos morais não se dê em face propriamente deles, mas sim da sua causa, da violação de um direito da personalidade.

Na composição dos danos morais, as funções pedagógica e punitiva são principais, e a de agraciação da vítima, secundária. Seja por esse motivo, ou pela sua natural dificuldade de verificação do dano (da dor, pelo alto grau de subjetividade envolvido), a ênfase não é ao dano em si, mas à conduta socialmente reprovável e incompatível com a dignidade da pessoa humana.

Nossa opinião em certa medida coincide com o posicionamento do Professor paranaense JOÃO CASILLO³:

“A verdade é que uma conceituação mais adequada aos nossos dias exige que o dano seja entendido como o resultado da ofensa feita por terceiro a um direito, patrimonial ou não, que confere ao ofendido, como consequência, a pretensão à indenização. Esta abrangência do conceito de dano toma maior importância, se a lesão é contra a pessoa humana, exigindo uma correspondente compensação.

Para que haja ofensa, basta que o direito tutelado seja violado. Não se pode admitir a existência de uma proteção jurídica apenas em tese. Esta deve ser eficaz, e, evidentemente, não se poderá pretender que esta eficácia da proteção seja concebida em um reconhecimento simplesmente declaratório.”

³ CASILLO, João. *Dano à Pessoa e sua Indenização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2ª Ed., 1.994, p. 50.

Dessa opinião, que reconhece a supremacia da violação do direito sobre o efeito conseqüente (dor), entretanto, divergimos parcialmente porque ela pretende estender a regra também para a reparação dos danos patrimoniais, o que não nos parece adequado. Lá, o que importa é realmente o efeito, o resultado. O delinqüente que invade residência alheia, mas não chega a subtrair ou destruir nada, violou o direito de propriedade, mas nem por isso estará sujeito à responsabilidade civil. No que se refere aos danos patrimoniais, importa o resultado, a conseqüência ao patrimônio, sem a qual não existe reparação.

Quanto aos danos morais, o que importa não é o dano em si (que é de difícil verificação e impossível reparação), mas o fato de atentar, de violar um direito da personalidade. É precisamente por este motivo que consideramos que a função punitiva (juntamente com a pedagógica) da composição é a principal, e a de agraciação apenas secundária.

Um outro ponto importante é estabelecer exatamente qual deve ser o conteúdo do debate doutrinário atual acerca do dano moral. Consideramos um erro afirmar que o debate é no sentido de se o dano moral deve ou não ser composto. Na realidade, o dano moral sempre pode ser composto, sem maiores problemas. Vinte séculos antes de Cristo já havia previsão expressa a respeito em texto de lei escrita. Pode-se mesmo afirmar que a composição do dano moral é mais antiga que a própria responsabilidade civil (e a penal), pois o Código de Hammurabi, de 1.750 a.C., lei reguladora de uma sociedade recém saída da vingança privada e vivendo o ápice do Talião, está repleto de normas específicas a este respeito, misturadas a diversas outras que impunham o “*olho por olho, dente por dente*”. Vejamos alguns de seus parágrafos em que se

pode verificar algumas hipóteses claríssimas de dano moral (em especial os parágrafos 203, 204, 207, e 209)⁴ :

“§203: Se o filho de um awilum agrediu a face de (outro) filho de um awilum, que é igual a ele: pesará uma mina de prata.

§204: Se um muskenum agrediu a face de (outro) muskenum: pesará 10 siclos de prata.

§205: Se o escravo de um awilum agrediu a face do filho de um awilum: cortarão a sua orelha.

§206: Se um awilum agrediu em uma briga um (outro) awilum, e lhe inflingiu um ferimento: esse awilum deverá jurar: “não o agredi deliberadamente”; além disso, deverá pagar o médico.

§207: Se ele morreu por causa de uma pancada: deverá jurar e, se foi o filho de um awilum, pesará a metade de uma mina de prata.

§208: Se foi o filho de um muskenum: pesará 1/3 de uma mina de prata.

§209: Se um awilum agrediu a filha de um awilum, e a fez espelir o (fruto) do seu seio: pesará 10 siclos de prata pelo (fruto) de seu seio.”⁵

Mas não é apenas em tempos tão longínquos que se pode verificar que o dano moral sempre pode ser composto sem maiores

⁴ Os parágrafos apontados em destaque foram escolhidos porque prevêem o pagamento de soma em moeda em face de condutas desautorizadas, exatamente como ocorre atualmente. No que se refere a lesões a escravos, elas possivelmente tinham o caráter meramente patrimonial pelo não reconhecimento da sua personalidade, por serem considerados “coisa” pelo Direito e pela Sociedade da época.

⁵ Conforme JOÃO CASILLO, ob. cit., p. 30-31.

dificuldades. No Brasil, o Código Civil prevê em diversos dispositivos numerosas hipóteses de “reparação” por dano moral, com previsão específica a respeito. Vejamos algumas:

“Artigo 1.538: No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente.⁶

§1º: Esta soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade.

§2º: Se o ofendido, aleijado ou deformado, for mulher solteira ou viúva, ainda capaz de casar, a indenização consistirá em dotá-la, segundo as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido e a gravidade do defeito.”⁷

“Artigo 1.541: Havendo usurpação ou esbulho do alheio, a indenização consistirá em se restituir a coisa, mais o valor das suas deteriorações, ou, faltando ela, em se embolsar o seu equivalente ao prejudicado (artigo 1.543).

Artigo 1.543: Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa (artigo 1.541), estimar-se-á ela

⁶ A multa de que trata esse artigo é a reparação por dano moral prevista expressamente para o caso de ofensa física não letal.

⁷ O texto do parágrafo segundo do artigo 1.538 do Código Civil não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1.988, que em seus artigos 3º, IV, 5º, I veda tratamento legal não igualitário entre homens e mulheres

pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avante àquele.”⁸

“Artigo 1.547: A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo Único: Se este não puder provar prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva (artigo 1.550).”

“Artigo 1.548: A mulher agravada em sua honra tem direito a exigir do ofensor, se este não puder ou não quiser reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à sua própria condição e estado:

I - Se, virgem e menor, for deflorada;

II - Se, mulher honesta, for violentada, ou aterrada por ameaças;

III - Se for seduzida com promessas de casamento;

IV - Se for raptada.”⁹

“Artigo 1.549: Nos demais crimes de violência sexual, ou ultraje ao pudor, arbitrar-se-á judicialmente a indenização.”

“Artigo 1.550: A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que

⁸ O “valor de afeição” de que trata o artigo é uma das hipóteses típicas de dano moral, conforme analisaremos adiante.

