



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
DE JUIZ DE FORA**

ALEXANDRE BERNINI DO VALE

**A RESPONSABILIDADE CIVIL SOBRE O DANO
MORAL**

JUIZ DE FORA

2013



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE JUIZ DE FORA

ALEXANDRE BERNINI DO VALE

A RESPONSABILIDADE CIVIL SOBRE O DANO MORAL

Monografia apresentada ao corpo docente do Curso Bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de Juiz de Fora da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC como requisito parcial para conclusão do curso, para a obtenção do Título Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Me. - Maria Amélia da Costa

**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
DE JUIZ DE FORA**

VALE, Alexandre Bernini do

Responsabilidade civil do Dano moral: um estudo através de método indutivo, com respaldo na Legislação, Doutrina e Jurisprudência. Monografia de Graduação no curso de Bacharel em Direito, apresentada na Universidade Presidente Antonio Carlos – UNIPAC, 1. semestre de 2013. 42 p.

BANCA EXAMINADORA

Maria Amélia da Costa

Prof^ª. Me. - Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Luciana Maciel Braga

Prof^ª. Me. - Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Alexandre Bonoto

Prof. - Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Juiz de fora, _____ de _____ de 2013

FOLHA DE APROVAÇÃO

Alexandre Ademir do Vale

Aluno

A Responsabilidade Civil sobre o Danos Morais

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

[Assinatura]

[Assinatura]

[Assinatura]

Aprovada em 19/02/2013.

Dedico este trabalho a todos os Bacharéis em Direito, que de livre vontade escolheram essa ciência para ser o principal instrumento transformador de suas vidas e de toda sociedade, em prol de uma coexistência harmoniosa e pacífica.

“A coisa mais indispensável a um homem é reconhecer o uso que deve fazer do seu próprio conhecimento.”

(Platão)

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me proporcionar mais essa conquista;

A minha família, pelo apoio sempre irrestrito em todos os momentos de dificuldade pelos quais passamos;

Aos meus professores e coordenadores, que me ensinaram muito mais do que simples leis, ensinaram lições de cidadania, humanidade e civilidade e souberam com ilibada conduta e sabedoria me conduzir à conclusão de mais uma etapa da minha vida.

RESUMO

Este estudo bibliográfico pretende mostrar como a responsabilidade civil pode incidir sobre um ato ilícito praticado por alguém a outrem. No mesmo estudo serão feitas indagação acerca da possibilidade do pedido de danos morais pela pessoa jurídica, abordando, mediante pesquisa doutrinária e jurisprudencial, desmistificando a ideia segundo a qual apenas a pessoa física estaria sujeita ao dano moral, isto porque somente ela seria dotada de psiquismo e sentimentos interiores. Ao longo deste estudo será mostrado que o dano é toda lesão a um bem juridicamente protegido, causando prejuízo de ordem patrimonial ou extra-patrimonial. Sem que tenha ocorrido dano a alguém, não há que se cogitar em responsabilidade civil. Ao contrário do que ocorre na esfera penal, aqui o dano sempre será elemento essencial na configuração da responsabilidade civil; não há responsabilidade civil por ‘tentativa’, ainda que a conduta tenha sido dolosa.

Palavras-chave: Dano Moral, Responsabilidade Civil, Código Civil

ABSTRACT

This bibliographical study aims to show how civil liability may be imposed on a tort committed by someone to someone else. In the same study will be made inquiry about the possibility of the request for damages by the legal entity, addressing, through research and jurisprudential doctrine, debunking the idea that only the individual would be subject to moral damages, because only that it would be endowed with psychic and inner feelings. Throughout this study will show that all the damage is injury to a legally protected right, causing prejudice to order or off balance sheet. No damage has occurred to someone, we should not contemplate liability. Contrary to what occurs in criminal cases, the damage here will always be an essential element in the configuration of liability, there is liability for 'trial', even if the conduct has been willful.

Key words: Moral Damage, Civil Liability, Civil Code

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 9 |
| 1. BREVE HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL | 10 |
| 2. POSICIONAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA TEORIA DO DIREITO | 15 |
| 2.1 Duplo Aspecto da Ilicitude | 17 |
| 2.2 Ato Ilícito em Sentido Estrito e Amplo | 18 |
| 2.3 Função da Responsabilidade Civil | 20 |
| 2.4 Espécies de Responsabilidade | 21 |
| 2.5 Responsabilidade Subjetiva e Objetiva..... | 22 |
| 3. O DANO E A RESPONSABILIDADE CIVIL | 24 |
| 3.1 Dano Moral..... | 25 |
| 3.2 Inexistência de Dano Moral Por Fato Praticado Por Irregularidade no Exercício do Direito | 30 |
| 3.3 Prova do Dano Moral | 31 |
| 3.4 Cláusula de Não Indenizar | 34 |
| 3.5 Dano Moral a Pessoa Jurídica | 35 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 39 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 41 |

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é um meio dentro do ordenamento jurídico, que as pessoas têm de garantir a sua proteção no âmbito moral, objetivo deste estudo, embora o dano material também seja abarcado pelo mesmo instituto. Sendo assim, as obrigações de responsabilidade civil têm essencialmente, mas não exclusivamente, uma finalidade estática, de proteção da esfera jurídica de cada pessoa, através da reparação dos danos por outrem causados, tutelando um interesse do credor que se pode chamar de expectativa na preservação da situação atual.

Para atender os anseios da população, que busca neste instituto a garantia de seus direitos e de preservar a sua integridade, a responsabilidade civil, a cada dia, abarca mais interesses diversos. Todavia, para cada um desses interesses que são tutelados, uma *ratio* diferente está a sustentar a indenização civil. Em função dessa ampliação, o que surgido de mais novo no direito moderno são justamente aqueles deveres de conduta, tais como a boa-fé objetiva, os deveres de probidade, e tantos outros deles decorrentes que nada mais objetivam senão a plena convivência em sociedade e administração dos conflitos da vida de relação.

Contudo, é a própria mudança dos conflitos que nos demanda novos remédios jurídicos, e os novos interesses demandam novas tutelas. A responsabilidade civil tem atingido este objetivo de oferecer remédios a conflitos que antes não se imaginavam indenizáveis. Até que chega um momento em que, para não desconfigurar este instituto, ele precisa se amoldar às novas demandas, que no caso em questão, nada mais seria do que uma função sancionatória além daquela reparatória originariamente evidente na responsabilidade civil.

Para falar do assunto com maior clareza, faz-se necessário dividi-lo em capítulos e subcapítulos. Desta forma, no primeiro capítulo será feita algumas considerações sobre o histórico da responsabilidade civil à luz do Direito brasileiro. No segundo capítulo serão elencadas algumas considerações sobre o posicionamento da responsabilidade civil no Direito brasileiro; a especificação de ato ilícito, o que gera a responsabilidade civil; o duplo aspecto da ilicitude; a função da responsabilidade civil, dentro do Direito Civil e suas espécies. Por fim, o que caracteriza o dano moral e suas definições dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Estas são algumas considerações que serão feitas sobre a responsabilidade civil no que diz respeito ao dano moral causado à pessoa física ou jurídica, bem como o respaldo que o Direito e a Constituição Brasileira investem a este instituto.

1. BREVE HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O principal objetivo da ordem jurídica, afirmou o grande San Tiago Dantas, é proteger o lícito e reprimir o ilícito. Vale dizer: ao mesmo tempo em que ela se empenha em tutelar a atividade do homem que se comporta de acordo com o Direito, reprime a conduta daquele que contraria (Programa de Direito Civil, vol.1 p. 341, Rio de Janeiro)

Para atingir esse desiderato, a ordem jurídica estabelece deveres que, conforme a natureza do direito a que correspondem, podem ser positivos, de dar ou fazer, como negativos, de não fazer ou tolerar alguma coisa. Fala-se, até, em um dever geral de não prejudicar a ninguém, expresso pelo Direito Romano através da máxima *neminem laedere*.

Alguns desses deveres atingem a todos indistintivamente, como no caso dos direitos absolutos; outros, nos direitos relativos, atingem a pessoa ou pessoas determinadas.

Entende-se, assim, por dever jurídico a conduta extrema de uma pessoa posta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social. Não se trata de simples conselho, advertência ou recomendação, mas de uma ordem ou comando dirigido à inteligência e à vontade dos indivíduos, de sorte que impor deveres jurídicos importa criar obrigações.

Sendo assim, a violação de um direito jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo. A título de exemplo, lembramos que todos têm o dever de respeitar a integridade física do ser humano. Tem-se aí, um dever jurídico originário, correspondente a um direito absoluto. Para aquele que descumprir esse dever surgirá outro dever jurídico: o da reparação do dano.

É aqui que entra a noção de responsabilidade civil. Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida.

Embora não seja comum, é importante distinguir a obrigação da responsabilidade. Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo consequente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação, violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não-cumprimento da obrigação. Em síntese, em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto que na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo. Deste modo, a responsabilidade é à sombra da obrigação. Assim como não há sombra sem corpo físico, também não há responsabilidade sem a correspondente obrigação. Sempre que quisermos saber quem é o responsável teremos que identificar àquele a quem a lei imputou a obrigação, porque ninguém é responsabilizado por nada sem ter violado dever jurídico preexistente.

