

ESTHER KÜLKAMP EYNG

**CRÍTICA SOBRE OS CRITÉRIOS JURISPRUDENCIAIS E DOUTRINARIOS DE
AVALIAÇÃO DO DANO À PESSOA HUMANA VISANDO UMA CORRETA
TUTELA SOB A ÓTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL**

**CURITIBA
SETEMBRO / 2005**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
NÚCLEO DE MONOGRAFIAS

DANO MORAL

CRÍTICA SOBRE OS CRITÉRIOS JURISPRUDENCIAIS E DOUTRINARIOS DE
AVALIAÇÃO DO DANO À PESSOA HUMANA VISANDO UMA CORRETA
TUTELA SOB A ÓTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Professor Orientador: José Antônio Peres Gediel

Trabalho monográfico de final de curso universitário, apresentado pela graduanda *Esther Kulkamp Eyng*, 5º Ano Noturno, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

CURITIBA
SETEMBRO / 2005

CRÍTICA SOBRE OS CRITÉRIOS JURISPRUDENCIAIS E DOCTRINARIOS DE
AVALIAÇÃO DO DANO À PESSOA HUMANA VISANDO UMA CORRETA TUTELA
SOB A ÓTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL

por

Esther Külkamp Eyng

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do grau de Bacharel, no Curso
de Direito, pela Comissão formada pelos
professores:

ORIENTADOR: Prof. J. J. J. J. Prof. J. J. J. J.
Prof.: [assinatura] - Prof. E. E. E. E.
Prof.: [assinatura] - Prof. E. E. E. E.

Curitiba, ____ de outubro de 2005

RESUMO

Inobstante a nascente pesquisa que cerca o chamado dano moral, tal matéria ainda carece de melhor aprofundamento do seu estudo, através de sistematização para sua correta compreensão e tutela. Para tanto, três grandes colunas compõe a sustentação de qualquer operacionalidade referente ao dano moral: o seu conceito, o objetivo da indenização e a forma de seu arbitramento. O presente trabalho tem como foco o último, entretanto, a dependência entre os três temas exige ao menos que o estudioso situe o seu entendimento quanto aos demais. Sendo o dano o objeto, a indenização o objetivo imediato (sendo a harmonização o objetivo mediato) e o arbitramento o *instrumento*, logicamente o instrumento deve estar ajustado a ambos. Assim, contextualizou-se o estudo do arbitramento primeiramente: 1) na atual etapa em se encontra a responsabilidade civil, que caminha para um sistema misto de imputação e socialização do dano, 2) tendo o dano moral como aquele que fere a dignidade humana, escolhendo-se como melhor denominação *dano a pessoa humana*, 3) norteando a indenização para o fim último da harmonização social, e desta forma, contextualizando-o a uma sociedade que convive com a multiplicidade de agentes com diferentes potencialidades lesivas, mantida pela complexidade de suas relações internas. Pesquisaram-se os principais critérios eleitos pela jurisprudência no momento de estipular o *quantum*, e são eles: a condição econômica do autor e ofendido, extensão do dano, grau de culpa; aparece também com muita freqüência além do caráter compensatório da indenização, sua função desestimuladora e/ou punitiva do ilícito. Infelizmente, devido à falta de critérios fixos para o arbitramento e mesmo para a configuração do dano a pessoa, e principalmente devido à falta de estudo, seu arbitramento torna-se um campo “aberto” para que as convicções pessoais de cada magistrado reinem, sobrepondo preconceitos aos ditames dos fins do direito. Desta forma, questiona-se se a faculdade não deveria ser o cenário do amadurecimento do jurista através de atividades que testassem sua capacidade de julgar e captar a realidade social. A matéria da responsabilidade civil, uma gigante de importância devido a sua larga aplicabilidade, recebe residual atenção na maioria das escolas de direito. Em relação ao caráter punitivo da indenização, não se poderia prescindir de uma referência aos *punitive damages*. No caso brasileiro, a grande fonte de danos morais tem sido as relações de consumo, com destaque para um pequeno número de prestadoras de serviço que chegam quase a monopolizar as demandas legais que versem sobre esse tema. Somando-se ao problema, frise-se que pessoas jurídicas não respondem penalmente, gerando uma sensação de insegurança e impunidade na sociedade. Desta forma, intuitivamente, juristas vêm aplicando o caráter punitivo - medida híbrida entre o direito civil e penal - por ser o único instrumento disponível na atual etapa do direito para lidar com agentes de tão alto poder lesivo.

SUMÁRIO

Introdução	01
1. Responsabilidade Civil – Sua evolução e influência sobre a matéria.....	03
1.1 Introdução.....	03
1.2. Evolução e influência.....	04
2. Dano à pessoa humana.....	15
2.1 Dano.....	15
2.2 Conceito de Dano à pessoa.....	16
2.2.1 A pessoa e seus bens: Crítica ao termo “dano extrapatrimonial”	16
2.2.2. Dano moral conceituado em emoções.	19
2.2.3 Dano à pessoa: conceito relacionado à lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana.....	22
2.2.3.1 Qualidade ôntica.....	24
2.2.4. Dano à pessoa e sua amplitude - Justificativa para a aplicação da teoria da tutela integral.....	25
2.2.4.1 Alguns tipos de danos.....	27
2.2.4.1.1.Perda da chance e dano ao projeto de vida	30
3. Função da Indenização por dano à pessoa.....	33
4. Critérios de Valoração.....	37
4.1 – Nível Econômico da vítima.....	40
4.2- Nível Econômico do agente.....	45
4.3. Enriquecimento “sem causa”	46
4.4.Utilização das multas penais como parâmetro.....	47
4.5. Culpa.....	48
4.6. Lei de Imprensa.....	51
4.7. A complementar função punitivo/preventiva da indenização.....	52
4.7.1. O Critério do dano ineficiente.....	57
5. <i>O juiz</i> – Seu papel para uma efetiva tutela, fundamentação da decisão e seu preparo técnico.....	61
6.CONCLUSÕES.....	66
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	68

*Dedico este trabalho a minha
família, que tantos e tão intensos sacrifícios
submeteu-se para que o meu estudo do
Direito se tornasse realidade.*

Introdução

Novos ares invadem o estudo do direito civil. Esse ramo que constitui o tronco original de onde partiram os demais ramos do direito, com raízes tão profundas quanto antigas, é o qual possui o relacionamento mais íntimo com as pessoas físicas, com sua vidas, suas relações. Não existe um só ato da vida dos cidadãos comuns que não seja regido pelo direito civil: desde o seu nascimento, casamento, aquisição ou perda do patrimônio até a sua morte: tudo é tutelado sob a luz do direito civil. Exatamente por essa razão, é o ramo do direito mais rapidamente influenciado pela acelerada mutação da sociedade, que mais e mais necessita de mecanismo jurídicos mais eficientes e conectados com sua nova realidade. E, dentro do próprio direito civil, a responsabilidade aquiliana - justamente por sua característica absorvente fundada em boa parte na moral – vê-se ainda mais acuada com as exigências sociais.