⁹ O texto do artigo 1.548 do Código Civil não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1.988, que em seus artigos 3º, IV, 5º, I, veda tratamento legal não igualitário entre homens e mulheres.

sobrevierem ao ofendido, e no de uma soma calculado nos termos do parágrafo único do artigo 1.547.”

Sem contar com a legislação posterior ao Código Civil, que expressamente previu o dano moral. A chamada Lei de Imprensa (Lei 5.250/65), por exemplo, em seus artigos 51 e 52:

“Artigo 51: A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia:

I - a 2 salários mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, II e IV);

II - a 5 salários mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou o decoro de alguém;

III - a 10 salários mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém;

IV - a 20 salários mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, §1º).

Parágrafo Único: *Omissis*

Artigo 52: A responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação é limitada a dez vezes as importâncias referidas no artigo anterior, se resulta de ato culposo de alguma das pessoas referidas no artigo 50.”

Seria possível afirmar, diante dessa realidade, que ainda há como discutir-se a possibilidade ou não de “indenização” dos danos morais? Claro que não, pois ele já era “reparado” antes mesmo de serem os patrimoniais. Naqueles casos previstos expressamente em lei, sua incidência nunca foi questionada.

O problema referente aos danos morais é atualmente um pouco diverso. O desafio que se impõe à doutrina é criar uma teoria geral a respeito do tema, a par da teoria da responsabilidade civil. Falamos na criação de uma teoria específica a partir da constatação, já analisada em capítulos anteriores, que a responsabilidade civil só se desenvolveu efetivamente, enquanto teoria, a partir de um fato importantíssimo, que foi a criação de uma norma genérica de reparação, principalmente a partir do Código Napoleão em França. Antes disso, não havia responsabilidade civil, senão casos isolados de reparação. Não se pode falar de responsabilidade civil, por exemplo, na *Lex Aquilia* romana - apesar do conceito de culpa já estar nela inserido - porque ali havia a previsão casuística de hipóteses em que se faria a reparação, por mais que a jurisprudência da época tenha estendido a aplicação do *damnum injuria datum*. Só quando se cria uma norma genérica de reparação, quando se sai do casuismo, é que torna-se necessária uma teoria geral capaz de explicar que elementos (e por que) deverão estar presentes nos casos concretos para que ocorra a reparação.

Com o dano moral, a novidade, principalmente no Brasil a partir da Constituição de 1.988, é a criação dessa norma genérica de reparação, que torna o problema teórico completamente diferente. Vantagens ou desvantagens em “reparar” dano moral, essa discussão não faz mais qualquer sentido atualmente, tendo valor apenas histórico. Muito mais grave é o desafio de explicar quando e de que forma essa

“reparação” deve realizar-se, fora dos casos expressamente previstos em lei, e construir uma verdadeira teoria a respeito, tarefa à qual estamos apenas dando os primeiros passos. Uma teoria que, a nosso sentir, não pode ser a da responsabilidade civil, pelos motivos que mostraremos adiante.

Apesar do fato de que é possível verificar até mesmo nos textos de lei escrita mais antigos de que se tem notícia que a “reparação” do dano moral foi precedente ou, no mínimo, concomitante com as hipóteses de reparação material, uma norma genérica a respeito tardou bem mais a aparecer. No Brasil, todo o debate foi motivado graças a uma peculiaridade no texto do artigo 1.537 do Código Civil, que estabelece a forma de liquidação do dano decorrente do homicídio:

“Artigo 1.537: A indenização em caso de homicídio consiste:

- I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;
- II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia.”

Ou seja, nestes casos de morte, a indenização está restrita às despesas médico hospitalares, luto da família¹⁰, funeral, e pensão a quem o defunto a devia. Ocorre entretanto que esta indenização é muito pequena face à gravidade do ilícito, e principalmente face ao efeito

¹⁰ Luto da família, expressão usada no texto do Código Civil, não é, como se poderia pensar a princípio, o dano moral. São despesas que a família do *de cuius* fazia, bastante comuns na época em que o Código foi promulgado (início do século), hábito ainda presente em cidades menores do interior, tais como a aquisição de enxoval negro, que deveria ser usado por vários meses após a morte.

verdadeiramente devastador que pode ter na vida das pessoas que conviviam com a vítima.

A hipótese que despertou o maior clamor e empurrou a discussão doutrinária atinente a acrescentar ao rol de indenizações do artigo 1.537 uma verba específica para o dano moral foi a do homicídio de filho menor, fato que no mais das vezes é suficiente para arruinar a vida do pai e de toda a família, mas que, na esfera civil, ficava praticamente sem indenização.

Os filhos, todos o sabemos, são muito mais fonte de despesas que de lucro, porque o custo da sua criação e educação é elevado. Por esse motivo, a sua morte prematura produz, como prejuízos propriamente econômicos - em face do citado artigo 1.537 - apenas as despesas médicas e funerais (já que a criança não é devedora de pensão a ninguém, mas, pelo contrário, é credora). Nesses casos, o valor da indenização pode chegar a uma soma verdadeiramente irrisória, acintosa frente ao sofrimento imposto a toda a família. Quando a morte é muito violenta, em que nem mesmo despesas hospitalares são realizadas, chega-se mesmo à hipótese de não haver dano patrimonial a ser reparado. Definitivamente, o dano mais sério produzido por uma tragédia dessas não é patrimonial, mas moral.

Curioso aliás é o fato de que o Código Civil não inseriu dentre as verbas indenizatórias decorrentes do homicídio o dano moral, mas o fez em relação à lesão corporal, no artigo seguinte, 1.538 (transcrito poucas linhas acima). De qualquer forma, a discussão que se travou era no sentido da possibilidade ou não de condenação ao pagamento de uma “indenização” pelo dano moral, apesar do silêncio do artigo 1.537. Em outras palavras, tratava-se de saber se a relação de verbas indenizatórias previstas no referido artigo era exaustiva ou meramente

exemplificativa. A princípio, uma interpretação sistemática do Código leva à conclusão de que não há qualquer vedação à inclusão de mais uma “reparação”, até porque, no mesmo capítulo, logo após tratar de vários outros casos de dano moral (já transcrevemos os artigos), o Código finaliza no artigo 1.553 dizendo:

“Artigo 1.553: Nos casos não previstos neste Capítulo, se fixará por arbitramento a indenização.”

Some-se a isso ainda o texto do artigo 76 do mesmo Código que determina:

“Artigo 76: Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral.”