O Código Civil faz essa distinção entre obrigação e responsabilidade no seu art. 389. “Não cumprida à obrigação (obrigação originária), responde o devedor por perdas e danos (...)” – obrigação sucessiva, ou seja, a responsabilidade. Esse dispositivo é aplicável tanto à responsabilidade contratual como a extracontratual, conforme se depreende desta primorosa lição de Aguiar Dias:

Se o contrato é uma fonte de obrigações, a sua inexecução também o é. Quando ocorre a inexecução, não é a obrigação contratual que movimenta o mundo da responsabilidade. O que se estabelece é uma obrigação nova, que substitui à obrigação preexistente no todo ou em parte: a obrigação de reparar o prejuízo consequente à inexecução da obrigação assumida. Essa verdade se afirmará com mais vigor se observar que a primeira obrigação (contratual) tem origem na vontade comum das partes, ao passo que a obrigação que a substitui por efeito de inexecução, isto é, a obrigação de reparar o prejuízo, advém, muito ao contrário, contra a vontade do devedor: esse não quis a obrigação nova, estabelecida com a inexecução da obrigação que contratualmente consentira. Em suma: a obrigação nascida do contrato é diferente da que nasce de sua inexecução. Assim sendo, a responsabilidade contratual é também fonte de obrigações, como a responsabilidade delitual. Nos dois casos, tem lugar uma obrigação; em ambos, essa obrigação produz efeito. (AGUIAR, 1980, p.57).

O Código Civil, no título que figura em cima do seu art. 927 (Parte Especial, Livro I, Título IX), categoriza o dever de indenizar como uma obrigação. Vale dizer, entre as modalidades de obrigações existentes (dar, fazer, não fazer), o Código incluiu mais uma – a obrigação de indenizar.

Sempre se diz que o ato ilícito é uma das fontes de obrigação, mas nunca a lei indicou qual seria essa obrigação. Agora o Código diz – aquele que comete ato ilícito fica obrigado a indenizar. A responsabilidade civil opera a partir do ato ilícito, com o nascimento

da obrigação de indenizar, que tem por finalidade tornar *indemne* o lesado, colocar a vítima na situação em que estaria sem a ocorrência do fato danoso.

As obrigações podem repartir-se em voluntárias e legais. As primeiras são aquelas criadas por negócios jurídicos, trata-se de contratos ou não, em função do princípio da autonomia da vontade. Obrigações, em suma, que existem porque as partes quiseram que elas existissem e que têm justamente o conteúdo que lhes quiseram imprimir. As segundas são as obrigações impostas pela lei, dados certos pressupostos; existem porque a lei lhes dá vida e com o conteúdo por ela definido. A vontade das partes só intervém como condicionadora, e não como modeladora dos efeitos jurídicos estatuídos na lei que determina quando a obrigação surge e a precisa conformação que ela reveste.

Não se trata, portanto, de obrigação desejada e perseguida pelo agente, mas, como bem coloca o insigne Humberto Theodoro Junior:

“De uma obrigação-sanção que a lei lhe impõe como resultado necessário do comportamento infringente de seus preceitos. Ao contrário do ato jurídico lícito, em que o efeito alcançado, para o Direito, é o mesmo procurado pelo agente, no ato jurídico ilícito o resultado é o surgimento de uma obrigação que independe da vontade do agente e que, até, pode, como de regra acontece, atuar contra a sua intenção”. (THEODORO JUNIOR, 2003.p.75)

Outra característica da obrigação de indenizar é a sucessividade, pois, como já ressaltado, sempre decorre da violação de uma obrigação anterior, estabelecida na lei, no contrato ou na própria ordem jurídica.

Alguns autores sustentam que, excepcionalmente, haverá responsabilidade sem obrigação, como no caso da fiança e outras situações. Entretanto, a questão é de enfoque, pois, como veremos, além da responsabilidade direta, pessoal, por fato próprio, há também a responsabilidade indireta, pelo fato de outrem. Na primeira – responsabilidade direta – o agente responde pelo descumprimento de obrigação pessoal; na segunda – responsabilidade indireta – o responsável responde pelo descumprimento de obrigação de outrem, de sorte que a responsabilidade, mesmo neste caso, corresponde ao descumprimento de uma obrigação. É o que ocorre com o fiador que responde pelo inadimplemento do afiançado em relação à obrigação originária por ele assumida.

A responsabilidade pode ser da mesma natureza do dever jurídico originário, acrescido de outros elementos (quando este é de dar alguma coisa), ou de natureza diferente (quando a prestação é de fazer e a responsabilidade tem que implicar indenização em, dinheiro). O credor, que não recebeu o pagamento na data oportuna, poderá exigir não só a

prestação devida (o principal), como também os juros, correção monetária e a cláusula penal eventualmente prevista. Mas se o pintor que se obrigou a fazer determinado quadro recusar-se a fazê-lo, o credor dele poderá exigir apenas o ressarcimento dos prejuízos decorrentes do inadimplemento. A responsabilidade passa, aqui, a substituir a prestação originária. O devedor será o mesmo, mas, ao invés do dever que anteriormente estava adstrito – o quadro – passa a dever uma nova coisa: a composição do prejuízo – *o id quod interest*.

A luz do exposto é possível assentar duas premissas que servirão de suporte doutrinário. Primeira: não há responsabilidade, em qualquer modalidade, sem violação de dever jurídico preexistente, uma vez que responsabilidade pressupõe o descumprimento de uma obrigação. Segundo: para se identificar o responsável é necessário precisar o dever jurídico violado e quem o descumpriu.

É importante ressaltar que o dever jurídico originário nem sempre estará formulado com a mesma precisão em todas as obrigações. O comportamento devido é mais bem definido numas que noutras. Assim, por exemplo, enquanto que a obrigação originária do vendedor está perfeitamente delimitada – entregar a coisa vendida – a obrigação do depositário – guardar a coisa depositada – apresenta conteúdo menos definido, pois não se indicam os atos que terá de realizar, cabendo-lhe descobrir qual deve ser o comportamento devido em função da própria finalidade a atingir, que é a da conservação e restituição da coisa. Os atos que o depositário terá que praticar será diferente dependendo da coisa que tem sob sua guarda – se uma jóia ou um automóvel, se um bem fungível ou não como pode ser diversa a natureza do depósito. O dever (originário) do motorista de conduzir com cuidado e diligência – tem conteúdo extremamente variável, cabendo-lhe encontrar, momento a momento, o comportamento a adotar.

Em síntese, nas obrigações de conteúdo determinado a identificação do dever originário faz-se com facilidade, em face da própria lei ou negócio jurídico, que são sua fonte. Nas obrigações de conteúdo indefinido, entretanto, em que apenas se aponta para um fim, sem indicação das condutas adequadas para atingir, teremos que descobrir em cada caso os atos que o obrigado deverá realizar para poder cumprir a obrigação originária. Vale dizer: o sujeito tem de integrar a norma, porque esta lhe confia à determinação dos atos que hão de constituir a conduta devida.

As causas jurídicas que podem gerar a obrigação de indenizar são múltiplas. As mais importantes são as seguintes: ato ilícito, isto é, lesão antijurídica e culposa dos comandos que devem ser observados por todos; ilícito contratual, consistente no descumprimento de obrigação assumida pela vontade das partes; violação de deveres especiais de segurança,

incolumidade ou garantia impostos pela lei àqueles que exercem atividades de risco ou utilizam coisas perigosas; obrigação contratualmente assumida de reparar dano, como nos contratos de seguro e de fiança; violação de deveres especiais impostos pela lei àquele que se encontra numa determinada relação jurídica com outra pessoa (casos de responsabilidade indireta), como os pais em relação aos filhos menores, tutores e curadores em relação aos pupilos e curatelados; ato que, embora lícito, enseja obrigação de indenizar nos termos estabelecidos na própria lei (ato praticado em estado de necessidade).

2. POSICIONAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA TEORIA DO DIREITO

O direito estuda os fenômenos jurídicos, em seus traços formais, no empenho de criar, no plano da abstração, um sistema de princípios hierarquizados, classificados e de relevante valor lógico. Constituindo a responsabilidade um fenômeno jurídico, torna-se relevante situá-lo no arquétipo da ordem jurídica.

Para chegarmos ao exato lugar onde se situa a responsabilidade no plano geral do Direito temos que partir da noção de fato jurídica. O fato jurídico é, pois, um acontecimento capaz de produzir consequências jurídicas, como o nascimento, a extinção e a alteração de um direito subjetivo.

Inúmeros fatos sociais não têm repercussão no mundo jurídico, razão pela qual deles não se ocupa o Direito. Tome-se como exemplo o fato de alguém caminhar por uma rua ou passear por uma praça. Mas, se nessa praça houver placas proibindo pisar na grama e essa pessoa desrespeitar a proibição, já teremos, aí, um fato jurídico, porquanto o Direito lhe atribui consequências jurídicas.

Os fatos jurídicos voluntários, por sua vez, dividem-se em ilícitos e lícitos. Lícito é o fato praticado em harmonia com a lei; ilícito, o contrário sensu, é o fato que afronta o Direito, o fato violador do dever imposto pela norma jurídica.

De todos igualmente conhecida à divisão dos atos lícitos em ato jurídico e negócio jurídico. O atual Código, ao contrário do anterior, consagrou essa distinção nos seus artigos 128, 104 e seguintes.

O ato jurídico caracteriza-se pelo fato de ter seus efeitos predeterminados pela lei. É certo que depende do querer do homem praticá-lo ou não; vincula-se, neste aspecto, à vontade humana. Mas, ao fazê-lo, objetiva alcançar determinados efeitos jurídicos, isto é, aqueles já estabelecidos no ordenamento jurídico. Bons exemplos de atos jurídicos são o reconhecimento de paternidade e a adoção. A pessoa que adota ou que reconhece um filho limita-se a manifestar sua vontade, com obediência às formalidades legais exigidas. Nada estabelece quanto às consequências de sua manifestação de vontade, pois isso já está predeterminado pela lei.