O Direito Civil tem recebido os frescos ares de uma releitura que visa justamente a sua adaptação aos novos tempos, sem perder o precioso labor dos antigos doutrinadores. A interpretação sistematizada do ordenamento exige a conformação de seus institutos aos fins da Constituição Federal, movimento denominado como a “constitucionalização do direito civil (ou privado)”. Observado com desconfiança por alguns, festejado por outros, começa-se a sentir seus efeitos na mudança da postura do operador jurídico, agora mais atento à pessoa humana que ao que ela “possui”. Seu estudo não constitui um esvaziamento do conteúdo do direito privatístico, ao contrário: tal doutrina apenas procura novas bases para revivificar categorias jurídicas desacreditadas.

A complexidade social, marcada pela explosão demográfica, alta estatimentatização das relações, interconexão de setores aparentemente distantes, fluidez do capital e rapidez da propagação das informações, requer um jurista de olhar transdisciplinar, que possa extrair do fato *sub judice* uma decisão que melhor comporte toda a complexidade social, não apenas um olhar tradicionalmente estreitado somente sobre o fato citado nos autos.

O chamado “dano moral”, coqueluche das modernas lides, está sendo atropelada pela confusão dos operadores doutrinados pelo antigo direito civil patrimonialista – ainda tão arraigado no ensino universitário (!) – e ausente dessa nova interpretação das tradicionais categorias jurídicas. O desconhecimento de seu objeto, a neblina que paira sobre o fundamento de sua indenização e a ausência de sistematização de sua matéria tornam a trilha do seu arbitramento incerta, levando o magistrado a caminhos antagônicos.

Nossa formação jurídica torna-nos ainda desconfiados daqueles que procuram o juízo visando a uma indenização por danos morais. Somado a isso, a desconfiança social também presente entre as diferentes classes sociais – temperados com o total desconhecimento de uma pela outra – contribuem para maior confusão e incoerência no atendimento aos jurisdicionados. Nossa formação tecnicista, muito rica no estudo de elaboradas teorias cujo foco são as normas, mostra-se insuficiente para preparar o operador do direito, que na prática ver-se-á diante de questões que requererão sua capacidade de compreensão e julgamento da realidade. O debate acadêmico necessita enriquecer seu leque de temas, com assuntos como a justiça, moral, sociedade, política, economia e ética. Todavia, tratando-os não como mero estudo propedêutico.

O conceito de dano à pessoa humana e sua tutela exigem um *plus* do jurista atual, pois foge dos esquemas técnicos tão bem conhecidos, requerendo soluções que talvez se encontrem mais do lado filosófico/social que jurídico. Entender que características tornam o ser humano “humano” é o primeiro passo para desvencilhar o entendimento do dano moral das amarras de sua correlação com o patrimônio, dando-lhe independência e estudo próprios.

1. Responsabilidade Civil – Evolução e influência sobre a matéria

1.1 Introdução

O tema proposto encontra-se situado na matéria da responsabilidade civil. Desta forma, impossível analisar o dano moral, sem antes estudar - mesmo que superficialmente – a evolução ocorrida nesta matéria, que influi diretamente nos métodos de arbitragem do dano moral.

A responsabilidade civil passou por mudanças profundas em sua história, proporcionalmente ao desenvolvimento econômico e social. Com a crescente complexidade da sociedade, novas situações obrigaram o jurista a contemporizar a matéria, sob pena de aplicar nas nascentes lides uma ficção jurídica desconectada com a realidade e, dessa forma, *injusta*.

O principal que deve-se apreender é que a mudança pela qual a sociedade vem passando, numa velocidade cada vez mais galopante, obriga o jurista a permanentemente atualizar os atuais pressupostos da responsabilidade civil, desfazendo-se das lentes antigas - pelas quais observadas as relações sociais - para melhor perceber a nova estrutura social.

Sendo o direito nada mais que um sistema de condutas revestidas de especial poder coercitivo pela autoridade (ou seja, o estado), com o fim único de ordem, harmonização e desenvolvimento equânime da sociedade; e cabendo ao jurista a aplicação desse direito, a melhor compreensão da sociedade na qual se insere aquele direito aplicado resultará numa decisão muito mais *justa*. Mais condizente com os fins do direito.

O dano à pessoa humana, sendo matéria ainda nascente, resultado das últimas décadas de desenvolvimento jurisprudencial; recebe diretamente a influência das mudanças sociais, tanto por seu caráter aberto (ausência de parâmetros legais para sua estipulação) como por estar inserida na responsabilidade civil (mais presente na aquiliana), uma das matérias mais pulsantes do direito. Os

ditames gerais da matéria, conjugada com a necessidade social, devem guiar o raciocínio do magistrado, para atender à função harmonizadora do Direito.

1.2 Evolução e Influência

A responsabilidade pela reparação do dano é tema universal e sistêmico, que coincide com a própria evolução do direito comum. Encontra-se entre as prioridades e as aflições que perpassam os conflitos da natureza humana e as culturas que os emolduram, quaisquer que sejam as coordenadas de tempo e espaço, desde antes da *Lex Aquilia*.

Devido à freqüência com que incide no cotidiano de qualquer indivíduo, a matéria da responsabilidade civil possui tendência absorvente, característica que a torna “centro das atividades jurídicas”.¹

Poucos são os temas jurídicos que, como a responsabilidade civil, se espriam, indistintamente e com igual intensidade, por todas as épocas históricas, em permanente ebulição.

A noção de *responsabilidade* relaciona-se estreitamente com a original necessidade instintiva do ser humano de auto-preservação. À medida que o ser humano se agrupa visando a sobrevivência, primeiramente em pequena escala até chegar a complexidade de uma sociedade, o dano, mesmo que contra um terceiro (desde que pertencente ao grupo), não é aceito. Subentende-se que o dano vai contra a coletividade, diminuindo sua força e conseqüentemente a sensação de segurança do indivíduo. O indivíduo procurou *abrigo* junto ao grupo e, se caso um deles é ferido, instintivamente teme-se que o mesmo possa ocorrer consigo. Por isso, deve-se punir: para prevenir outros danos e amedrontar os inimigos. “*A defesa da própria existência é a lei suprema de toda vida: manifesta-se em todas as*

MAZEAUD et MAZEAUD, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*, vol. I, p. 15.

criaturas por meio do instinto de autoconservação.”² Assim o foi até que chegamos ao tempo onde coercitivamente *repara-se* o dano, restaurando a harmonia do grupo.

Desta forma, podemos afirmar que os critérios da responsabilidade civil acompanham a noção de justiça de uma dada sociedade.