Apesar desses argumentos, houve por parte da jurisprudência muita restrição à inclusão do dano moral dentre as verbas indenizatórias decorrentes do homicídio do filho menor. Até 1.967, o Supremo Tribunal Federal posicionava-se pacificamente contrário à reparação, até que, naquele ano, alterou seu entendimento, editando a Súmula n. 491, abaixo transcrita:

“É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado.”

A tese então criada e que possibilitou a mudança de posicionamento da Corte Suprema foi a de que com a morte do filho pequeno os pais perderiam um auxílio no sustento da casa, porque seria

presumível que dos 14 aos 25 anos a vítima trabalharia e ajudaria em casa, com valor equivalente a um terço do salário mínimo. Aos 25 anos, idade núbil, sairia de casa e deixaria de colaborar. Assim, se a morte fosse aos 18 anos, por exemplo, a indenização seria de um terço do salário mínimo, vezes doze meses, vezes sete anos.

A princípio, não parece ser o dano moral sendo “indenizado”, mas o patrimonial. Entretanto, uma análise mais acurada fará perceber imediatamente que se trata precisamente do dano moral, embora travestido de patrimonial. Só se indeniza como lucro cessante aquilo que certamente o ofendido ganharia não fosse o ilícito. Naquele caso, entretanto, o prejuízo só ocorreria se a vítima viesse a trabalhar, e se desse trabalho colaborasse exatamente com um terço do salário mínimo por mês no sustento do lar, e se assim o fizesse até os 25 anos, quando se casasse e saísse de casa, deixando também de colaborar. Sob o aspecto técnico, definitivamente, não é dano patrimonial, não é lucro cessante. O próprio Supremo Tribunal, em acórdãos mais recentes, reconhece o fato, conforme demonstra o Professor SILVIO RODRIGUES¹¹ :

“Aliás, julgamentos posteriores à Súmula n. 491 vieram confirmar a idéia de que na indenização paga por morte de filho menor o que se visa não é só pagar a perda da ajuda futura que o defunto poderia vir a proporcionar, mas também e principalmente a reparação do dano moral. Em acórdão do Supremo, inserto in RTJSTF n. 98, fls. 208, de 1.985, há remissão a dois outros, que nitidamente esposam aquela tese; transcrevo as ementas:

¹¹ Ob. cit., Vol. 4, p. 217.

'Morte de filho menor que caiu do trem em que viajava. Na indenização concedida aos pais, pelo prejuízo presumível decorrente da morte de filho menor, está incluído o ressarcimento do dano moral resultante do mesmo fato.' (rec. ext. n. 84.768, de 10-04-79).

'No que concerne à indenização por dano moral, embora exista a divergência jurisprudencial indicada, a orientação reiterada do Supremo Tribunal Federal foi muito bem exposta em voto do eminente Ministro Billac Pinto, adotado por esta Turma, do RE 83.87, relatado pelo eminente Ministro Eloy da Rocha:

'A construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, no sentido da indenização pela morte de filhos menores, em decorrência de ato ilícito, inspirou-se no princípio de reparação do dano moral (RE 65.281, RTJ 47/279; RE 64.771, RTJ 56/783). É, pode-se dizer, uma forma oblíqua de se atingir a reparação do dano moral, dadas as reações que suscita o pleno reconhecimento do instituto.

O que não é, entretanto, possível é que se acrescente à reparação, que, por meios indiretos, compensa aquele dano, nova verba, a título de reparação de dano moral. (RTJ 82/546 a 449).''

Fora dessa hipótese, entretanto, não havia possibilidade de reparação. Em Santa Catarina, o Tribunal de Justiça decidiu, em acórdão da lavra do Desembargador FRANCISCO MAY FILHO¹³, datado de 25 de novembro de 1.986, que os pais da vítima falecida aos 25 anos e dois meses não tinham direito à indenização.

¹³ Acórdão publicado na *Revista de Jurisprudência Catarinense*, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Vol. 54, p. 110.

Com o advento da Constituição Federal de 1.988, finalmente, a doutrina entendeu estar criada a norma genérica a respeito do dano moral. De fato, diz a Constituição em seu artigo 5º, incisos V e X:

“V - É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação.”

Como podemos perceber, a norma genérica de que falamos não está no texto da Constituição, mas na interpretação que a doutrina faz dela. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA¹⁴, ao estudar os citados dispositivos constitucionais, ensina: *“O argumento baseado na ausência de um princípio geral desaparece. E assim, a reparação do dano moral integra-se definitivamente em nosso direito positivo. É de acrescer que a enumeração é meramente exemplificativa, sendo lícito à jurisprudência e à lei ordinária aditar outros casos.”* Podemos dizer, então, que o direito positivo nacional tem uma norma genérica implícita de “reparação” de dano moral, a partir da qual a teoria deve desenvolver-se.

Com a finalidade de prestar uma singela colaboração nos primeiros passos em direção à construção teórica, enumeramos algumas proposições essenciais dos chamados danos morais, que oferecemos à doutrina para análise:

¹⁴ Ob. cit., p. 54.

2. PROPOSIÇÕES:

1ª Proposição: As questões afetas ao dano moral não estão abrangidas pela teoria da responsabilidade civil. Por vários motivos, mas especialmente porque o dano moral é absolutamente irreparável. Dano moral, como vimos, é a dor, física ou psíquica, decorrente da violação de um direito da personalidade. A dor do pai que perdeu um filho, por exemplo, não tem como ser reparada. A única chance seria fazer voltar o tempo para desfazer o que não deveria ter sido feito, mas isso infelizmente não é possível. O pagamento de uma soma em dinheiro, por maior que seja, não apagará a dor, a saudade, o vazio de uma perda tão grave. O dano moral é, sempre, absolutamente irreparável. Daí não encaixar-se na responsabilidade civil, cujo conceito, como já afirmamos, é a obrigação de reparar um dano:

“O dano é, dos elementos necessários à configuração da responsabilidade civil, o que suscita menos controvérsia. Com efeito, a unanimidade dos autores convém em que não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano, e é verdadeiro truísmo sustentar esse princípio, porque, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde nada há que reparar.”¹⁵

Não é que o dano moral não seja um dano, já vimos que é. É dano só que, pela sua natureza, por não ser economicamente aferível, não pode ser reparado. Na prática, não haverá responsabilidade

¹⁵ DIAS, José de Aguiar. Ob. cit., Vol. 2, p. 713.

civil, pouco importa se porque não existe dano, ou se porque o dano existe mas não pode ser, pela sua natureza, reparado.