O negócio jurídico também depende do querer humano, mas os efeitos a serem por ele produzidos serão aqueles eleitos por quem o pratica. A bilateralidade, portanto, não é requisito básico do negócio jurídico, como numa visão superficial possa parecer. O que o caracteriza é o fato de ter seus efeitos eleitos por quem o praticou. O testamento, por exemplo,

é um ato unilateral e consiste em negócio jurídico, uma vez que seu conteúdo é determinado pela vontade do testador.

E finalmente o ato ilícito, conceito de maior relevância para o tema em questão, já que é o maior gerador de responsabilidade civil. Trata-se de uma conquista do Direito moderno, devida a obra monumental dos pandectistas alemães no século XIX, que criaram a parte geral do Direito Cível e, por conseguinte, deram-nos fundamentos científicos de toda a teoria da responsabilidade hoje estudada. O Código Civil Alemão foi o primeiro a abandonar tradicional classificação romanista de delito e quase-delito e, no lugar dessa dicotomia, nasceu um conceito único, o conceito de ato ilícito.

Mas o que se entende por ato ilícito? Todos os autores reconhecem trata-se de um conceito complexo e controvertido, como assinala Caio Mário:

Que a construção dogmática do ato ilícito sofreu tormentas nas mãos dos escritores dos séculos XVIII e XIX e não melhorou muito nas dos contemporâneos nossos; antes tem sido de tal modo intrincada que levou De Page a tachar de completa anarquia o que se passa no terreno da responsabilidade civil, tanto sob o aspecto legislativo quanto doutrinário, como, ainda, jurisprudencial. No entender do insigne mestre a doutrina não poderá aclarar devidamente a teoria do ato ilícito enquanto se preocupar com a diversificação das noções de dolo e culpa, culpa grave, leve e levíssima, e outras diferenciações sem utilidade prática. Embora sustente que o caráter antijurídico da conduta e o seu resultado danoso constituem o perfil do ato ilícito - violação de uma obrigação preexistente -, reconhece o notável civilista que a noção de culpa está presente na composição do esquema legal do ato ilícito. Adverte, entretanto, que a palavra "culpa" traz aqui um sentido amplo, abrangente de toda espécie de comportamento contrário ao Direito, seja intencional ou não, porém imputável por qualquer razão ao causador do dano (PEREIRA, S/D, p. 454 – 455).

Por sua vez, Antunes Varela faz perfeita colocação desta questão, ao dizer:

O elemento básico da responsabilidade é o fato do agente - um fato dominável ou controlável pela vontade, um comportamento ou uma forma de conduta humana - pois só quanto a fatos dessa índole tem cabimento à ideia da ilicitude, o requisito da culpa e a obrigação de reparar o dano nos termos em que a lei impõe (VARELA, p.534, Almedina).

Todas as definições dadas ao ato ilícito, sobretudo entre os clássicos, seguem essa mesma linha - íntima ligação entre o seu conceito e o de culpa. Tal critério, entre tanto, cria enorme dificuldade em sede de responsabilidade objetiva, na qual não se cogita de culpa.

Com efeito, se a culpa é elemento integrante do ato ilícito, então, onde não houver culpa também não haverá ilícito. Nesse caso, qual seria o fato gerador da responsabilidade objetiva? Em face dessa dificuldade, Colin e Capitant, citados por Alvino Lima, afirma configurar uma tautologia dizer ser a culpa um ato ilícito (Culpa e risco, 2ª ed., Ed. RT, p. 53).

Há também os que sustentam que a obrigação de reparar sem culpa não é caso de responsabilidade, e sim de uma simples garantia - o que, data vênua, se me afigura navegar de costas para o futuro, remando contra a maré. Estando universalmente reconhecida e consagrada a responsabilidade objetiva, cujos domínios cada vez mais se expandem, não há mais espaço para se contestar a existência de responsabilidade nos casos de indenização sem culpa.

Orlando Gomes, por sua vez, entende que quando a responsabilidade é determinada sem culpa o ato não pode, a rigor, ser considerado ilícito (Introdução ao Direito, 11ª ed., Forense, p. 447). Nessa linha de entendimento, outros autores sustentam que, em última análise, a diferença essencial entre os sistemas da responsabilidade subjetiva e objetiva reside na *ilicitude* ou *licitude* da conduta do agente. A responsabilidade subjetiva sempre estaria relacionada a um *ilícito*, ao passo que a responsabilidade objetiva estaria ligada a um comportamento *lícito*.

Tal como o anterior, este entendimento está também na contramão da História. Não há que se falar em *ato lícito* em todos os casos de responsabilidade objetiva - do transportador, do Estado, do fornecedor etc. - há sempre a violação de um dever jurídico preexistente, o que configura a ilicitude. Ora será o dever de incolumidade, ora o dever de segurança - mas, como veremos, haverá sempre o descumprimento de uma obrigação; ao originá-lo. Ademais, os casos de indenização por ato lícito são excepcionalíssimos, só tendo lugar nas hipóteses expressamente previstas em lei, como no caso de dano causado em estado de necessidade e outras situações específicas (Código Civil, artigos 188, II, c/ artigos 929 e 930, 1285, 1293, 1385, §3º etc.). Nesses e em outros casos não há responsabilidade em sentido legal de indenizar por ato lícito. (v. item 148.5).

2.1 Duplo Aspecto da Ilicitude

Entende-se que a solução adequada para a questão pode ser encontrada no duplo aspecto da ilicitude. No seu aspecto objetivo, leva-se em conta para a configuração da ilicitude apenas a conduta ou fato em si mesmo, sua materialidade ou exterioridade, e verifica-se a desconformidade dela com a que o Direito queria. A conduta contrária à norma jurídica, só por si, merece a qualificação de ilícita ainda que não tenha origem numa vontade consciente e livre. Este, aliás, é um ponto em que não há divergência. Todos estão de acordo em que o cerne da ilicitude consiste, precisamente, em ser o fato, evento ou conduta, contrário ao Direito, no sentido de que nega os valores e os fins da ordem jurídica. E assim é porque o

legislador, ao impor determinada conduta, o faz porque, em momento prévio, valorou positivamente o fim que essa conduta visa a atingir.

Com efeito, a antijuricidade de uma conduta é normalmente estabelecida à luz de certos valores sociais, valores que podem ser englobados na noção tradicional do bem comum. O que se pretende é proteger o interesse ou utilidade social. Desta forma, sempre que se desenvolve um comportamento contrário à norma jurídica fere-se esse valor, ainda que tal comportamento não decorra de ato humano voluntário. Aqui, leva-se em consideração apenas se certa conduta, ou resultado desta, é socialmente vantajoso ou nocivo. Por este enfoque, a fronteira da ilicitude é marcada pela violação do dever jurídico. Assevera San Tiago Dantas: “O ilícito é a transgressão de um dever jurídico. Não há definição mais satisfatória para o ilícito civil. A contrariedade a direito é condição objetiva que se configura por ter sido violada a ordem jurídica”. (Programa de Direito Civil – Parte Geral, 4ª ed. Rio, p. 345)

No seu aspecto subjetivo, a qualificação de uma conduta como ilícita implica fazer um juízo de valor a seu respeito, o que é possível se tal conduta resultar de ato humano consciente e livre. Por esse enfoque subjetivista, a ilicitude só atinge sua plenitude quando a conduta contrária ao valor que a norma visa a atingir decorre da vontade do agente; ou, em outras palavras, quando o comportamento objetivamente ilícito for também culposos.

Em suma, a violação de um dever jurídico possibilita formular, a seu respeito, dois juízos de valor: o juízo de valor sobre o caráter anti-social ou socialmente nocivo do ato ou do seu resultado e o juízo sobre a conduta do agente, na sua dimensão ético-jurídica; um juízo de valor sobre seu agente. (CAVALIERI FILHO, 2007.p.25)

2.2 Ato Ilícito em Sentido Estrito e Amplo

Esse duplo aspecto da ilicitude nos permite falar do ato ilícito também com duplo sentido.

Em sentido estrito, o ato ilícito é o conjunto de pressupostos da responsabilidade - ou, se preferirmos, da obrigação de indenizar. Na verdade, a responsabilidade civil é um fenômeno complexo, oriundo de requisitos diversos intimamente unidos; surge e se caracteriza uma vez que seus elementos se integram. Na responsabilidade subjetiva, como veremos, serão necessários, além da conduta ilícita, a culpa, o dano e o nexos causal. Esse é o sentido do art. 186 do Código Civil. A culpa está ali inserida como um dos pressupostos da responsabilidade subjetiva. A culpa é efetivamente o fundamento básico da responsabilidade subjetiva, elemento nuclear do ato ilícito que lhe dá causa. Já na responsabilidade objetiva a culpa não integra os pressupostos necessários para sua configuração.

Em sentido amplo, o ato ilícito indica apenas a ilicitude do ato, a conduta humana antijurídica, contrária ao Direito, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico. Tal como o até lícito, é também uma manifestação de vontade, uma conduta humana voluntária, só que contrária à ordem jurídica. (CAVALIERI FILHO, 2007, p.27)

Não e demais lembrar que o conceito de até ilícito, tal como concebido pelos clássicos, tornou-se insuficiente até mesmo para a configuração da responsabilidade subjetiva. Fixado o conceito da culpa como erro de conduta - observa Alvino Lima que:

Aferido pelo proceder do homem prudente e imputável moralmente, verificamos que as necessidades sociais arrastaram os doutrinadores e a jurisprudência dos tribunais a uma concepção mais ampla da culpa, dentro da qual se enfeixassem todos os fatos da vida real causadores de danos, cuja reparação se impunha com justiça, e que escapavam a noção restrita e acanhada da culpa como omissão de diligência imputável moralmente (*Culpa e risco*, p. 108).