Georges Ripert³ afirma que a responsabilidade traduz no plano jurídico o sentimento da moral, e essa, por sua vez, possui especial conexão com a justiça. Revela, através de seu estudo, o quão embasante o sentimento da moral influencia e molda a operacionalidade jurídica, em especial a noção de responsabilidade.⁴

Em cada época, escolhe-se qual a maneira de reagir frente ao dano, e, segundo os critérios de *justo* o grupo sinalizará *quem* irá suportar o castigo e de que *forma*. “...um imperativo elementar, nascido do que a natureza humana tem de mais profundo, determina uma reação contra prejuízos que a alguém advenha de fato de outrem; - a reação contra o ataque é quase um movimento reflexo à idéia de atentado é instintivo ligar a idéia de reparação.”⁵

No mesmo sentido:

*“El espíritu humano nunca se individualizó ni para castigar, ni para proteger: si ejercía la venganza en nombre del lesionado, en nombre de la colectividad y en nombre de Dios, a la vez que en la aplicación del castigo intervenía el individuo, el grupo, la familia, la tribu o la comarca”. (...) “El daño irrogado a un elemento de la colectividad se consideraba hecho a ella misma y se extendía a todos sus miembros, hasta el punto de eliminar-se entre sí en la represalia, sin reparar en el daño ni en la culpa en que incurrió el infractor, y buscando causar, no un daño igual, sino una venganza de sangre superior y más brutal que la recibida por el agredido”.*⁶

² IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*.pg. 41.

³ Professor da Faculdade de Direito de Paris e da Escola das Ciências Políticas.

⁴ *A regra moral nas obrigações civis*. Bookseller: Campinas/SP, 2ª ed. , 2002. Obra premiada pelo Instituto de França ,Prêmio DUPIN 1930.

⁵ OROZIMBO NONATO: Conferência, os aspectos do modernismo jurídico e o elemento moral da culpa objetiva. APUD Martinho Garcez Neto. *Responsabilidade Civil no Direito Comparado*, pg. 20

⁶ TRUJILLO, Rafael Duran. Ob. Cit. (pg. 1)

O instinto natural de atacar frente ao perigo, começa a ceder espaço a racionalidade, surgindo assim uma incipiente noção de justiça que aponta para a proporcionalidade entre a lesão cometida e a vingança. O Código de Hamurabi⁷ deixa-nos como legado o testemunho dessa inicial evolução. Com a lei de Talião “*surgió el primer síntoma de justicia sobre la base equitativa de la reciprocidad*” .⁸

O legislador começa a se apropriar da iniciativa particular, intervindo para declarar quando e em que condições tem a vítima o direito de retaliação.

Assim, por exemplo, se seu escravo (*awilum*) roubasse um boi, uma ovelha, um asno, um porco ou uma barca, caso pertencesse a um deus ou ao palácio, deveria pagar até 30 vezes mais; se pertencesse a um cidadão livre, dentre as classes dos proprietários, soldados, pastores e outros (*umskênum*), restituiria até 10 vezes mais. Se o ladrão não tivesse com que restituir, seria morto.⁹

Desta forma, a lei do “*olho por olho*” “*dente por dente*” que à primeira vista parece-nos bárbara e desumana, “*representa um grande passo, desde que estabeleceu uma rigorosa adequação entre a ofensa ou um dano sofrido e a vingança a que seu autor ficava exposto em razão de ato lesivo*” .¹⁰

A evolução do pensamento segue, sucedendo a esse período o da composição. Compreende-se que mais conveniente do que cobrar a retaliação seria entrar em composição com o autor da ofensa, que repara o dano mediante a prestação da *poena*, maneira de “*resgatar-se a culpa*”, pela qual o ofensor adquire o direito ao perdão do ofendido¹¹

À medida que a composição popularizava-se, até restar vedada a justiça pelas próprias mãos, naturalmente a autoridade substitui-se ao particular na atribuição de ferir o causador do dano, assumindo essa responsabilidade para a manutenção da ordem. “Evolui, assim, da justiça punitiva exclusiva, reservada aos

⁷ Assim denominado em homenagem ao monarca da Babilônia que o mandou elaborar, que viveu, calcula-se, entre 2003 e 1961 a .C.

⁸ TRUJILLO, Rafael Duran. ob. cit. (pg. 2)

⁹ SILVA, Luiz Claudio. *Responsabilidade Civil*, Ed. Forense. Pg 3

¹⁰ PACHIONI, G. *Elementi di Diritto Civile*, 2 ed. Torino, 1921, p 20/33. APUD Martinho Garcez.

¹¹ DIAS, Jose de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Vol. I, pg 17

ataques dirigidos diretamente contra ela, para a justiça distributiva, percebendo que, indiretamente, era também atingida por certas lesões errogadas ao particular, porque perturbavam a ordem empenhada em manter” .¹²

O direito romano nos legou a *Lex Aquilia*, que data de 250 a .C, apontada como a base da responsabilidade civil propriamente dita¹³, ainda que seu alcance não fosse universal – nem todos os danos eram julgados, apenas aqueles previamente contemplados na lei - foi em seu corpo que vislumbramos o começo da distinção da *culpa*. Somando-se a tal, até hoje o direito moderno sustenta a divisão entre responsabilidade contratual e responsabilidade civil aquiliana ou extracontratual, inspirando-se na *Lex Aquilia*.

No decorrer do desenvolvimento da jurisprudência romana, as espécies de danos julgadas exorbitam as inicialmente elencadas pela lei aquiliana, assim como a noção de culpa evolui. Na Idade Média, a teoria romana sobre a culpa é retrabalhada pelos glosadores, surgindo a teoria dos três graus de culpa: grave, leve e levíssima.

A culpa sempre foi a base fundamental da chamada teoria clássica da responsabilidade civil. Ainda hoje podemos afirmar que o é: a responsabilidade subjetiva é a regra, enquanto que a responsabilidade objetiva é a exceção.

Nesse breve correr da história, ao chegarmos às portas do século XIX, encontramos um cenário sócio-econômico muito peculiar: aumento populacional, desenvolvimento da indústria e tecnologia, popularização de bens de consumo voltados ao conforto da nascente classe média, economia capitalista, individualismo, urbanização em larga escala. Esses fatores combinados, em especial o *boom* tecnológico dos bens de consumo e sua proporcional escala de difusão na sociedade (como automóveis, meios de comunicação, industrialização dos alimentos), aumentam as chances de *dano*. Não é mais somente o ser humano o agente causador de dano, mas o produto, o objeto que serve ao seu conforto pode também representar perigo. Essas mudanças fizeram grandes juristas perceberem a insuficiência da teoria clássica da responsabilidade civil para o ressarcimento desses “novos” danos.

¹² DIAS, Jose de Aguiar, *ob. cit.* pg 18

¹³TRUJILLO, Rafael Durán, *ob. cit.* Pg_4

No final do século XIX, uma nova teoria é defendida por alguns dos maiores nomes da história do direito, como SALLEILES, JOSSERAND, ESMEIN, MERKEL, SAVATIER, DEMOGUE. Procuraram contemporizar a responsabilidade civil, ao assistirem um vertiginoso crescimento do número de danos e, principalmente, de agentes potencialmente danosos na nascente sociedade industrial. Defendiam a obrigação de reparar independentemente de culpa, ou seja, objetivamente. É a teoria do *risco criado*, que visa imputar às atividades perigosas uma *culpa objetiva* sobre todos os danos ocasionados por essas atividades. Contra tal entendimento, destacam-se MAZEAUD et MAZEAUD na defesa ferrenha da culpa como única base possível para determinar a obrigação de reparar.