Por este mesmo motivo, é possível afirmarmos que o dano moral não pode ser “indenizado” ou “ressarcido”: “*indenizar significa ressarcir o prejuízo, ou seja, tornar indene a vítima, cobrindo todo o dano por ela experimentado.*”¹⁶ Também não pode ser “compensado”, porque compensação é uma expressão técnica, designa uma forma de extinção das obrigações prevista no Código Civil e, para que ocorra, é necessário que as duas prestações a serem compensadas sejam fungíveis, e tenham o mesmo gênero e qualidade:

“Artigo 1.011: Embora sejam do mesmo gênero as coisas fungíveis, objeto das duas prestações, não se compensarão, verificando-se que diferem na qualidade, quando especificada no contrato.”

Pois sentimentos não são fungíveis, e diferem em gênero e qualidade da moeda. Portanto, não podem ser compensados sentimentos com dinheiro. O uso da expressão “compensados” fora do seu sentido técnico, muito mais próximo de um sentido vulgar e pouco preciso denota, a nosso ver, a impropriedade da sua escolha. Ademais, a compensação significa a extinção da obrigação pelo seu efetivo cumprimento, e, quanto aos danos morais, já vimos que não podem ser reparados.

Optamos então pela expressão “composição” dos danos morais, porque ela admite na língua portuguesa um sentido de acordo, de concessões recíprocas para a obtenção de desfecho que não seria o ideal, mas na sua impossibilidade, é o desejável. Quem sofre o dano moral não pode ser ressarcido, mas pode concordar em receber um

¹⁶ RODRIGUES, Silvio. Ob. cit., Vol. 4, p. 203.

valor em dinheiro que, se não desfaz o mal, pelo menos pode lhe trazer alguma vantagem ou alegria. Quanto à manifestação da vontade das partes, elemento necessário à realização da composição, não haverá problemas porque, no que se refere à vítima, sua declaração está implícita no impulso processual de promover a demanda contra o ofensor. E a declaração de vontade do ofensor, se não for espontânea, será suprida pelo provimento judicial, que pode perfeitamente fazê-lo (para ficar com um só exemplo, o que são, afinal, as sentenças proferidas em ações de adjudicação compulsória de imóvel, senão o suprimento judicial da declaração de vontade faltante de um contratante?).

O dano moral não pode ser ressarcido. Pode ser composto, o que não é o ideal. O ideal seria o ressarcimento completo e absoluto, como existe em relação aos danos patrimoniais. Trata-se simplesmente da constatação de uma limitação que nossa própria condição humana nos impõe, que é a impossibilidade de indenizar justamente o mais sério dos danos, aquele que atinge a pessoa naquilo que ela tem de mais importante: os elementos básicos da sua personalidade. Se o objetivo da responsabilidade civil é fazer retornar a situação dos fatos ao chamado *status quo ante*, no que se refere aos danos patrimoniais, o lógico seria que, no mínimo, a mesma coisa se fizesse em relação a danos que nos são bem mais caros. Mas isso é impossível. Compôr, é o melhor que se pode fazer. Então, em favor da vítima, o melhor que se pode fazer não é o bastante, mas é, apenas, o melhor que se pode fazer! Assim como nos acordos, em que não se tem tudo o que se pretendia, em que existem as concessões, mas que resolvem o problema da maneira mais adequada para as circunstâncias.

2ª Proposição: Por não ser responsabilidade civil, a composição dos danos morais não tem a função ressarcitória que lhe é própria. Dano moral, repetimos, não pode ser ressarcido. Porém, se em relação ao apoio que a vítima merece receber do ordenamento jurídico e da Sociedade, as limitações humanas frustram as justas expectativas, em relação ao ofensor, as circunstâncias são bastante diversas. Por isso, a função primordial que desempenha no ordenamento jurídico é a de punição. Quando alguém é condenado a pagar a outrem uma importância em dinheiro porque produziu dano à sua pessoa, está recebendo uma pena civil, está sendo punido.

Não significa entretanto que se trate por este motivo de responsabilidade penal ou administrativa. Não se pode negar a diferença existente entre o pagamento da composição do dano moral, e a pena de multa no crime, ou na esfera administrativa. O fato de que, nos danos morais, o valor é revertido em favor da vítima e não de algum fundo público demonstra uma preocupação em prestar uma certa agraciação à vítima, em trazer-lhe certa vantagem, preocupação esta inexistente nas esferas meramente punitivas.

Mas indiscutivelmente é como punição que o dano moral revela sua face mais importante. Aqui, existe um *mix* das funções punitiva, pedagógica e de agraciação, mas com nítida preponderância das duas primeiras. A função pedagógica, não podemos esquecer, que é comum a todas as espécies de sanções jurídicas (seja ela civil, penal, administrativa, enriquecimento sem causa, abuso de direito, ou de dano moral), tem aqui grande destaque, agindo como fator de desestímulo, seja para o próprio ofensor a repetir o mal, seja para terceiros a vir a produzi-lo. A doutrina, neste particular, é bastante incisiva:

“Com essa técnica é que a jurisprudência dos países da *common law* tem contribuído, decisivamente, para a implementação de um sistema de vida fundado no pleno respeito aos direitos da personalidade humana, com sacrifícios pesados aos desvios que se tem verificado, tanto para pessoas físicas como para pessoas jurídicas envolvidas.”¹⁷

3ª Proposição: A prevalência da função punitiva sobre a de agraciação permite que, ao contrário da responsabilidade civil, se possa arbitrar o valor da composição dos danos morais de acordo com o grau de culpa do agente, a exemplo do que existe na responsabilidade penal.

Assim, quando o juiz for fixar o valor da composição, não deve ter em mente a condição econômica da vítima como critério, até porque, se assim o fosse, poder-se-ia dizer que a dor do rico é pior que a dor do pobre. Tomar em consideração, no momento de fixar o *quantum debeatur* da composição, o poder aquisitivo e a situação patrimonial da vítima, é atentar contra o princípio constitucional da igualdade (Constituição Federal, artigos 3º, IV, e 5º, *caput*), é pôr por terra toda a nobreza e dignidade de uma conquista resultante de batalhas travadas por grandes homens, durante décadas de árduo trabalho, que é a composição do dano moral. É macular um instituto jurídico novo, que nasceu como uma forma de assegurar o respeito entre os homens para a vida em Sociedade, com valores egoístas e socialmente reprováveis. Quando o juiz for fixar o *quantum* deve ter em mente dois aspectos:

¹⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. São Paulo: Editora

- a) a situação econômica do ofensor;
- b) o seu grau de culpa.