Conclui-se do exposto que o conceito estrito de até ilícito, tendo a culpa como um dos seus elementos tornou-se insatisfatório até mesmo na responsabilidade subjetiva. Em sede de responsabilidade civil objetiva, cujo campo de incidência é hoje vastíssimo, só tem guarida o ato ilícito *lata sensu*, assim entendido como a mera contrariedade entre a conduta e a ordem jurídica, decorrente de violação de dever jurídico preexistente.

Temos como certo que o Código Civil assumiu em relação ao ato ilícito esta postura dicotômica, tanto é assim que, além da responsabilidade subjetiva fulcrada no ato ilícito *stricto sensu*, prevista no artigo 927, lembra o parágrafo único deste mesmo artigo que há outras situações igualmente geradoras da obrigação de indenizar independentemente de culpa. Devemos ainda ressaltar que o Código, após conceituar o ato ilícito em sentido estrito em seu art. 186, formulou outro conceito de ato ilícito, mais abrangente, no seu art. 187, no qual a culpa não figura como elemento integrante, mas sim os limites impostos pela boa-fé, bons costumes e o fim econômico ou social do Direito. O abuso do direito foi aqui configurado como ato ilícito dentro de uma visão objetiva, pois boa-fé, bons costumes, fim econômico ou social nada mais é que valores ético-sociais consagrados pela norma em defesa do bem comum, que nada tem a ver com a culpa.

Cavaliere Destaca também:

Outra diferença entre o ato ilícito previsto no art. 186 e do art. 187 é que apenas o primeiro faz alusão ao dano. Isso importa dizer que a ilicitude configuradora do abuso do direito pode ocorrer sem que o comportamento do agente cause dano a outrem. Nem por isso essa ilicitude será desprovida de sanção. O ordenamento jurídico muitas vezes admite sanções distintas da obrigação de indenizar. Ora a

sanção será a nulidade do ato, ora a perda de um direito processual ou material, e assim por diante. (CAVALIERI FILHO, 2007 p.33).

Portanto, diferentemente do Código Civil de 1916, que consagrou na cláusula geral do seu art. 159 apenas a responsabilidade subjetiva (a responsabilidade objetiva era admitida casuisticamente apenas em alguns artigos para casos específicos), o Código de 2002 contém cláusulas gerais tanto para a responsabilidade subjetiva como para a objetiva, cada qual abrangendo determinadas áreas da atividade humana. A responsabilidade subjetiva continua fulcrada no ato ilícito *stricto sensu* (art. 186), com aplicação nas relações interindividuais - violação de um dever jurídico -, e o ato ilícito em sentido amplo e o fato gerador da responsabilidade objetiva e tem por campo de incidência as relações entre o indivíduo e grupo (Estado, empresas, fornecedores de serviços, produtos etc.).

Convém observar, todavia, que, enquanto os atos jurídicos podem se restringir a meras declarações de vontade, como, por exemplo, prometer fazer ou contratar. O ato ilícito é sempre uma conduta voluntária. Se for ato, nunca o ato ilícito consistirá numa simples declaração de vontade. Importa dizer que ninguém pratica ato ilícito simplesmente porque promete a outrem lhe causar um prejuízo.

O ato ilícito, portanto, é sempre um comportamento voluntário que infringe um dever jurídico, e não que simplesmente prometa ou ameace infringi-lo, de tal sorte que, desde o momento em que um ato ilícito foi praticado, está-se diante de um processo executivo, e não diante de uma simples manifestação de vontade. Nem por isso, entretanto, o ato ilícito dispensa uma manifestação de vontade. Antes, pelo contrário, por ser um ato de conduta, um comportamento humano, é preciso que ele seja voluntário, como mais adiante será ressaltado. Em conclusão, ato ilícito é o conjunto de pressupostos da responsabilidade.

2.3 Função da Responsabilidade Civil

O anseio em obrigar o agente, causador do dano, repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo* ante. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano. Indenizar pela metade é responsabilizar a

vítima pelo resto. Limitar a reparação é impor à vítima que suporte o resto dos prejuízos não indenizados.

Observa o insigne Antônio Montenegro (1986.p.87) que:

A teoria da indenização de danos só começou a ter uma colocação em bases racionais quando os juristas constataram, após quase um século de estéreis discussões em torno da culpa, que o verdadeiro fundamento da responsabilidade civil devia-se buscar na quebra do equilíbrio econômico-jurídico provocada pelo dano.

2.4 Espécies de Responsabilidade

Conforme já foi dito em outras passagens do texto, a responsabilidade tem por elemento nuclear uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico, torna-se, então, possível dividi-la em diferentes espécies, dependendo de onde provém esse dever e qual o elemento subjetivo dessa conduta.

A ilicitude – é de todos sabido – não é uma peculiaridade do Direito Penal. Sendo ela, essencialmente, contrariedade entre a conduta e a norma jurídica, pode ter lugar em qualquer ramo do Direito. Será chamada de ilicitude penal ou civil tendo exclusivamente em vista a norma jurídica que impõe o dever violado pelo agente. No caso de ilícito penal, o agente infringe uma norma penal, de Direito Público; no ilícito civil, a norma violada é de Direito Privado.

A separação entre uma e outra ilicitude atende apenas a critérios de conveniência ou de oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço. (CAVALIERI FILHO, 2007, p.30).

Por mais que buscassem, os autores não encontraram uma diferença substancial entre o ilícito civil e o penal. Ambos como já foram dito, importam violação de um dever jurídico, infração da lei. Sendo assim, a única diferença entre a ilicitude penal e a civil é somente de quantidade ou de grau; está na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com outra. O ilícito civil é um *minus ou residum* em relação ao ilícito penal. Em outras palavras, aquelas condutas humanas mais graves, que atingem bens sociais de maior relevância, são sancionadas pela lei penal, ficando para a lei civil a repressão das condutas menos graves.

Tanto é assim que uma mesma conduta pode incidir, ao mesmo tempo, em uma violação a lei civil e a penal, caracterizando dupla ilicitude, dependente de sua gravidade. O motorista que, dirigindo com imprudência ou imperícia, acaba por atropelar e matar um pedestre fica sujeito à sanção penal pelo crime de homicídio culposo e, ainda é obrigado a reparar o dano aos descendentes da vítima. Em tal caso, como se vê, haverá dupla sanção: a penal, de

natureza repressiva, consistente em uma pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, e a civil, de natureza reparatória, consubstanciada na indenização.

A punição de certos ilícitos na esfera do Direito Civil, portanto, ao invés de o serem na órbita do Direito Penal, obedece a razões puramente de conveniência política. Para o Direito Penal e transportado apenas o ilícito de maior gravidade objetiva, ou que afeta mais diretamente o interesse público, passando, assim, a ilícito penal. O ilícito civil, de menor gravidade, não reclama a severidade da pena criminal, nem o vexatório *stripitus judiciae*.

2.5 Responsabilidade Subjetiva e Objetiva

A responsabilidade civil subjetiva ocorre quando o dano é causado diretamente pelo autor. Nesses casos é necessário averiguar se a culpa pode ou não ser elemento essencial da obrigação de reparar o dano.

Já a responsabilidade objetiva independe da culpa, pois o agente através de trabalho cria um risco de dano para terceiros, é obrigado a repará-lo ainda que a ação culposa seja apurada. Basta que fique evidente a relação causal entre o ato e o dano para configurar a responsabilidade pela reparação do dano.

A ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica o pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.

O Código Civil de 2002, em seu art. 186 (art. 159 do Código Civil de 1916), manteve a culpa como fundamento da responsabilidade subjetiva. A palavra culpa está sendo aqui empregada em sentido amplo, *lata sensu*, para indicar não só a culpa *stricto sensu*, como também o dolo.

Por essa concepção clássica, todavia, a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna. O desenvolvimento industrial, proporcionado pelo advento do maquinismo e outros inventos tecnológicos, bem como o crescimento populacional geraram novas situações que não podiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa.

Sendo o ato ilícito, conforme já assinalado, o conjunto de pressupostos da responsabilidade, quais seriam esses pressupostos na responsabilidade subjetiva? Há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade.

Esses três elementos, apresentados pela doutrina francesa como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, podem ser claramente identificados no art. 186 do Código Civil, mediante simples análise do seu texto, a saber: conduta culposa do agente; nexa causal e dano. (CAVALIERI FILHO, 2007, p.33).

Portanto, a partir do momento em que alguém, mediante conduta culposa, viola direito de outrem e causa-lhe dano, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar, consoante o art. 927 do Código Civil. Por violação de direito deve-se entender todo e qualquer direito subjetivo, não só os relativos, que se fazem mais presentes no campo da responsabilidade contratual, como também e principalmente os absolutos, reais e personalíssimos, nestes incluídos o direito à vida, à saúde, à liberdade, à honra, à intimidade, ao nome e a imagem.

3. O DANO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Cavaliere nos esclarece que:

O dano é sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco-proveito, risco criado etc., o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa. Se o motorista, apesar de ter avançado o sinal, não atropelar ninguém, nem bater em outro veículo; se o prédio desmorona por falta de conservação pelo proprietário, mas não atinge ninguém ou outros bens, não haverá o que indenizar. (CAVALIERE FILHO, 2007, p.71).

Pode-se tirar daí, desde logo, uma conclusão lógica: a de que o ato ilícito nunca será aquilo que os penalistas chamam de crime de mera conduta; será sempre um delito material, com resultado de dano. Sem dano pode haver responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil. Indenização sem dano importaria enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência, não haverá o que ressarcir. Daí a afirmação, comum praticamente a todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo, mas, também, determinante do dever de indenizar.