O surgimento dessa teoria marcou o impulso ao estudo moderno da matéria. Giulio Ponzanelli¹⁴ divide a evolução da responsabilidade civil em três fases: sendo a primeira marcada pela presença absoluta da culpa, a segunda pelo desenvolvimento da responsabilidade objetiva, e por fim cita uma terceira etapa que chama de responsabilidade absoluta, mas cuja aplicação é restrita a poucos países.

Segundo o autor, a responsabilidade civil era tenuamente distinguível da responsabilidade penal, e sempre complementar a essa, reservando-se uma função residual.

No modelo sancionatório-punitivo, o agente deve ressarcir o dano à vítima, apenas quando é possível individualizar sua conduta de culpa e entre essa conduta e o dano existir um nexo de causalidade. Ou seja: nesse sistema não há uma razão para transferir o ônus econômico para um outro sujeito.”¹⁵

“Svolgeva un ruolo importante nel raggiungimento di tali conclusioni l’influenza della dottrina tedesca che dopo la codificazione del BGB, era divenuta il modello culturale straniero più seguito e diffuso nel panorama giuridico europeo. Un insigne esponente della cultura giuridica tedesca del XIX secolo, Rudolph von Jhering, aveva autorevolmente affermato che nessuna responsabilità può essere fissata a carico dell’agente senza la dimostrazione di una colpa: Kein Uebel ohne Schuld.”

¹⁴ *La Responsabilità civile – profili di diritto comparato*. Società Editrice el Mulino: Bologna, 1992.

¹⁵ PONZANELLI, Giulio. *Ob cit.* Pg. 50-51

Tal posicionamento acabou por proteger a nascente indústria, não a responsabilizando por produtos defeituosos – por falta de prova da culpa ou mesmo do nexo causal – ou pela irresponsabilidade do fornecedor do produto.

A passagem do primeiro para o segundo modelo¹⁶ de responsabilidade civil, explica, ocorre com o desenvolvimento do conceito de *negligence*¹⁷, através do esforço interpretativo de juízes americanos e ingleses da primeira metade do século XX.

Com o julgamento de dois grandes casos de responsabilidade civil do *common law* - Mac Pherson v. Buick Motor Co¹⁸, onde o freio do automóvel não funcionou, e Donoghue v Stevenson¹⁹, cujo produto (*ginger ale* – tipo de cerveja) veio com um resto em decomposição no fundo do recipiente - cristaliza-se o desejo de expandir a responsabilidade dos seus limites oitocentistas.

Pela primeira vez afirmava-se a existência autônoma de *tort of negligence*, que nasce da violação de um genérico *duty – to take reasonable care avoid acts or omissions which you can reasonable foresee would be likely to injury your neighbour* (o irmão anglo-americano do nosso *neaminem ledere*). Escapa-se da tipicidade dos ilícitos civis.

O segundo modelo de responsabilidade emerge com todos os fundamentos estruturais diferentes do primeiro modelo.

¹⁶ PONZANELLI, Giulio. *La responsabilità civile : Profilli di diritto comparato*. Società editrice il Mulino, 1992

¹⁷ À nossa divisão da culpa, em uma imprudência, negligência ou imperícia; no *Common Law* corresponde à denominação unitária de *negligence*.

¹⁸ 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916). O juiz Cardoso explica: “*if the nature of the things is such that is reasonable certain to place life and limb imperil when negligently made, it is then a thing of danger. Its nature gives warning of the consequences to be expected. If to the element of danger there is added knowledge that the thing of danger is under a duty to make it carefully. (...) we are dealing now with the liability of the manufacturer of the finished product, who puts it on the market to be used without inspection customers. If he is negligent, where danger is to be foreseen, a liability will follow ...It (the defendant) was not at liberty to put the finished product on the market without subjecting the component parts to ordinary and simple tests ...The obligation to inspect must vary with the nature of the things to be inspected. The more probable the danger the greater the need of caution.*”

¹⁹ (1932) A. C. 562. Manifesta-se Lord Atkin: “*a manufacture of products which he sells in such a forms as to show that he intends them to reach the ultimate consumer in the form in which they left him with no reasonable possibility of intermediate examination and with the knowledge that the absence of reasonable care in the preparation or putting up of the products will result in an injury to the consumer's life or property, owes a duty to the consumer to take that reasonable care.*”

<u>Responsabilidade Subjetiva Clássica</u>	<u>Início da responsabilidade objetiva (strict liability)</u>
<i>Função punitiva</i>	<i>Função reparatória</i>
<i>Tipicidade dos ilícitos</i>	<i>Atipicidade do ilícito</i>
<i>Presença exclusiva da culpa –</i>	<i>Outros critérios de imputabilidade.</i>
<i>Conceito rígido de nexos de causalidade</i>	<i>Conceito elástico de nexos de causalidade.</i>
<i>Presença de apenas solução consistente no ressarcimento do dano patrimonial</i>	<i>Alargamento dos danos ressarcíveis.</i>

Orlando Gomes, representando a doutrina nacional, destaca a colocação da vítima numa posição mais favorável em relação à prova, baseando-se nas palavras de JOSSERAND, embasando-se na posição desfavorável dos trabalhadores para demonstrar a culpa do patrão nos casos de acidente de trabalho, que ficavam cada vez mais freqüentes com a mecanização, marcando a evolução da responsabilidade civil para uma nova etapa. Tais colocações possuem paralelo com as conquistas do *commom law*, visto que os fenômenos sociais da industrialização eram os mesmos nos países do *civil law*.²⁰

Na França, a tentativa de expandir a reparabilidade dos danos, assim como suavizar a necessidade de prova, deu-se com a interpretação extensiva do art. 1384, parágrafo 1º, através da *teoria da responsabilidade derivada do fato das coisas*.²¹

No Brasil, destacamos o Decreto Legislativo nº 2681, promulgado em 17 de dezembro de 1912, regulando a responsabilidade nas estradas de ferro, exercendo grande influência na solução do problema da responsabilidade civil no direito brasileiro

Note-se como o processo relaciona-se intimamente com o entendimento de “culpa” e sua relevância para a responsabilidade civil. A noção de culpa na civilização ocidental judaico-cristã se associa à religião, à idéia de pecado. Consubstancia-se na reação quase que instintiva do “vc fez, vc deve pagar”, daí que

²⁰ *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, Pg. 341

²¹ RIPERT, Georges. *A Regra Moral nas Obrigações Cíveis*. Pg 206 e ss.

a primeira visão da responsabilidade do ponto de vista sancionatório. Durante o século XX observamos o giro conceitual no fundamento filosófico da responsabilidade civil, que deslocou o foco da obrigação do ofensor pagar por suas penas para o direito da vítima ser amparada, materializando o primado da solidariedade social .