Não haveria a menor finalidade no instituto se o valor fixado fosse tão elevado que, para pagá-lo, o ofensor fosse simplesmente reduzido à miséria. Não adiante transferir a desgraça de um para outro. Também não adianta fixar-se um valor tão pequeno (diante da condição financeira do ofensor), que ele não sinta o peso do pagamento e, por consequência, do erro que cometeu. É o que o Professor CARLOS ALBERTO BITTAR¹⁸ chama de “valor do desestímulo”:

“Em consonância com essa diretriz, a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante.”

Quanto maior o grau de culpa, maior o valor a pagar, e a recíproca é verdadeira. Sempre levando-se em conta, exclusivamente, a condição econômica do ofensor. Se a vítima for pessoa rica, e o ofensor

Revista dos Tribunais. 1.993, p. 221.

¹⁸ Ob. cit., p. 220.

pobre, é possível que o valor fixado pelo juiz, ainda que elevado para o devedor, não represente nada para o credor. Isto está absolutamente correto porque o ofendido não está sendo indenizado, está apenas compondo (se quiser), com o ofensor o dano moral sofrido. O ideal, repetimos, seria que se restabelecesse o estado anterior em favor da vítima. Não sendo possível, tratemos de zelar para que as funções punitiva e pedagógica, pelo menos elas, sejam eficazes, evitando simplesmente transferir a desgraça de um para o outro.

4ª Proposição: O dano moral não pertence à responsabilidade civil, nem à penal, nem à administrativa, nem ao enriquecimento sem causa, nem ao abuso de direito. Pertence, portanto, a uma outra forma de sanção, que reúne as funções punitiva, pedagógica e de agraciação.

Não é novidade a idéia de uma espécie de sanção que não se constitua como responsabilidade civil, penal ou administrativa. Como vimos no primeiro capítulo, a doutrina majoritariamente admite que o abuso de direito não é responsabilidade civil, que é uma forma autônoma de sanção.

É difícil tentar nomear essa forma de sanção, e não nos lançaremos nessa tarefa. À primeira vista seria composição do dano moral, mas parece-nos que, nesta seara, não se deve por ênfase no dano, que é o resultado, mas no fato, na violação ao direito da personalidade, que é a sua causa. O dano é a consequência nefasta a respeito da qual muito pouco pode ser feito. Mas quanto ao ato perpetrado, socialmente inaceitável, é que se opera a punição. Daí o interesse social em que as funções punitiva e pedagógicas sejam superiores à de agraciação. Toda a teoria a respeito do dano moral deve levar em conta que a sua composição

tem a finalidade primeira de servir como uma das garantias de que os direitos da personalidade de cada pessoa serão rigorosamente observados, seja pelo Estado, seja por pessoas jurídicas, seja por pessoas naturais, antes de pretender compor o resultado. Desta forma, talvez pudéssemos dizer que, a par da responsabilidade civil, penal e administrativa, existe a responsabilidade pela violação de direitos da personalidade.

5ª Proposição: O dano moral é absolutamente independente do dano patrimonial, assim como são independentes o ilícito civil do penal. De um mesmo fato pode nascer uma sanção civil, administrativa e penal. De um mesmo fato, pode nascer uma sanção civil, e a composição por dano moral. Por esse motivo, não existe dano moral com reflexo patrimonial, nem dano patrimonial com reflexo moral.

Pode haver, apesar disso, mais de um dano moral decorrente do mesmo fato. Uma lesão não letal no rosto de uma jovem, por exemplo, ofende à sua integridade física, bem como à sua imagem (o chamado “dano estético”). Portanto, é perfeitamente possível a cumulação das composições, assim como se cumularia a indenização por diversos danos patrimoniais resultantes do mesmo fato.

6ª Proposição: Assim como os direitos da personalidade são, em regra, intransferíveis, personalíssimos, também o é o direito à composição patrimonial, que não integra o patrimônio da vítima senão após o efetivo ajuizamento da respectiva ação judicial. Assim, por exemplo, se alguém tem sua integridade física violada num acidente, e, levado ao hospital, sofre por uma semana internado em Unidade de Terapia Intensiva (UTI), ao cabo da qual vem a falecer, é de se perguntar se o direito à composição do dano moral seria transmitido aos

seus herdeiros, que promoveriam a ação judicial cabível. Impõe-se a resposta negativa, justamente pelo caráter personalíssimo do direito violado. Entretanto, se, antes de morrer, a vítima havendo manifestado sua vontade já tiver outorgado procuração a advogado para que promova a demanda, ainda que não ajuizada, aí então seus herdeiros poderão assumir o polo ativo da relação processual.

7ª Proposição: Em face da superveniência das funções pedagógica e punitiva sobre a de agraciação, a composição dos danos morais funciona de forma inversa à responsabilidade civil quanto ao chamado *compensatio lucri cum damno*.

Se um fato ofende ao patrimônio de alguém, causando-lhe dano, mas, ao mesmo tempo proporcionando-lhe uma certa vantagem, deve-se compensar um com outro. Por exemplo, se ocorre um acidente de carro, e verifica-se que o valor do conserto é superior ao preço do veículo no mercado, é considerada a perda total, devendo o lesante indenizar o lesado pelo preço do automóvel. Entretanto, a esse valor deve-se descontar o lucro que o lesado obterá com a venda da carcaça para o comerciante de ferro velho. Outro exemplo:

“Se alguém, errando um tiro que dirigia contra uma onça, atinge um touro e mata-o, deve indenizar, deduzindo-se do prejuízo com o valor obtido com a venda do animal. Este exemplo ficaria mais claro, se se aduzisse que o touro era grande reprodutor, de alto valor como tal. Morto, vale quanto pesa. Esta soma,

obtida com a venda da carne, seria compensada com o preço do touro vivo e reprodutor.”¹⁹

Pois bem, em sede de composição de danos morais isso não acontece. Suponhamos uma pessoa agravada em sua honra através de notícia injuriosa publicada na imprensa, mas que, em face da mesma, tenha tornado-se pessoa famosa e possa até mesmo estar beneficiando-se economicamente disso. Seria possível deixar de condenar o ofensor pela composição do dano moral?

Parece-nos que não. Por dois motivos: primeiro porque o primordial são as funções punitiva e pedagógica, ou seja, importa menos o resultado danoso, e mais a ofensa a um direito da personalidade (no exemplo que citamos, a honra). E segundo porque, já na função de agraciação, o dano moral é personalíssimo, e não se pode subtrair da pessoa atingida o direito de julgar se o dano foi ou não compensado (neste caso seria compensação mesmo, de um sentimento por outro, que lhe neutralizaria completamente os efeitos). No exemplo que demos acima, será que o fato de ter tornado-se famosa apagou na vítima a marca da injúria? Quem poderá julgar senão ela própria?