Quando ainda não se admitia o ressarcimento do dano moral, conceituava-se o dano como sendo a efetiva diminuição do patrimônio da vítima. Hoje, todavia, esse conceito tornou-se insuficiente em face do novo posicionamento da doutrina e da jurisprudência em relação ao dano moral e, ainda, em razão da sua natureza não patrimonial. Conceitua-se, então, o dano como sendo natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano moral e patrimonial.

Importa-nos no momento apenas o dano moral, embora um não possa às vezes se desintegrar do outro. Todavia, o presente estudo pretende focar a análise da responsabilidade civil sobre o dano moral.

3.1 Dano Moral

Em tema de dano moral a questão que se coloca atualmente não é mais a de saber se ele é ou não indenizável, nem, ainda, se pode ou não ser cumulado com o dano material, mas, sim, o que venha a ser o próprio dano moral. Este é o ponto de partida para o equacionamento de todas as questões relacionadas com o dano moral, inclusive quanto a sua valoração.

Na visão de Sergio Cavalieri filho:

Nesse particular, há conceitos para todos os gostos. Há os que partem de um conceito negativo, por exclusão, que, na realidade, nada diz. Dano moral seria aquele que não tem caráter patrimonial, ou seja, todo dano não-material. Neste sentido, dano moral é qualquer sofrimento que não é causado por uma perda pecuniária. Para os que preferem um conceito positivo, dano moral é dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação - enfim, dor da alma.

Partindo deste pressuposto, todos os conceitos tradicionais de dano moral terão que ser revistos pela ótica da Constituição de 1988. Assim é porque a atual Carta, na trilha das demais Constituições, elaboradas após a eclosão da chamada questão social, colocou o Homem no vértice do ordenamento jurídico da Nação, fez dele a primeira e decisiva realidade, transformando os seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos. E, ao inserir em seu texto normas que tutelam os valores humanos, a Constituição o fez também estrutural transformação no conceito e valores dos direitos individuais e sociais, o suficiente para permitir que a tutela desses direitos seja agora feita por aplicação direta de suas normas. Ninguém desconhece que as normas constitucionais, por serem de hierarquia superior, balizam a interpretação e aplicação de toda a legislação infraconstitucional, de sorte a não ser possível aplicar esta em desarmonia com aquelas. (CAVALIERI FILHO, 2007 p.84).

Pois bem, logo no seu primeiro artigo, inciso III, a Constituição Federal consagrou a dignidade humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito. Temos hoje o que pode ser chamado de direito subjetivo constitucional à dignidade. Ao assim fazer, a Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos.

Os direitos a honra, ao nome, a intimidade, a privacidade e a liberdade estão englobados no direito a dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana.

À luz da Constituição vigente, podemos conceituar o dano moral por dois aspectos distintos. Em sentido estrito, dano moral é violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada da honra e da imagem corolário do direito a dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X a plena reparação do dano moral. Este é, pois, o novo enfoque

constitucional pelo qual deve ser examinado o dano moral, que já começa a ser assimilado pelo Judiciário, conforme se constata do aresto a seguir transcrito: Qualquer agressão à dignidade pessoal lesiona a honra, constitui dano moral e é por isso indenizável. Valores como a liberdade, a inteligência, o trabalho, a honestidade, aceitos pelo homem com um, formam a realidade axiológica a que todos estamos sujeitos. Ofensa a tais postulados exige compensação indenizatória. (Ap. cível 40.541, rel. Des. Xavier Vieira, in ADCOAS 144.719).

Nessa perspectiva, o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, e não causas. Assim como a febre e o efeito de uma agressão orgânica, a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão à sua dignidade.

Com essa ideia abre-se espaço para o reconhecimento do dano moral em relação a várias situações nas quais a vítima não é passível de detrimento anímico, como se dá com doentes mentais, às pessoas em estado vegetativo ou comatoso, crianças de tenra idade e outras situações tormentosas. Por mais pobre e humilde que seja uma pessoa, ainda que completamente destituída de formação cultural e bens materiais, por mais deplorável que seja seu estado biopsicológico, ainda que destituída de consciência, enquanto ser humano será detentora de um conjunto de bens integrantes de sua personalidade, mais precioso que o patrimônio. E a dignidade humana, que não é privilégio apenas dos ricos, cultos ou poderosos, que deve ser por todos, respeitada. Os bens que integram a personalidade constituem valores distintos dos bens patrimoniais, cuja agressão resulta no que se convencionou chamar de dano moral. Essa constatação, por si só, evidencia que o dano moral não se confunde com o dano material; tem existência própria e autonomia, de modo a exigir tutela jurídica independente.

Os direitos da personalidade, entretanto, englobam outros aspectos da pessoa humana que não estão diretamente vinculados a sua dignidade.

Neste sentido Cavalieri nos esclarece que:

Nessa categoria incluem-se também os chamados novos direitos da personalidade: a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais. Em suma, os direitos da personalidade podem ser realizados em diferentes dimensões e também podem ser violados em diferentes níveis. Resulta daí que o dano moral, em sentido amplo, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada. (CAVALIERI FILHO, 2007, p.86).

Como se vê, hoje o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos – os complexos de ordem ética -, razão pela qual se revela mais apropriado chamá-lo de dano imaterial ou não patrimonial, como ocorre no Direito Português. Em razão dessa natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização.

Já foi controvertida a questão da reparabilidade do dano moral, estando hoje pacificada mesmo no que tange a sua cumulabilidade com o dano material.

Numa primeira fase negava-se ressarcibilidade ao dano moral, sob fundamento de ser ele inestimável. Chegava-se, mesmo, ao extremo de considerar imoral estabelecer um preço para a dor. Aos poucos, entretanto, foi sendo evidenciado que esses argumentos tinham por fundamento um sofisma, por isso que não se trata de *pretium doloris*, mas de simples compensação, ainda que pequena, pela tristeza injustamente infligida a vítima.

Com efeito, o ressarcimento do dano moral não tende a *restitutio in integrum* do dano causado, tendo mais uma *genérica função satisfatória*, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. Substitui-se o conceito de equivalência, próprio do dano material, pelo de compensação, que se obtém atenuando, de maneira indireta, as consequências do sofrimento. Em suma, a composição do dano moral realiza-se através desse conceito – compensação -, que, além de diverso do de ressarcimento, baseia-se na “substituição do prazer, que desaparece, por um novo”. Por outro lado, não se pode ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar impune a infração e, assim, estimular novas agressões. A indenização funcionara também como uma espécie de pena privada em benefício da vítima.

Para Cavaliéri:

Não é vero, igualmente, o argumento no sentido de inexistir amparo legal para a reparação do dano moral. O art. 159 do Código Civil de 1916, ao cogitar do dano como elemento da responsabilidade civil, não fazia qualquer distinção sobre a espécie do dano causado. Falava-se, ali, em “*violar direito* ou causar prejuízo”, de sorte que, ainda que se apegasse ao entendimento de que o termo *prejuízo* era restrito ao dano material, a expressão *violar direito* estendia a tutela legal aos bens personalíssimos, como a honra, a imagem, o bom nome. (CAVALIERI FILHO, 2007, p.87).

Acresce que o art. 76 do mesmo Código e seu parágrafo dispunha que para propor ou contestar uma ação era suficiente o *interesse moral*, resultando daí a indenizabilidade de tal

interesse. Mais adiante, quando tratava da liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos, o Código de 1916 cuidava da indenização por injúria ou calúnia (art. 1.547), bem como da mulher agravada em sua honra (art. 1.548) etc. - hipóteses nitidamente de dano moral.

Passou-se, então, numa segunda fase, a admitir o ressarcimento do dano oral, desde que autonomamente, isto é, não cumulado com o dano material. Argumento, agora, era o de que o dano material absorve o moral, afasta, nesse caso, a sua reparação, também aqui, com a devida vênia, funda-se argumento em um sofisma. Em inúmeros casos, o ofendido, além do prejuízo patrimonial, sofre também dano moral, que constitui um *plus* não abrangido pela reparação material. E assim é porque o dano material, conforme já demonstrado, atinge bens do patrimônio da vítima, enquanto o dano moral ofende bens da personalidade.

Tome-se como exemplo o caso da morte de um chefe de família em acidente. Quem pode negar que, além do aspecto patrimonial decorrente dessa morte, representada pela perda do amparo material (alimentação, habitação, o sustento de modo geral), a esposa e os filhos da vítima sofrem também profundo sofrimento pelo trágico desaparecimento do esposo e pai?

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

A nossa Suprema Corte, tendo em vista que o dano moral atinge bens ligados aos direitos fundamentais do homem, como a sua honra e integridade moral, deu um passo à frente, passando a admitir a cumulabilidade do dano moral com material, desde que pleiteado pela própria vítima. Nesse sentido, consultem-se: os RE 95.103 (RTJ 108/646); 100.297 CRTJ 110/342); 89.558 CRTJ 89/660); 3.296 CRT J 83/172) etc.

Estávamos nessa fase quando entrou em vigor a Constituição de 1988 que, em pelo menos dois incisos do seu art. 5^o (incisos V e X), é expressa em admitir reparabilidade do dano moral. Da mesma forma o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n^o 8.078, de 11 de setembro de 1990), em seu art. 6^o, VI VII. Desde então, tornou-se indiscutível a cumulabilidade do dano moral com material, o que acabou por ser reconhecido pelo colendo Superior Tribunal de justiça ao formular a Súmula 37, que diz: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato”. O Código Civil refere-se expressamente ao dano moral em seu art. 186.

O que configura e o que não configura o dano moral? Na falta de critérios objetivos, essa questão vem-se tornando tormentosa na doutrina e na jurisprudência, levando o julgador

à situação de perplexidade. Ultrapassadas as fases da irreparabilidade do dano moral e da sua inacumulabilidade com o dano material, corremos, agora, o risco de ingressar na fase da sua industrialização, onde o aborrecimento banal ou mera sensibilidade são apresentados como dano moral, em busca de indenizações milionárias.