Existe ainda, mesmo que com aplicação restrita, o regime de responsabilidade absoluta, a qual prescinde completamente de um nexo de causalidade entre dano e evento. Baseia-se unicamente na existência de um dano, portanto assemelha-se a um seguro. PONZANELLI destaca o modelo sueco, no qual o Estado indeniza totalmente os casos de erro médico. No Brasil, a responsabilidade absoluta é usada em caso de dano com material nuclear, apesar de que o termo utilizado seja o da responsabilidade objetiva (Lei nº 10.308, de 20.11.2001, Lei nº 6.453, de 17.10.77 e dispositivos da Constituição Federal).

Orlando Gomes anuncia a tendência da socialização do dano ²² através do mesmo sistema hoje feito de forma particular com seguradoras. O fundamento do contrato do seguro é transferência do ônus de arcar com o dano, mediante o estudo prévio do risco²³. Desta forma, acredita que a tendência da responsabilidade é a distribuição do ônus para toda a sociedade.

Sobre as mudanças radicais a que assistiu, Pontes de Miranda divide a matéria de responsabilidade, vistas em três cortes temporais:

“a) individualismo, assente no princípio do atomismo social e expresso na fórmula autonomia da vontade + culpa extracontratual = teorias clássicas da responsabilidade civil;

²² “O estudo da responsabilidade civil relacionado à teoria dos atos ilícitos tinha razão de ser no sistema das relações econômicas de épocas ultrapassadas. Hoje o número e a medida dos danos, que não podem ser reconduzidos ao fato voluntário de uma pessoa, aumentaram consideravelmente e assim tiveram de encontrar substancial compensação (...) no sistema de seguros, particularmente de responsabilidade civil, no qual se transfere ao segurador o peso da indenização. Ainda realizado através de contratos com empresas particulares,, tende o seguro a tornar-se social, para todos e para qualquer espécie de dano , de tal sorte que se alcance a socialização da responsabilidade.GOMES, Orlando. Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1986, pg.337.

²³ Autores que compartilham do mesmo pensamento: Wilson Mello da Silva. *Responsabilidade sem culpa e Socialização do Risco.*, p. 262; Andre Tunc. *La Responsabilité Civile.*, pg. 145 e ss.

- b) transição, por influência da máquina e do aumento do número de sinistros. Suas conseqüências – ensaios são o mutualismo, a responsabilidade por acidentes, com interpretação semi-clássica (responsabilidade pela causa final, invocação ao ubi emolumentum, ibi onus) e interpretação moderna (responsabilidade sem culpa);*
- c) solução científica, expressa na responsabilidade social e individual pelo dano.²⁴*

A responsabilidade civil ampliou-se, passando a tutelar também os danos morais. Esta passagem foi dolorosa, lenta. Da sua história, poderíamos arriscar a opinião de que a aceitação de sua tutela deu-se em razão da preocupação que o homem passou a ter sobre si mesmo. Algo já pulsante desde o século XIX, explodiu após duas guerras mundiais, desaguando em Constituições Nacionais a proteção do ser humano como fim e objetivo de suas respectivas nações. Um novo compromisso político nos princípios fundamentais das democracias ocidentais, e algumas orientais, influenciadas pelo espiritualismo cristão²⁵, que se consubstancia na pregação da Solidariedade social. Inobstante os percalços que ainda atrapalham o desenvolvimento do pensamento político, filosófico e, conseqüentemente, político voltado ao homem, acredita-se que vivamos o coroamento da idéia moderna de proteção do ser humano.

A responsabilidade civil, em sua história recente, apenas refletiu e reflete essa preocupação. Juristas, legisladores, partes, assim como a sociedade em geral pressentem que as regras encontram-se desajustadas as suas necessidades, e assim reimpulsiona-se a cadeia freqüente da mudança. Sendo a responsabilidade resultante da moral, na visão de RIPERT, e esta mudado em razão das novas conjunturas, nada mais natural que seguisse a sorte da sua fonte.

O grande desafio do operador do direito atual é a alta complexidade da sociedade. Não se trata mais da lide entre dois particulares, pois cada ato individual mais do que nunca influencia a cadeia factual dos acontecimentos sociais, e prever

²⁴ DIAS, Jose de Aguiar. Ob. cit. Pg 43, comentando Pontes de Miranda.

²⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. 2002, pg. 52

esses efeitos depende do estudo de matérias correlatas ao Direito como a Economia, Sociologia, Antropologia e Política.²⁶

O jurista deve ter a visão do global, das conseqüências que a lide possuirá não só para as partes. A massificação cultural, das comunicações, do consumo de bens e serviços, “criou” agentes lesivos com potencial para atingir até milhares de particulares em todos os níveis sociais. O conceito de culpa, a verificação de negligência para tais agentes deve ser diferenciada daquela que se faz para a pessoa física ou mesmo a jurídica constituída de uma micro-empresa. Assim como o era quando julgava-se a negligência entre uma pessoa letrada e a ignorante (por acreditar-se que a primeira possuiria melhor entendimento dos riscos)

Izhak Englard, professor israelense da Hebrew University de Jerusalém, afirma que a responsabilidade é influenciada por forças que se dividem em dois planos: no plano ético, com o conceito funcional contrapondo-se ao não funcional ; e sobre o plano filosófico, com a justiça distributiva opondo-se à justiça corretiva (culpa vs. Risco). Conclui que o melhor é aquele que for misto, intercalando cada uma dessas características conforme o tipo de caso, introduzindo-se a responsabilidade objetiva via legislações especiais, dada a diversidade da casuística. Defende o estudo dos efeitos econômicos da aplicação da regra de responsabilidade por guardar profunda coerência com a operacionalidade social, todavia, ressalta a sua perigosa imprevisibilidade.²⁷

²⁶ “Atenuar o distanciamento entre os vetores axiológicos e reais exige seja densificada a plasticidade retórico-semântica – da já referida perspectiva idealístico-formal dos direitos humanos – e despertada sua eficácia transformadora, permitindo aproximá-la da concretude inerente perspectiva material. Esse iter metodológico, prima facie, não pode ser principiado e ultimado num ambiente acadêmico e, muito menos, integralmente percorrido com um mero lance de tinta. Ainda que o jurista identifique o seu fundamento e estabeleça as suas bases de sustentação, à fórmula haverá de ser integrado o componente sóciopolítico, permitindo que os “fatores reais de poder”, isto para utilizarmos a sugestiva expressão de Lasalle, tornem efetivo aquilo que existe em potência. Ignorar a importância do componente sóciopolítico redundara em imperfeição semelhante àquela que se busca combater: o distanciamento entre o discurso retórico-semântico e a realidade.” Revista da Ajufe – Associação dos Juizes Federais do Brasil. Ano 22 – nº 78, 2004. Dignidade da pessoa Humana: Referenciais metodológicos e regime jurídico. pg 48

²⁷ *I fondamenti filosofici della responsabilità civile – studio sull pensiero di Izak Englard– La responsabilità civile*, Aggiornamento 1988/1996.