8ª Proposição: Aqui novamente podemos perceber que o dano moral não pertence à responsabilidade civil. Lá, para que exista obrigação de reparar, a vítima tem o ônus de provar o dano patrimonial produzido. Excepcionalmente, haverá presunção de dano, e isso, quando ocorre, geralmente o é em sede de responsabilidade civil contratual. São os seguintes os casos, repetimos, excepcionais, de presunção de dano na responsabilidade civil: no inadimplemento de

¹⁹ CASILLO, João. Ob. cit., p. 99.

obrigações pecuniárias, a indenização são os juros, que dispensam prova do prejuízo (artigos 1.061 e 1.064 do Código Civil); na caso da estipulação de cláusula penal, que funciona como pré avaliação das perdas e danos em caso de inadimplemento da obrigação, e que dispensa a prova do dano para a cobrança (artigo 927 do Código Civil). Fora desses casos expressamente previstos em lei, a prova do dano patrimonial é essencial.

Já quanto ao dano extra patrimonial, que é chamado de *damnum in re ipsa*, a situação é a inversa. Deve sim, haver prova do ato que violou o direito da personalidade, mas não do dano conseqüente, que é presumido de forma relativa. É presumida, por exemplo, a dor que o pai sofreu em face da morte do filho, sendo absolutamente desnecessária e mesmo inadequada a ouvida de testemunhas que digam, por exemplo, que o tenham visto chorando: “*Com efeito, o dano moral repercute inteiramente, ou seja, na esfera íntima, ou no recôndito do espírito, dispensando a experiência humana qualquer exteriorização a título de prova*”²⁰.

Nada impede, entretanto, o lesado de tentar provar que o pai, por exemplo, abandonou o filho em tenra idade e há muitos anos sequer o tinha visto, e agora só comparece para pleitear a composição indevida. Mas o ônus dessa prova incumbe ao lesante.

9ª Proposição: A composição dos danos morais não é responsabilidade civil, é uma forma autônoma de sanção jurídica, de responsabilidade. Entretanto, pode ter com a responsabilidade civil alguns pontos de contato, especialmente enquanto não é desenvolvida a teoria geral que o defina como conseqüência da violação dos direitos da personalidade.

Quando se está diante de um caso concreto, potencialmente gerador de responsabilidade civil, duas questões tem que ser enfrentadas: primeiramente, saber se o agente tem ou não o dever de indenizar. Depois, vencida essa etapa, se tiver o dever de indenizar, a fixação do *quantum debeatur* da indenização.

A primeira etapa é analisando-se o caso concreto de acordo com as regras ordinárias da responsabilidade, verificando-se, por exemplo, se aplica-se a responsabilidade subjetiva ou objetiva, se houve ou não culpa do agente, etc. Confirmada a obrigação de indenizar, é que se passa a verificar o dano para a fixação do valor da condenação (segunda etapa).

No que se refere aos direitos da personalidade, ainda não existe suficiente material específico para a configuração da obrigação de composição dos danos morais. Daí porque, provisoriamente, podemos utilizar por analogia, como fonte subsidiária, no que não conflitar com as peculiaridades típicas dos danos morais, as regras tradicionais da responsabilidade.

No caso de violação a direito da personalidade perpetrado por ocasião de um contrato de consumo, o agente deve compor o dano moral produzido independentemente da existência de culpa, o mesmo valendo para o contrato de transporte rodoviário. Já no caso de um acidente de trânsito, deve-se perquirir a culpa dos condutores para a caracterização da sua responsabilidade.

Progressivamente, à medida em que a teoria geral vai ganhando forma e a doutrina e jurisprudência desenvolvendo os elementos específicos da proteção dos direitos não econômicos, pode-se reduzir o

²⁰ BITTAR, Carlos Alberto. Ob. cit., p. 130.

uso das regras da responsabilidade civil, deixando assim mais clara a autonomia desse tipo de responsabilidade jurídica.

10ª Proposição: A vinculação dos danos morais à teoria dos direitos da personalidade não obsta o deferimento da sua composição quando o prejudicado for pessoa jurídica. Hoje admite-se na doutrina que a pessoa jurídica pode ser titular de direitos da personalidade, evidentemente, desde que compatíveis com a sua natureza (não se falará, por exemplo, em direito à integridade física, à vida, ao corpo, etc.). O Professor CARLOS ALBERTO BITTAR²¹ ensina:

“Por fim, são eles (os direitos da personalidade) plenamente compatíveis com as pessoas jurídicas, pois, como entes dotados de personalidade pelo ordenamento positivo (C. Civil, arts. 13, 18 e 20), fazem jus ao reconhecimento de atributos intrínsecos à sua essencialidade, como, por exemplo, os direitos ao nome, à marca, aos símbolos, à honra.”

Evidentemente, a violação dos direitos da personalidade da pessoa jurídica, assim como na pessoa natural, gera a obrigação da composição dos danos morais decorrentes. É bem verdade, os direitos da personalidade da pessoa jurídica lhe são outorgados muito mais em face das pessoas naturais que as compõe, do que por elas próprias, já que, afinal, a pessoa jurídica não pode sentir dor, nem física

²¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. São Paulo: Editora Forense Universitária. 2ª Ed., 1.995, p. 13.

nem psíquica. Isso não significa, entretanto, que os legitimados ativos para a propositura da ação de composição sejam os sócios da sociedade, e nem mesmo que não se possa deferir a composição de danos morais à pessoa jurídica. Quando as pessoas se reúnem sob a estrutura da personalidade jurídica para desenvolver uma atividade qualquer, o resultado do trabalho (sob o ponto de vista extra patrimonial) é único, indivisível, não pertence aos sócios individualmente mas ao grupo, à pessoa jurídica, portanto. Por esse motivo, a violação ao direito à honra da pessoa jurídica afeta ao grupo como um todo, e não individualmente a cada sócio, motivo pelo qual a legitimada ativa tem mesmo que ser, apenas, a pessoa jurídica.

11ª Proposição: Os danos morais tem pontos de contato tanto com o enriquecimento sem causa como com o abuso de direito.

Já tivemos oportunidade de verificar que, quando ocorre a violação de direito da personalidade com conteúdo patrimonial, a sanção jurídica não se dá na esfera dos danos morais, mas do enriquecimento sem causa. É o caso, por exemplo do disposto no artigo 122, parágrafo único, da Lei 5.988/73, que determina, para o caso de reprodução fraudulenta de obra literária, científica ou artística, não conhecendo-se o número de exemplares da edição fraudulenta, que o ofensor pagará o valor de 2.000 exemplares, além dos apreendidos.