Este é um dos domínios onde mais necessários se tornam regras da boa prudência, do bom-senso prático, da justa medida das coisas, da criteriosa ponderação das realidades da vida. Podemos ver que, na solução dessa questão, cumpre ao juiz seguir a trilha da lógica do razoável, em busca da concepção ético-jurídica dominante na sociedade. Deve tomar por paradigma o cidadão que se coloca a igual distância do homem frio, insensível, e o homem de extremada sensibilidade.

A gravidade do dano há de medir-se por um padrão objetivo (conquanto a apreciação deva ter em linha de conta as circunstâncias de cada caso), e não a luz de fatores subjetivos (de uma sensibilidade particularmente embotada ou especialmente requintada). Por outro lado, a gravidade apreciar-se-á em função da tutela do direito: o dano deve ser de tal modo grave que justifique a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. (VARELA, S/D)

Conforme foi mencionado em outras passagens do texto, o dano moral, a luz da Constituição vigente, nada mais é do que agressão à dignidade humana. Que consequências podem ser extraídas daí? A primeira diz respeito à própria configuração do dano moral. Se o dano moral é agressão à dignidade humana, não basta para configurá-lo qualquer contrariedade.

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral à dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo a normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos. (CAVALIERI FILHO, 2007, p.88)

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

Outra conclusão que se tira desse novo enfoque constitucional é a de que mero inadimplemento contratual, mora ou prejuízo econômico não configura por si só, dano moral, porque não agridem a dignidade humana. Os aborrecimentos deles decorrentes ficam

subsumidos pelo dano material, salvo se os efeitos inadimplemento contratual, por sua natureza ou gravidade, exorbitarem o aborrecimento normalmente decorrente de uma perda patrimonial e também repercutirem na esfera da dignidade da vítima, quando, então, configurarão o dano moral.

O importante, entretanto, para a configuração do dano moral não é o ilícito em mesmo, mas sim a repercussão que ele possa ter. Uma mesma agressão pode acarretar lesão em bem patrimonial e personalíssimo, gerando dano material e moral. Não é preciso para a configuração deste último que a agressão tenha repercussão extrema, sendo apenas indispensável que ela atinja o sentimento íntimo e pessoal de dignidade da vítima. A eventual repercussão apenas ensejara o seu agravamento.

3.2 Inexistência de Dano Moral Por Fato Praticado Por Irregularidade no Exercício do Direito

Pelas mesmas razões, não gravitam na órbita do dano moral aquelas situações que, não obstante desagradáveis, são necessárias ao regular exercício de certas atividades, como, por exemplo, a revista de passageiros nos aeroportos, o exame das malas e bagagens na alfândega, o protesto do título por falta de pagamento e outras semelhantes. Temos, ainda, algumas profissões que normalmente expõem seus protagonistas a situações desconfortáveis, como a do modelo fotográfico que posa despida para determinadas revistas, artistas de filmes eróticos, etc. Quem, espontaneamente, se submete a tais situações renúncia parcela de sua privacidade, pelo que não pode, depois, pleitear indenização por dano moral. (CAVALIERI FILHO, 2007, p.90)

Repetem-se com muita frequência ações de indenização por dano moral movidas por pessoas que, processadas penalmente, tiveram o inquérito arquivado ou foram absolvidas pela Justiça Criminal por falta de provas. Nessa questão é importante se posicionar, com base na melhor doutrina e correta jurisprudência, no sentido de só ser possível responsabilizar civilmente o informante de um crime a autoridade policial se tiver agido com dolo, má-fé, propósito de prejudicar, ou ainda se a comunicação for absolutamente infundada, leviana e irresponsável.

E assim é porque o direito e o ilícito são antíteses absolutas - um exclui o outro: onde há ilícito não há direito; onde há direito não pode existir ilícito. Vem daí o princípio estampado no art. 188, I, do Código Civil que não considera ilícito o ato praticado no regular exercício de um direito. Nessa linha de princípio não gravita na órbita da ilicitude civil a mera indicação de alguém como suspeito da prática de um crime perante a autoridade competente, eis que a investigação de delitos e de seus respectivos autores é permitida por lei, dentro de

certos limites, em atenção a superiores interesses públicos. É dever moral e legal de todos levar ao conhecimento da autoridade competente a ocorrência de fato ilícito, mormente quando circunstâncias do evento autorizam supor a existência de crime.

E sendo obrigação legal da autoridade competente tomar as providências cabíveis, não cabe ao comunicante responder pela eventual prisão do indiciado, nem pelo enquadramento penal que lhe vier a ser dado; quem prende é a polícia, quem acusa é o Ministério Público e quem condena ou absolve é o juiz.

Consequentemente, a simples absolvição criminal por insuficiência de prova não gera, por si só, nenhum dever de indenizar para aquele que levou o fato delituoso ao conhecimento da polícia. Nessa questão não se aplica a teoria do risco, sendo preciso, se não dolo ou má-fé, pelo menos culpa provada, que se revela pela leviana comunicação a autoridade policial de fato inexistente.

É de todos, sabido que a colaboração da vítima é indispensável na investigação penal, sob pena de restar sem apuração à maior parte dos delitos, quase sempre os de maior gravidade. Mas se os riscos dessa apuração penderem sobre a cabeça da vítima tal qual espada de Dâmoles; se a eventual absolvição criminal do acusado gerar para ele o dever de indenizar danos materiais e morais, restarão sacrificados, como já disse, superiores interesses públicos. (CAVALIERI FILHO, 2007p. 91)

3.3 Prova do Dano Moral

Essa é outra questão que enseja alguma polêmica nas ações indenizatórias. Como, em regra, não se presume o dano, há decisões no sentido de desacolher a pretensão indenizatória por falta de prova do dano moral.

Entendemos, todavia, que por se tratar de algo imaterial ou ideal, a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Seria uma demasia, algo até impossível, exigir que a vítima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria ela como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais.

Neste ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral a guisa de uma presunção natural, uma

presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum. Assim, por exemplo, provada a perda de um filho, do cônjuge, ou de outro ente querido, não há que se exigir a prova do sofrimento, porque isso decorre do próprio fato de acordo com as regras de experiência comum; provado que a vítima teve o seu nome aviltado, ou a sua imagem vilipendiada, nada mais ser-lhe-á exigido provar, por isso que o dano moral está *in re ipsa*; decorre inexoravelmente da gravidade do próprio fato ofensivo, de sorte que, provado o fato, provado está o dano moral. (CAVALIERI FILHO, 2007p. 92)

Neste sentido, não se discute que tem legitimidade para a ação indenizatória toda e qualquer pessoa que alega ter sofrido um dano. A questão que se coloca, e para a qual ainda não há solução definitiva na lei, nem na doutrina e na jurisprudência, é quanto ao limite para a reparação do dano moral. Até que grau um parente pode pleitear indenização por esse dano em razão da morte de familiar? Irmãos, primos, tios? E o amigo íntimo, teria também legitimidade? Os fãs de um artista ou atleta famoso também teriam? Ainda que sejam milhões? Não há que se negar que todos sofrem intensamente com a perda de alguém querido, mas só por isso todos terão direito a indenização pelo dano moral? Um parente próximo pode sentir-se feliz pela morte da vítima, enquanto o amigo sofrera intensamente.

Há os que entendem não haver limites, mormente entre os parentes, nem qualquer concorrência entre os atingidos pelo ato ilícito, podendo a indenização ser postulada por qualquer dos prejudicados: sustenta que não se pode hierarquizar o direito postulatório dos lesados, criando-se preferência entre eles, de modo que o direito de uns afastaria o dos demais. Em suma, a reparação do dano moral não se submeteria a nenhuma regra sucessória, nem previdenciária.

O Direito, todavia, é um conjunto de normas lógicas que não podem nos conduzir a conclusões absurdas. Entende-se que também aqui a solução deva ser buscada no princípio da razoabilidade. O Código Civil Português, em seu art. 496^Q, n° 2, tem regra expressa sobre esta questão que bem pode ser adotada como norte. No caso de morte da vítima, o direito à indenização por *danos não patrimoniais* cabe, em conjunto, ao cônjuge e aos descendentes da vítima; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes, e por último aos irmãos ou sobrinhos que o representam.

O nosso Código Civil, lamentavelmente, nada dispôs a respeito. A regra do seu art. 948, II, entre tanto, embora pertinente ao dano material, pode ser aplicada analogicamente para limitar a indenização pelo dano moral aqueles que estavam em estreita relação com a vítima, como o cônjuge, companheira, filhos, pais e irmãos menores que viviam sob o mesmo teto. A partir daí, o dano moral só poderia ser pleiteado na falta daqueles familiares e

dependendo de prova de convivência próxima e constante. Reforça esse entendimento o parágrafo único do art. 20.

Com efeito, se não há no nosso sistema o direito a *integralidade* do patrimônio cuja violação possa assegurar a indenização eventualmente requerida pelo lesado, tanto assim que o autor do ato ilícito não responde pelo dano reflexo, a não ser por aqueles causados a pessoas a quem a vítima teria que prestar alimentos se viva fosse, por que a reparação do dano moral seria integral e ilimitada quanto aos legitimados? É razoável, portanto, que sejam adotados princípios idênticos para situações idênticas. Só em favor do cônjuge, companheira, filhos, pais e irmãos menores há uma presunção *juris tantum* de dano moral por lesões sofridas pela vítima ou em razão de sua morte. Além dessas pessoas, todas as outras, parentes ou não, terão que provar o dano moral sofrido em virtude de fatos ocorridos com terceiros.