O estudo dos efeitos econômicos da responsabilidade civil se impõe para a correta tutela da pessoa humana, concretizando o preceito constitucional, e para essa tarefa o pragmatismo da *common law*²⁸ aparenta estar mais evoluída, influenciando as demais famílias jurídicas, como a *civil law*, para terror dos doutrinadores tradicionais. Naquele sistema, retoma-se o estudo damoral para embasar a reinterpretação do sistema da responsabilidade, revendo até mesmo os conceitos de utilitarismo econômico²⁹. O entendimento clássico de que a indenização deve ser proporcional à culpa cede espaço para a reparação integral. Aliás: toda a sistematização da responsabilidade civil aquiliana converge para a proteção da vítima em detrimento do agente. Essa visão, fundada no atual personalismo, permeia toda a sua operacionalidade, desde a valoração das provas até a arbitragem do *quantum*. Seria a passagem da base da responsabilidade construída sobre a culpa, para a da proteção da vítima? Talvez fosse um tanto radical afirmar tal mudança de enfoque. Todavia, as duas bases “disputam” a atenção do jurista no momento de arbitrar a indenização.

²⁸ “Proprio per queste ragioni, gli interlocutori di Englard sono gli scrittori inglesi e statunitensi. È lo stesso A . que, nell'introduzione, si preoccupa di sottolineare come vi sai stato, negli indirizzi culturali Del mondo occidentale, un curioso rovesciamento di ruoli: nel mondo della Vecchia Europa, in cui per tanti anni è prevalso il método concettuale, spinto allá teoresi e all'atrazione si è affermato il metodo pragmático, attento allá creatività giurisprudenziale e alle esigenze econômica-sociali; nel mondo del common law, all'originario método pragmatico e successivo método giusrealistico si sta ora affiancando (anche se non sostituendo) il método “scientifico”. I fondamenti filosofici della responsabilità civile – studio sull pensiero di Izak Englard– La responsabilità civile , Aggiornamento 1988/1996. Pg. 4

²⁹ Neste sentido ver a preciosa obra de John Rawls, Uma Teoria de Justiça; também reunião de estudos como o livro *Philosophical Foundations of Tort Law*. Coord. De David G. Owen.

2. O dano à pessoa humana

2.1 Dano

A noção de dano tanto se faz no plano fático, possuindo qualquer pessoa a significação no plano mental de sua representação, que influi no conceito juridicamente estudado.³⁰ Seria qualquer tipo de diminuição, de menoscabo tanto subjetivamente experimentado como objetivamente. Quando trabalhamos com a noção de dano observável, mesmo aquele experimentado unicamente no plano moral pela vítima, a noção de dano jurídico como *diminuição* não é falha.

Tradicionalmente, a doutrina sempre trabalhou o dano sob o enfoque da lesão *patrimonial/material*. O dano moral é algo mais recente, pensava-se que os bens ideais estavam protegidos pelo Direito Penal³¹. Por essa razão, a primeira noção jurídica civil de dano surgiu sob a noção naturalista. Ou seja: aquilo que objetivamente um bem determinado sofrera. Se observarmos que o dano apurado seja a diferença entre a situação anterior e posterior à lesão, esta noção é correta. Contudo, não tutela globalmente os interesses lesados, sequer os patrimoniais – como o seriam os lucros cessantes - sendo abandonada essa forma estreita de raciocínio do dano.

A lesão reparável juridicamente, para ser corretamente apurada, é relacionada com o elemento causador. No caso de descumprimento contratual, além do dano emergente, o lucro cessante será obtido através de um raciocínio de *equidade* do magistrado, como sendo aquilo que razoavelmente deixou-se de lucrar tendo como causa direta o *descumprimento*. Pois que a relação de causalidade poderia ser infinita, podendo o lesionador ser imputado por fatos que já não se relacionam diretamente com sua conduta, mesmo que esta esteja dentro da cadeia causal. Os interesses são, assim, também tutelados e considerados ressarcíveis, desde que objetivamente *apuráveis*.

³⁰ CASILLO, João. *Dano a pessoa e sua Indenização*. São Paulo: RT, 2ª ed., 1994, pg. 42, 43 Dano: afirma que o dano fático e o jurídico aproximam-se em seu conteúdo, pois ambos envolvem a noção de mal, de diminuição, de algo que afeta negativamente os bens ou as pessoas. Entretanto, o dano jurídico não cuida de todos os danos, visto que os irrelevantes não são amparados pelo Direito.

³¹ SILVA, Clovis do Couto e. *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Pg 218

Entretanto, mostra-se incompleta quando a lesão dá-se unicamente num plano ideal, como ocorreria com a pessoa retardada mentalmente que passa por situação vexatória em público. Poderia-se dizer que não houve dano, pois a vítima sequer teve noção da situação por que passou, não houve perda material e nem mesmo turbação da psique. Todavia, o respeito a sua dignidade não foi cumprido, sendo assim, é interessante indagarmos se houve um dano que, entretanto, não é experimentado pela vítima nos moldes jurídicos conhecidos. A lesão mencionada consubstancia-se no plano do dever de respeito objetivamente considerado à dignidade humana. Ou, poderíamos concluir contrariamente: realizou-se apenas uma conduta potencialmente danosa, mas que não materializou seus efeitos, sendo assim competente para julgá-la as searas penal e administrativa. O questionamento aqui é importante justamente para saber se a vítima citada anteriormente poderia requerer uma indenização ou não, pois, a existência do dano no direito pátrio é condição insubstituível para tanto.

Por parecer um caso onde os institutos clássicos do direito mostram-se insuficientes, talvez a saída seja analisar do ponto de vista da sociedade que é interessada no ressarcimento da vítima, visto que ao menos num plano objetivo o dano materializou-se (no caso, a honra objetiva).

2.2 Conceito de Dano à pessoa

2.2.1 A pessoa e seus bens: Crítica ao termo “dano extrapatrimonial”

A primeira vista, o termo dano extrapatrimonial pareceria bastante adequado, tanto que é endossado por inúmeros doutrinadores³², muitos deles importantes para a doutrina nacional como Jose de Aguiar DIAS :

³² Também nesse sentido Wilson Mela da Silva, Sergio Severo, entre outros.

“... quando ao dano não correspondem as características do dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral. A distinção, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do **efeito** da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado. De forma que tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a um bem não patrimonial como dano moral em resultado do ofensa a bem material.”³³

Ainda que sopesadas as ilibadas opiniões doutrinárias, acreditamos que está-se atrelando o conceito de *dano à pessoa* ao conceito de *dano patrimonial*, o que acaba por lhe negar independência, o que influencia por sua vez no seu estudo. O primeiro é compreendido apenas como contraponto ao segundo. O dano moral envolve o dano à *pessoa*, não só é independente como deve receber prioridade na visão constitucional.