Em relação ao abuso de direito, há coincidência no caso de protesto indevido de títulos, abalo de crédito, e também o problema do rompimento de relações amorosas. Em todos esses casos há, por parte do ofensor, abuso de direito e, por parte do ofendido, violação ao direito à honra.

12ª Proposição: A composição dos danos morais tem como primordiais, já o dissemos, as funções pedagógica e punitiva, e como secundária, a função de agraciação da vítima.

Isso por si só já basta para concluir que a composição do dano moral se faz principalmente em face do interesse público no resguardo e pleno respeito aos direitos da personalidade de todas as pessoas, muito mais que em face do interesse privado daquele que teve seu direito violado.

Significa também que, se a composição do dano moral vier a contrariar, em casos específicos, o interesse público, ela perde a sua razão de ser, e não pode ser deferida. Referimo-nos especificamente à questão da chamada “denúncia infundada de crime”. Ela ocorre quando alguém informa a autoridade policial a prática do crime, e da suspeita de que determinada pessoa seria a sua autora. A investigação criminal pode resultar na denúncia criminal contra o indiciado, que vem posteriormente a ser absolvido no processo judicial. A mesma regra vale para os casos de investigação disciplinar ou administrativa, que concluam pela inocência do indiciado.

É do interesse público a mais rigorosa investigação de qualquer ilícito, a respeito da sua materialidade e da sua autoria. É também do interesse público a colaboração de todas as pessoas na investigação, dizendo o que viram ou o que pensaram ter visto, para que o investigador possa conhecer a verdade e aplicar as sanções cabíveis.

Daí porque podemos afirmar que há violação do direito à honra e à intimidade do inocente que for investigado por órgão público sob a suspeita de conduta irregular. Mas, apesar disso, dado o interesse da Sociedade na investigação, o dano moral não será composto, a menos que o ofendido prove (o ônus da prova é dele próprio) que quem

lhe imputou falsamente a prática do crime sabida da sua inocência e ainda assim omitiu esse fato da autoridade pública.

13ª Proposição: as violações aos direitos à vida e ao cadáver não podem sofrer composição em face do caráter personalíssimo desses direitos. Só o titular do direito violado pode pleitear a composição, e como nestes casos eles já não existem, não há como requerê-lo. Devemos observar que o exemplo tantas vezes mencionado neste trabalho da morte de filho menor, embora possa provocar confusões, não há composição pela morte em si, mas pela violação à intimidade e ao sossego do pai, gravemente atingidos pelo fato. Neste caso, portanto, o pai pede a composição por um dano que ele vem pessoalmente sofrendo, e não pelo que seu filho teria sofrido, já que ele não teria legitimidade para tanto.

14ª Proposição: A violação ao direito à intimidade é, de longe, a que mais discussões pode provocar. Encontram-se nessa hipótese desde os casos de morte de pessoa querida, de animais de estimação ou destruição de objetos de valor afetivo, rompimento de relações amorosas, até mesmo o inadimplemento, relativo (mora) ou absoluto, de obrigações contratuais (suponhamos a situação do casal de noivos que, ao preparar-se para embarcar para a tão planejada lua de mel, descubre que o agente de viagens lhes vendeu um pacote turístico que não existia).

Cabe à doutrina e principalmente à jurisprudência resolver duas questões controvertidas a respeito dessa violação. A primeira é estabelecer até que ponto a violação da intimidade pode gerar direito à composição do dano moral. Será, por exemplo, que o rompimento do namoro ou do noivado gera o direito à composição? Será que qualquer

inadimplemento contratual pode gerar direito à composição pela violação da intimidade e sossego, ou somente os mais graves? Esses casos estão diretamente ligados ao abuso de direito (abuso de direito por parte de quem ofende, dano moral por parte do ofendido).

A segunda questão refere-se ao número de prejudicados e que poderiam ter acesso à composição. No caso de morte de pessoa querida, por exemplo, quem receberia: os familiares mais próximos, a namorada, os amigos da vítima, os colegas de trabalho? Atualmente, a jurisprudência tem posicionado-se no sentido de restringir apenas ao núcleo familiar básico, ou seja, às pessoas que viviam com a vítima. De qualquer forma, independentemente do número de legitimados ativos, o valor da composição será rateado em tantas partes quantos prejudicados se entender existir, porque, conforme vimos, o que interessa para a fixação do *quantum debeat* da composição é apenas a situação econômica do lesante, não dos lesados.

São estas as quatorze proposições a respeito do tema proposto, que hão de ser julgadas pela doutrina. Outras proposições certamente ainda surgirão de diversos outros autores, pois o interesse comum é o de oferecer aos operadores do Direito instrumentos eficazes para a realização da sua atividade profissional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil é um conjunto de normas jurídicas destinadas a sancionar a conduta ofensiva a um direito de conteúdo econômico. Seu objetivo primordial, que se confunde com sua função ressarcitória, é trazer o patrimônio lesado à condição equivalente àquela na qual se encontrava (ou na qual deveria encontrar-se) se o fato não tivesse ocorrido. Para tanto, a responsabilidade civil vale-se da restituição do próprio bem jurídico subtraído ou, na sua impossibilidade, do seu equivalente em dinheiro.

O dano moral, ou seja, a dor, física ou psíquica resultante da violação de um direito da personalidade, uma vez perpetrado, não pode ser ressarcido como na responsabilidade civil. Ele não ataca o patrimônio da pessoa lesada, mas a sua personalidade, motivo pelo qual não pode haver reparação, como ocorre com os danos de conteúdo econômico. Paradoxal o fato de que justamente o dano mais sério, aquele que atinge a pessoa na sua essência, não possa ser ressarcido, enquanto aqueles que maculam apenas o patrimônio são inteiramente recuperados sem maiores dificuldades.

Daí porque a composição do dano moral não pode funcionar de acordo com as regras da responsabilidade civil. O Direito moderno tem uma preocupação muito grande com a proteção da pessoa humana, a ponto de reconhecer-lhe direitos inatos e inalienáveis, decorrentes da sua dignidade maior. Essa preocupação não existia durante o século XIX, época de apogeu das grandes codificações, do patrimonialismo e do individualismo como marcas do chamado direito privado, onde vigorava a supremacia da autonomia privada. Época em que se desenvolveu a responsabilidade civil enquanto o conjunto de regras que conhecemos hoje.