Nesse sentido acórdão unânime da 4ª Turma do STJ, no REsp 160.125/DF, rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

“Responsabilidade civil. Dano moral. Legitimidade e interesse dos irmãos da vítima. Ausência de dependência econômica. Irrelevância. A indenização por dano moral tem natureza extrapatrimonial e origem, em caso de morte, na dor, no sofrimento e no trauma dos familiares próximos das vítimas. Irrelevante, assim, que os autores do pedido não dependessem economicamente da vítima. Os irmãos possuem legitimidade para postular reparação por dano moral de corrente da morte da irmã, cabendo apenas a demonstração de que vieram a sofrer intimamente com o trágico acontecimento, presumindo-se esse dano quando se tratar de menores de tenra idade, que viviam sob o mesmo teto.

Outra questão relevante é a que diz respeito à legitimidade dos pais para pleitearem indenização por danos morais concorrentemente com o filho quando este sobrevive ao sinistro. O Superior Tribunal de Justiça, por sua 3ª Turma, reconheceu aos pais essa legitimidade no REsp 122.573-PR, do qual foi relator o Ministro Eduardo Ribeiro. O Tribunal *a quo* havia entendido que a indenização dos danos morais, sendo direito próprio da vítima, que sobreviveu ao sinistro, afasta a indenização dos danos reflexos postulados pelos pais. Mas a Corte Superior de Justiça afirmou entendimento em sentido contrário: "Dano moral. Resultando para os pais, de quem sofreu graves lesões, consideráveis padecimentos morais tem direito à reparação. Isso não se exclui em razão de o ofendido também pleitear indenização a esse título". Na motivação do voto, o douto Relator fez as seguintes colocações:

“No caso em exame, segundo o relato da inicial, a vítima teve seu corpo atingido em três lugares, daí resultando risco de vida, havendo permanecido por quarenta e oito horas em estado comatoso e hospitalizado durante sete dias, sofrendo duas paradas cardíacas. Ainda estaria dependendo de tratamento médico, afetado psicologicamente pelo ocorrido. Tenho como inquestionável que e tais padecimentos

por que passou causaram intensa aflição aos pais. Não carece de ser demonstrado que o risco de vida e os males infligidos ao filho acarretam sério sofrimento aos seus pais, representando dano moral. E esse merece ser reparado, nada importando que a vítima direta esteja igualmente pleiteando indenização. Não se trata aqui, ademais, daquelas hipóteses em que se pretende alargar de modo discutível o número daqueles a que se reconhece direito à reparação. A pretensão é de seus pais, que são as pessoas mais próximas do ofendido, que é solteiro". (RST] 115/275-278).

3.4 Cláusula de não indenizar

Praticado o ilícito, em qualquer de suas modalidades, segue-se como consequência, o dever de reparar o dano dele decorrente. A pessoa chamada a fazer essa reparação, todavia, pode, eventualmente, eximir-se do efetivo ressarcimento invocando a cláusula de não indenizar. De todas as definições a que melhor coloca a questão é aquela que diz ser a cláusula de não indenizar o ajuste que visa a afastar as consequências normais da inexecução de uma obrigação; a estipulação através da qual o devedor se libera da reparação do dano, ou seja, da indenização propriamente dita.

Com efeito, só a lei pode excepcionar algumas situações em que, não obstante a conduta e o dano, o agente não será responsabilizado. É o que ocorre nos casos de legítima defesa, estado de necessidade e de exercício regular de um direito, previsto no art. 188 do Código Civil. Compreende-se que seja exonerado de responsabilidade quem pratica conduta em qualquer circunstância ali estabelecida porque a lei, em casos tais, exclui a própria ilicitude do fato. A convenção jamais poderá fazer isso, porque a ninguém é dado estipular que, em determinada situação, não será o sujeito passivo do dever de reparar. Isso escapa do campo das disposições das partes, onde só lhes é permitido negociar sobre as consequências da responsabilidade, reparação. A responsabilidade enfatiza-se uma vez mais, além de pessoal, é emanção da ordem jurídica, consequência automática do ato ilícito, de sorte que só por lei pode ser afastada.

Não se pode, conseqüentemente, confundir cláusula de exclusão de responsabilidade com cláusula de não indenizar. Aquela repita-se, é verdadeira exoneração da obrigação de indenizar. É a própria responsabilidade, o próprio dever de responder, que por ela fica afastada. Esta, ao contrário, é condição do seu funcionamento a caracterização da responsabilidade, ficando afastada apenas a indenização ou reparação do dano. (CAVALIERI FILHO, 2007p. 112).

Entretanto, a cláusula de não indenizar tem sido admitida no Brasil e em outros países, para doutrina e jurisprudência, dentro de certos limites, com base no princípio da autonomia da vontade e na liberdade de contratar. As partes podem, por exemplo, através de cláusula contratual expressa, eximir o alienante dos riscos da evicção, consoante ao art. 449

do Código Civil; podem também atenuar o valor da indenização, estipulando no contrato que o devedor só responderá por culpa grave; podem ainda, prefixar o valor da indenização, por meio da qual evitam as dificuldades de liquidação das perdas e danos, limitando objetivamente a responsabilidade; podem, até, transferir para outrem o efetivo pagamento da indenização, ou, mesmo, renunciá-la, já após a ocorrência do dano a até em fase de execução.

A admissibilidade da cláusula de não indenizar funda-se, portanto, no princípio da autonomia da vontade e na liberdade de contratar.

Uma vez assentado que a cláusula de não indenizar é uma estipulação ou ajuste de uma avença, uma cláusula acessória de um contrato destinada a afastar as normais consequências da inexecução, torna-se intuitivo que o seu campo de incidência está limitado à responsabilidade contratual. A cláusula é inadmissível na responsabilidade extracontratual porque, ali, as partes nada contataram. Ademais, os princípios da responsabilidade delitual são de ordem pública, estabelecida em favor do interesse geral e das exigências do bem comum. Tais princípios constituem o penhor de nossa própria existência, o imperativo da sociedade humana, não podendo ser afastados por disposição das partes. (CAVALIERI FILHO, 2007.p.115).

3.5 Dano Moral a Pessoa Jurídica

Segundo Cavalieri:

A reparabilidade do dano moral causado a pessoa jurídica ainda apresenta alguma perplexidade e sofre forte resistência de parte da doutrina e jurisprudência apegadas a noção de que a honra e bem personalíssimo, exclusivo do ser humano, não sendo possível reconhece-la na pessoa jurídica. Concorre também para a resistência a ideia de que dano moral é sinônimo de dor, sofrimento, tristeza etc. (CAVALIERI FILHO, 2007, p.99)

É preciso ter em conta, entretanto, que a pessoa jurídica é uma das mais extraordinárias criações do Direito. Não tem vida física, mas tem existência jurídica, mais duradoura que as pessoas naturais que a criaram; não tem vontade própria (ato de querer, próprio do ser humano), mas atua no mundo socioeconômico pela vontade dos seus órgãos dirigentes. Dessa maneira, o Direito faculta-lhe adquirir e exercer direitos e contrair obrigações - enfim, proceder no mundo jurídico como ser dotado de patente autonomia. Ha pessoas jurídicas que são economicamente mais fortes e poderosas que muitos Estados. E, se o Direito assim trata a pessoa jurídica, e precise reconhecer que ela, embora despida de certos direitos que são próprios da personalidade humana - tais como a integridade física, psíquica e da saúde -, e titular de alguns direitos especiais da personalidade, ajustáveis as suas

características particulares, tais como o bom nome, a imagem, a reputação, o sigilo de correspondência etc.

A doutrina francesa de 1982 recomenda a utilização da via indenizatória para a proteção a pessoa jurídica: "A proteção dos atributos morais da personalidade para a propositura da ação de responsabilidade não esta reservada somente às pessoas físicas. Aos grupos personalizados tem sido admitido o uso dessa via para proteger seu direito ao nome ou para obter a condenação e autores de propostas escritas ou tendentes à ruína de sua reputação. "A pessoa moral pode mesmo reivindicar a proteção, senão de sua vida privada, ao menos do segredo dos negócios" (Traite de Droit Civil, Viney, Les obligations, La responsabilite, v. II/321, 1982).

Registre-se, ainda, que a honra tem dois aspectos: o subjetivo (interno) e o objetivo (externo). A honra subjetiva, que se caracteriza pela dignidade, decoro e auto-estima, e exclusiva do ser humano, mas a *honra objetiva*, refletida na reputação, no bom nome e na imagem perante a sociedade, e comum a pessoa natural e a jurídica. Quem pode negar que uma notícia difamatória pode abalar o bom nome, o conceito e a reputação não só do cidadão, pessoa física, no meio social, mas também de uma pessoa jurídica, no mundo comercial? Indiscutivelmente, toda empresa tem que zelar pelo seu bom nome comercial.

Nem se diga que essa distinção é nova, porque Schopenhauer, citado por Nelson Hungria, já a fazia ao fixar a noção psicossocial da honra: "objetivamente, é a opinião dos outros sobre o nosso mérito; subjetivamente, só receio diante essa opinião" (Comentários ao Código Penal, v. VI/40, Forense).

Nessa linha de princípios, a Lei de Imprensa, no seu art. 16, II, considera conduta ilícita "publicar ou divulgar notícias falsas que provoquem abalo de crédito a qualquer empresa, pessoa física ou jurídica". E, no art. 2º, assegura o direito de resposta a "toda pessoa natural ou jurídica que for acusada ou ofendida em publicação feita em jornal ou periódico, ou em transmissão de radiodifusão".