O patrimônio é tudo aquilo do qual a pessoa se utiliza para angariar acréscimo às suas *finanças* ou *objetos* para sua *manutenção*, sua *sobrevivência*, como a sua casa. Portanto, perder um carro é notoriamente patrimonial, podendo consubstanciar-se em um dano pessoal na medida que aquele objeto representava também uma importância pessoal, emotiva, como o carro que pertenceu ao bisavô. Como primeira característica que salta aos olhos, temos a exterioridade do patrimônio em relação à pessoa, consubstanciado em objetos, créditos, títulos, ações. Ou seja, por mais que o patrimônio esteja a serviço da manutenção e desenvolvimento da pessoa, ambos não se confundem. Devemos ter em mente a imagem do ser humano em contraposição às coisas que estão ao seu redor, e ainda ter em mente o que é *eminentemente humano*.

O ser humano **utiliza-se** das coisas, não sendo definido em função delas, são instrumentos destituídos de qualidade ôntica.

Alguma confusão doutrinária pode surgir decorrente da estreita relação que a pessoa guarda com seus bens, por exemplo: um dano que primeiramente

³³ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pg 729

seria dano à pessoa pode ter seus reflexos patrimoniais, pois a pessoa se utiliza de seu intelecto, habilidade e corpo para a administração e captação de seus bens patrimoniais. Desta forma, perder uma perna para uma bailarina impossibilita a continuação da atividade que lhe dá sustento econômico de um lado (bem patrimonial), ao mesmo tempo em que acarreta um dano e estético e moral – a impossibilidade de realização de seu projeto de vida. Entretanto, é evidente que sua perna antes de tudo é parte integrante do ser humano, mas servindo também de instrumento ao econômico de forma destacada, tendo reflexos radiais neste departamento.

Na verdade, provavelmente todo dano ao corpo humano tenha seus reflexos patrimoniais, pois, como já comentado, o nosso corpo é o instrumento que pelo qual o intelecto realiza suas funções e as atividades concebidas primeiramente no plano mental. Pode ser através da venda de nosso trabalho, ou na administração de um patrimônio preexistente. Para compreendermos melhor essa noção, a visão do dano necessita ser contextualizada na vida da vítima de forma sistematizada. Nenhum evento é totalmente isolado, ele propaga suas conseqüências em todos os setores: vida profissional, afetiva, íntima. Ao Direito, caberá tutelar o efeito lesivo de **real** significância que tangencia os “setores” laterais àquele que originou o dano.

Já o dano moral, causará uma lesão na pessoa na qualidade que a torna *humana*. Tal lesão *pode* consubstanciar-se em – por exemplo - em desequilíbrio emotivo-mental profundo, ou uma lesão física.

A construção da noção do dano moral como sendo aquele com caráter extrapatrimonial, é natural para uma cultura jurídica nascida e maturada sob codificações *patrimonialistas*. Crescemos e fomos educados numa sociedade que **pensa** sob a luz dos valores pecuniários, desta forma seria difícil para muitos doutrinadores (em especial, aos pioneiros) enxergar o dano à pessoa sem que saltasse aos olhos em primeiro plano a característica de não ser algo que afete ao patrimônio diretamente.³⁴

³⁴ A passagem do patrimonialismo ao personalismo e, daí à consciência de que o dano moral é ressarcível, de permeio a toda construção doutrinária e jurisprudencial que o negava, foi demorada

2.2.2. Dano moral conceituado em emoções.

“Définition- Nous entendons par dommage moral toute souffrance humaine ne résultant pas d'une perte pécuniaire...On peut réclamer pour une souffrance physique le pretium doloris.” “Plus souvent encore, la victime souffre d'une douleur morale, dans sa réputation, dans sa autorité légitime, dans sa pudeur, dans sa sécurité et sa tranquillité, dans son amour-propre, dans l'intégrité de son intelligence, dans ses affections, etc.”³⁵

“O chamado dano moral tem estreita conotação com a dor, seja ela moral ou física, jamais afetando o patrimônio econômico do lesado.”³⁶

De forma plenamente compreensível, o surgimento da teoria do dano moral (dano à pessoa) deu-se com a sensibilização de grandes juristas, doutrinadores com situações que traziam profunda dor³⁷ e angústia a suas vítimas.

porque, segundo Mosset Iturraspe: a) “A vida humana não era apreciada e compreendida na medida em que é nos dias atuais; b) A ignorância sobre as enfermidades mentais – traumas, complexos, psicoses, depressões – levava a qualificar tais estados como um produto da fatalidade, da má sorte; c) Desconfiança do ressarcimento da indenização por dinheiro, para hipóteses que nada tinham que ver com o rendimento econômico, a produtividade, os salários; d) O Homem que interessava ao direito era o homem trabalhador, o homem produtor, e os prejuízos deviam guardar relação com essa aptidão; e) Considerar frívola qualquer atividade que não rendia fruto econômico; f) As aptidões para as artes, as letras e a contemplação eram consideradas menores; g) A burguesia, os industriais e os comerciantes sentiam-se solidarizados com aqueles que, por sua atividade, causavam danos e não com os que sofriam; assalariados, dependentes e subordinados. h) A impossibilidade de uma tradução certa em dinheiro, de tais prejuízos, ocasionava o afastamento de pretensões semelhantes; i) Desconfiança dos juizes, de sua arbitrariedade ou caprichos, no momento da quantificação; j) Algumas espécies eram julgadas como de elite, próprias dos membros das classes altas, inadequadas para uma generalização que alcançavam todos os cidadãos; assim acontecia com o dano à vida de relação e o dano estético; A reparação plena ou integral não era desejada. Havia um conformismo a respeito de uma reparação mínima, que alcançava só os danos maiores ou mais significativos” ITURRASPE, Mosset; apud Antonio Jeová dos Santos, *Dano Moral Indenizável*. pg. 52/53

³⁵ SAVATIER, René. *Traité de la Responsabilité Civile*. 10 ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, p. 92. Todo sofrimento humano deve ser indenizado, ainda que não cause prejuízo pecuniário, defende SAVATIER, considerando viável a reclamação por um sofrimento físico, que ele chama de *pretium doloris*

³⁶ Wilson Melo da Silva, *Dano moral*, Pág 266

³⁷ No mesmo sentido: “Privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precioso na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos” (...) “dano que afeta a ‘parte afetiva do patrimônio moral’ (dor, tristeza, saudade etc); e dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.), e dano moral puro (dor, tristeza etc)” DALMARTELLO. *Danni morali contrattuali*. *Rivista di Diritto Civile*, 1933, p55 e ss. Apud Miguel Kfoury Neto. *Responsabilidade Civil do Médico*. 5ª ed. rev. e atual. – São Paulo: RT, 2003. pg 109.

Situações onde se vislumbrava claramente a culpa do agente, mas o dano causado não possuía um valor econômico objetivamente apurável. Primeiramente, a honra³⁸ ferida – mas apenas quando a vítima era pertencente à “elite”, chamou a atenção da sociedade, causando a qualquer um a revolta e o pensamento de que a vítima não poderia ficar indene.