A composição dos danos morais, em relação à responsabilidade civil, pertence a uma outra realidade histórica e protege interesses de natureza diversa. Não é que a responsabilidade civil esteja ultrapassada ou obsoleta, já que os interesses materiais precisam ser também protegidos. Mas existe um novo Direito, com novas prioridades, outros direitos a tutelar, e conseqüentemente há necessidade de regras próprias capazes de solucionar os novos conflitos, ao invés de simplesmente tentar adaptar regras existentes, mas que foram desenvolvidas para finalidade muito diversa.

Os danos morais são o produto da violação de um direito sem conteúdo patrimonial, os direitos da personalidade. A violação aos direitos da personalidade que excepcionalmente tiverem o caráter patrimonial, tais como o direito do autor e o direito à imagem, não são sancionados pelo dano moral, mas pelo enriquecimento sem causa. Assim, os danos morais são sempre produto da violação de um direito da personalidade, mas a recíproca não é verdadeira. Da violação de um direito da personalidade pode nascer também o dever de restituição do enriquecimento sem causa. E pode ainda nascer uma punição de natureza criminal, ou de natureza administrativa. Por isso, o correto é dizer que as regras relativas à composição dos danos morais são uma das formas de sanção da conduta consistente na violação de um direito da personalidade.

O desenvolvimento de uma teoria que explique os direitos da personalidade, justifique sua existência, realize o seu elenco, e imponha sanções à sua violação, não é apenas possível como necessário.

Apenas a partir desta teoria, afastando-se a incidência das regras da responsabilidade civil, é que poderemos verificar que o dano moral não é ressarcido nem compensado, mas apenas composto. E, em consequência desse fato, que o valor pago pelo ofensor à vítima não é indenização, mas uma mera agraciação e, principalmente, uma punição civil que lhe é imputada pela Sociedade.

Além dessas vantagens, a teoria certamente demonstraria a supremacia do critério abstrato de fixação do *quantum* em relação ao critério concreto, justamente porque é nele que existe a possibilidade de modulação da pena de acordo com o grau de culpa. Uma das maiores críticas que se faz à responsabilidade civil é justamente o fato de que o montante da indenização não ser afetado pelo grau de culpa do

agente. Pois isso é perfeitamente possível na composição do dano moral, pelo seu caráter punitivo, desde que utilizado o critério abstrato.

Os desdobramentos dessa idéia podem, acreditamos, colaborar para a solução das dificuldades enfrentadas pelos juízes quando da condenação à composição do dano moral. Tanto no que diz respeito à extensão do dano, como à fixação do seu *quantum debeat*, os parâmetros começam a se consolidar a partir da correta compreensão da natureza do fenômeno.

A doutrina, devemos reconhecer, no que se refere aos danos morais, não foi feliz no cumprimento da sua tarefa primeira que é a de instrumentalizar os operadores do Direito para que possam trabalhar com segurança as questões às quais são submetidos no dia a dia.

Acreditamos que a construção da teoria geral a respeito dos direitos sem conteúdo patrimonial seja o caminho para a solução dos problemas, e o presente trabalho é uma tentativa de colaboração no sentido de demonstrar a viabilidade dessa construção acadêmica e da proposição de algumas linhas que a teoria poderia seguir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS¹

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. Rio de Janeiro: Editora Livraria Francisco Alves. 1.917, Volume IV.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1.993, 239 páginas.

Os Direitos da Personalidade. São Paulo: Editora Forense Universitária. 2ª Edição, 1.995, 140 páginas.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus. 1.990, 216 páginas.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros. 5ª edição, 1.994, 529 páginas.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Editora Malheiros. 2ª Edição, 1.995, 674 páginas.

CASILLO, João. **Dano à Pessoa e sua Indenização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2ª Edição, 1.994, 517 páginas.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil, Volumes 1 e 2**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 9ª Edição, 1.994, 857 páginas.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil, 7º Volume**. São Paulo: Editora Saraiva. 7ª Edição, 1.993, 450 páginas.

¹ Inclui somente a bibliografia citada no trabalho.

- FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de Direito Civil, Vol. 1.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2ª edição, 1.971, 341 páginas.
- GOMES, Orlando. **Obrigações.** Rio de Janeiro: Editora Forense. 7ª Edição, 1.984, 387 páginas.
-
- _____. **Introdução ao Direito Civil.** Rio de Janeiro: Editora Forense. 9ª Edição, 1.987, 442 páginas.
- JESUS, Damásio E. de. **Código de Processo Penal Anotado.** São Paulo: Editora Saraiva. 11ª Edição, 1.994, 778 páginas.
- KELSEN, Hans. Tradução de João Baptista Machado. **Teoria Pura do Direito.** Coimbra: Armênio Amado Editor. 4ª Edição, 1.979, 473 páginas.
- LIMA, Alvino. **Culpa e Risco.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2ª Edição, 1.963, 351 páginas.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo: Editora Malheiros. 18ª Edição, 1.993, São Paulo, 670 páginas.
- MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal, Parte Geral Volume 1.** São Paulo: Editora Atlas. 3ª Edição, 1.988, 403 páginas.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Tomo VII.** Rio de Janeiro: Editor Borsoi. 3ª Ed., 1.971, 441 páginas.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil, Parte Geral, Vol. 1.** São Paulo: Editora Saraiva. 29ª Edição, 1.990, 323 páginas.
-
- _____. **Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações, 1ª Parte, Vol. 4.** São Paulo: Editora Saraiva. 24ª Edição, 1.990, 350 páginas.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil.** Rio de Janeiro: Editora Forense. 5ª Edição, 1.994, 340 páginas.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, Parte Geral, Volume 1.** São Paulo: Editora Saraiva. 19ª edição, 1.988, 370 páginas.

_____. **Direito Civil, Parte Geral das Obrigações, Volume 2.** São Paulo: Editora Saraiva. 17ª edição, 1.987, 352 páginas.

_____. **Direito Civil, Responsabilidade Civil, Volume 4.** São Paulo: Editora Saraiva. 13ª edição, 1.993, 287 páginas.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico, Volume I.** Rio de Janeiro: Forense.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Editora Malheiros. 10ª Edição, 1.994, 790 páginas.

SILVA, Wilson Melo da. **O Dano Moral e sua Reparação.** São Paulo: Editora Forense. 2ª Edição, 1.969, 527 páginas.

STA. MARIA, José Serpa de. **Direitos da Personalidade e a Sistemática Civil Geral.** Campinas: Julex Editora, 1.987, 361 páginas.

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1.994, 667 páginas.