Ademais, após a Constituição de 1988 a noção do dano moral não mais se restringe à dor, sofrimento, tristeza etc., como se depreende do seu art. 52, X, ao estender a sua abrangência a qualquer ataque ao nome ou imagem da pessoa física ou jurídica, com vistas a resguardar a sua credibilidade e respeitabilidade. Pode-se, então, dizer que, em sua concepção atual, honra é o conjunto de predicados ou condições de uma pessoa, física ou jurídica, que lhe conferem considerações e credibilidade social; e o valor moral e social da pessoa que a lei protege ameaçando de sanção penal e civil a quem a ofende por palavras ou atos. Fala-se,

modernamente, em honra profissional como uma variante da honra objetiva, entendida como valor social da pessoa o meio onde exerce sua atividade.

Fiel a essa nova concepção de honra e dano moral, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de agosto de 1990) coloca, em seu art. 6º, VI, entre os direitos básicos do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos. Lembre-se que o conceito legal de consumidor esta no art. 2º dessa mesma lei, sendo ali considerado consumidor toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço.

Relembremos que o fundamento da reparação do dano moral não é apenas aquela ideia de compensação - substituir a tristeza pela alegria etc., a par do sentido compensatório, a indenização pelo dano moral tem de assumir um caráter punitivo, conforme já salientado.

Sendo assim, deixar o causador do dano moral sem punição, a pretexto de ao ser a pessoa jurídica passível de reparação, parece, data vênia, equívoco tão grave quanto aquele que se cometia ao tempo em que não se admitia a reparação do dano moral nem mesmo em relação à pessoa física. Isso só estimula a irresponsabilidade e a impunidade.

Induvidoso, portanto, que a pessoa jurídica, embora não seja passível de sofrer dano moral em sentido estrito - ofensa à dignidade, por ser esta exclusiva da pessoa humana -, pode sofrer dano moral em sentido amplo - violação de algum direito da personalidade -, porque e titular de honra objetiva, fazendo jus à indenização sempre que seu bom nome, credibilidade ou imagem forem atingidos por algum ato lícito. Modernamente fala-se em honra profissional como uma variante da honra objetiva, entendida como valor social da pessoa perante o meio onde exerce sua atividade.

Nesse sentido deve ser entendido o art. 52 do Código Civil (dispositivo que não existia no Código anterior), que manda aplicar as pessoas jurídicas, no que couber a proteção dos direitos da personalidade. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já vinha adotando esse entendimento desde 1992, conforme acórdão da sua 6ª Câmara Cível na Ap. cível 1.417/92 do qual fui Relator:

“Responsabilidade civil - Dano moral a pessoa jurídica - Ressarcimento”. A pessoa jurídica, embora não seja titular de honra subjetiva, que se caracteriza pela dignidade, decoro e auto-estima, e detentora da honra objetiva, fazendo jus à indenização por dano moral sempre que o seu bom nome, reputação o imagem forem atingidos no meio comercial por algum ato ilícito. (CAVALIERI FILHO, 2007p. 100).

A jurisprudência da Corte Superior de Justiça vem também agasalhando esse mesmo entendimento, como se vê do magistral aresto da sua 4ª Turma, da lavra do eminente Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., no julgamento do REsp 60.033-2-MA (RSTJ 85/268-274):

“Responsabilidade civil - Dano moral - Pessoa jurídica - Admissibilidade. A honra objetiva da pessoa jurídica pode ser ofendida pelo protesto indevido de título cambial, cabendo indenização pelo dano extrapatrimonial daí decorrente.”

Na motivação do acórdão, o seu douto Relator, após fazer distinção entre a honra subjetiva e a objetiva, a respeito desta última coloca com absoluta propriedade:

A pessoa jurídica, criação da ordem legal, não tem capacidade de sentir emoção e dor, estando por isso desprovida de honra subjetiva e imune à injúria. Pode padecer, porém, de ataque à honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros, passível de ficar abalada por atos que afetam o seu bom nome no mundo civil ou comercial onde atua. Esta ofensa pode ter seu efeito limitado à diminuição do conceito público de que goza no seio da comunidade, sem repercussão direta e imediata sobre o seu patrimônio. Trata-se de verdadeiro dano extrapatrimonial, que existe e pode ser mensurado através de arbitramento. É certo que, além disso, o dano à reputação da pessoa jurídica pode causar-lhe dano patrimonial, através do abalo de crédito, perda efetiva de chances de negócios e de celebração de contratos, diminuição de clientela etc., donde se conclui que as duas espécies de danos podem ser cumulativas.” (CAVALIERI FILHO, 2007.p.102)

Com as mudanças inseridas no Código Civil em 2002, hoje esta matéria esta sumulada no Superior Tribunal de Justiça no Enunciado nº227, que diz: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil conforme observado é um tema merecedor de varias considerações. Parte do principio que um indivíduo, nomeado agente, causa prejuízo à outra pessoa denominada como vítima ou ate mesmo a si próprio. Este prejuízo que também se refere a danificar, destruir e causar dano pode ser cometido pelo descumprimento de um acordo pré-estabelecido ou por um ato que mesmo sem estar especificado em contrato, for pela lei considerada ilícito.

Trata-se do dever que toda pessoa possui de reparar um dano causado a outrem que está ligado ao fundamento da teoria da responsabilidade que tem como pressupostos a ação ou omissão do agente, proporcionando a devida reparação do prejuízo causado ao ofendido.

Quanto à natureza das lesões passíveis de indenização, hoje não mais subsistem dúvidas quanto à plena reparabilidade de toda e qualquer espécie de dano havido, seja de natureza patrimonial ou moral, sobretudo porque a cada dia adquire-se maior consciência de que se incrementa a vulnerabilidade do ser humano frente às incessantes transformações da civilização, transformações estas de efeitos ainda pouco assimilados.

A respeito da caracterização do dano, parece claro que em se tratando de direitos oriundos da personalidade humana, impera a *hominis*, restando apenas à necessidade da prova do fato, sendo que a dor apenas deve guardar nexos com a causa, o que por sinal já vem sendo reconhecido pelos Tribunais Superiores.

Contudo, algumas opiniões assentadas na premissa da impossibilidade da pessoa jurídica, como ente abstrato, sofrer uma dor íntima, asseverando que todo prejuízo por ela sofrido é eminentemente material, e não moral, e, ainda, que os lesados seriam tão-somente as pessoas físicas que a compõem, não podemos deixar de admitir a possibilidade da ofensa moral à pessoa jurídica, isto porque ela goza de determinados direitos da personalidade, como o direito ao nome, à marca, à honra objetiva, à liberdade, à intimidade e ao segredo.

Já, no tocante à mensuração do quantum indenizatório, concluiu-se que o arbitramento judicial continua sendo, tanto em relação à pessoa física quanto à pessoa jurídica, a melhor maneira de se encontrar o justo valor para a reparação da lesão moral sofrida, no entanto, este deverá ser feito com bom-senso e moderação, proporcionalmente ao grau da culpa, à gravidade da ofensa, ao nível socioeconômico do ofensor, à realidade da vida e às particularidades do caso em exame.

Pode-se, ainda, demonstrar o avanço da forma de pensar que vê no dano moral, algo mais que a simples reparação pelo dano sofrido, interpretando-o como sanção punitiva àquele que deu causa ao dano. Neste sentido, importante o papel do Projeto de Lei nº 6.960/2002 a tratar diretamente do tema ao propor a inclusão de parágrafo ao artigo 944 de nosso Código Civil.

Pode-se entender que a responsabilidade seria o dever que o causador do dano teria que reparar o dano experimentando pela vítima, onde o ato ilícito do agente, colocando a vítima em situação de credora devido à obrigação de reparar o dano. Sendo assim, o dano moral remete à violação do dever de abstenção a direito absoluto de natureza não patrimonial. Direito absoluto significa aquele que é oponível a todos, gerando pretensão à obrigação passiva universal. E direitos absolutos de natureza não patrimonial, no âmbito civil, para fins dos danos morais, são exclusivamente os direitos da personalidade. Fora dos direitos da personalidade são apenas cogitáveis os danos materiais.

Em razão de sua visceral interdependência com os direitos da personalidade, os danos morais nunca se apresentam como reparação, pois a lesão ao direito da personalidade não pode ser mensurada economicamente, como se dá com os demais direitos subjetivos. Por isso, a indenização tem função compensatória, que não pode ser simbólica, para que a compensação seja efetiva e produza impacto negativo no lesante, nem demasiada, para não conduzir ao enriquecimento sem causa do lesado. No inciso V do artigo 5º, a Constituição determina que o dano moral seja "proporcional ao agravo". Há quem veja nesse preceito o fundamento da função não apenas compensatória, mas punitiva. Deve sim o juiz valer-se do princípio da proporcionalidade, tendo em vista serem os direitos atingidos muito mais valiosos que os bens e interesses econômicos, cuja lesão leva à restituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR DIAS, José de. **Cláusula de não indenizar**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. **Da responsabilidade Civil**. 5. ed, vs. I e II. Rio de Janeiro: Forense, S/D.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. 18ª ed.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CÓDIGO CIVIL/2002. Edições Jurídicas Manole, 2003.

DANTAS, San Thiago. **Programa de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1983.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**, vol. 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FIGUEIREDO TEIXEIRA, SALVIO DE. **Comentários do novo Código Civil**. Forense. São Paulo, 2004.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. Revista e atualizada pelo professor Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Anaconda Cultural Edições, 1986.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vs. I, II e III. Rio de Janeiro: Forense Universitária, S/D.

PIERRE KAYSER. *Revue trimestrielle de Droit Civi*. 1971.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil**. vol.3. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VARELA, Antunes. **Das Obrigações em Geral**. 8.ed. V. 1. Coimbra: Almedina.