Com o desenvolvimento do conceito e a popularização de sua aplicação, sendo ampliado seu rol de bens a serem “ressarcidos”, a maneira mais lógica de verificar se ocorreu um dano dessa natureza, seria a existência de sentimentos como a tristeza, revolta, angústia, já que esses são os efeitos quase que onipresentes em situações onde verdadeiramente ocorra uma lesão à *pessoa*.

Mas essa noção é falha, pois os sentimentos são resultados, não configuram necessariamente a lesão, sendo essa razão que nos faz entender não ser a descrição ou intensidade desses sentimentos o melhor caminho para verificar a ocorrência do dano moral. Infelizmente, é o entendimento prioritário na jurisprudência:

PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AGRAVO REGIMENTAL - CARTÃO DE CRÉDITO - QUESTÕES FEDERAIS NÃO DEBATIDAS NO V. ACÓRDÃO RECORRIDO - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - SÚMULA 356/STF - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, NÃO CONFIGURAÇÃO , DESPROVIMENTO.

2 - O dano moral, nas lições de AGUIAR DIAS, são "as dores físicas ou morais que o homem experimenta em face da lesão" ("in Da Responsabilidade Civil", vol. II, p. 780). Noutras palavras, podemos afirmar que o dano moral caracteriza-se pela lesão ou angústia que vulnere interesse próprio, v.g., agressões infamantes ou humilhantes, discriminações atentatórias, divulgação indevida de fato íntimo, cobrança vexatória e outras tantas manifestações inconvenientes passíveis de ocorrer no convívio social.

³⁹

³⁸ Inclusive, se utilizamos o termo dano à honra, remetemos a nossa idéia a de proteção de pessoas com especial situação de notoriedade na sociedade, sendo conseqüência da proteção que se entendia necessária às pessoas da realeza. Por isso, alguns doutrinadores afirmam ser um resquício do *Ancien Régime*. Enquanto que a idéia de *dignidade* emerge a noção de valor intrínseco a cada ser humano, igualando-os em respeito e proteção. Neste sentido Yussef Said Cahali, *Dano Moral*, São Paulo:RT, 1999.

³⁹ AgRg no REsp 533787 / RJ, STJ, 4ª Turma, Min. JORGE SCARTEZZINI, jul. 02/12/2004, publ. DJ 28.02.2005.

Por exemplo, no caso de uma pessoa com alguma incapacidade mental: se identificarmos o dano moral como o efeito no plano emocional, dessa forma as ofensas à pessoa com subdesenvolvimento mental não seriam consideradas lesivas se não a afetasse? Uma notícia caluniosa, uma deformação física, ou o tratamento injurioso causam dano no momento em que desrespeitam o *neaminem leadere*. De forma específica, surge a lesão à pessoa quando a conduta desrespeita a dignidade da pessoa humana, dignidade essa que em nosso ordenamento é conferido desde ao feto⁴⁰ até a uma pessoa desprovida de seu estado de consciência equilibrada.

“O Tribunal Constitucional Alemão, em jurisprudência reiterada afirma: ‘Onde existe vida humana, confere-se dignidade humana: não é decisivo se o detentor é consciente desta dignidade e sabe defendê-la. Para fundamentar a dignidade humana são suficientes as capacidades potenciais inerentes à existência humana desde seu início’⁴¹

Por exemplo, a Ação por dano moral nº **960004829-0**, 2ª vara, da justiça federal do Paraná: no Hospital das Clínicas da Universidade do Paraná, onde uma mulher casada, internada na UTI, em estado de coma, foi estuprada por um enfermeiro. Questiona-se: a lesão deve ser civilmente reparada? O agente já possui sua responsabilidade penal configurada, e além desse existe a responsabilidade do hospital, eis que constituía o *garante* da integridade da paciente.

⁴⁰ Código Civil direitos guardados desde a concepção, ver também disposições penais contra o | aborto.

⁴¹ Decisões do BVG. Bd 39.1.S.41 BVG= Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Alemão). Bd= Band (volume), S = seite (página). In Maria de Lourdes Seraphico Peixoto da Silva, Conceito Constitucional do Dano Moral, pg 226. A autora ainda continua : "...se somente são consideradas pessoas aquelas que satisfazem certos critérios, por exemplo o da capacidade atual da auto consideração de maneira que a dignidade da pessoa somente seja considerada violada por atos que retiram esta capacidade, isto enseja campo aberto à relativização de Pessoa Humana. Nessa Linha de raciocínio, somente as atitudes que estivessem em contradição com a auto-consideração da vítima, poderiam violar a dignidade humana aqueles que tivessem consciência desta dignidade e fossem capazes de auto-consideração." Pgs. 226/227.

Além disso, devido à importância que reveste o ser humano, a sociedade toda possui interesse na sua proteção. Sendo o homem co-existencial, quando lesado há também lesão à sociedade⁴².

Em suma, esse conceito não abrange o **âmago de justificação da necessidade da tutela jurisdicional dos danos perpetrados contra a pessoa**: o preceito embasante do ordenamento jurídico de proteção ao ser humano, especialmente em sua qualidade ôntica. Desta forma, a Carta Magna nacional tem como um de seus princípios fundantes o respeito à **dignidade da pessoa humana**.

2.2.3. Dano a pessoa: conceito relacionado à lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A partir do segundo pós-guerra, ao menos sob uma perspectiva idealístico-formal, a concepção de que o respeito ao ser humano deve ocupar o epicentro de toda e qualquer atividade desenvolvida pelas estruturas sociais de poder parece ter recebido o colorido de dogma intangível. Os horrores daquela época criam um sentimento de unidade inédito entre as pessoas e os povos, tanto que cunha-se o termo “crime contra a Humanidade” no Tribunal de Nuremberg.

Tal movimento, de forma alguma isento de dificuldades e percalços, penetrou vagarosamente em todos os aspectos da vida quotidiana, mudando valores e estabelecendo novos parâmetros de conduta. A grande vitória resultante desse processo foi o coroamento da proteção à dignidade humana. “*O princípio da dignidade da pessoa humana fundamenta ele a totalidade dos direitos humanos positivados como direitos fundamentais do ordenamento jurídico-constitucional*”⁴³, e conseqüentemente o infra-constitucional. Ainda: “*resume e consubstancia por*

⁴² PEIXOTO, Maria de Lourdes Seraphico de, *ob. cit.* pg. 238

⁴³ BONAVIDES, Paulo. *Democracia Participativa*. Pg 10.

*inteiro o teor axiológico e principiológico dos direitos fundamentais das quatro dimensões já conhecidas e proclamadas*⁴⁴(as quatro gerações dos direitos).

Ou seja: o respeito à dignidade humana torna efetiva a *Cláusula geral de tutela da pessoa*. Atende-se ao anseio constitucional, além de proteger a pessoa *integralmente*, não apenas um rol de direitos.

O importante a guardar nesse ponto é a transferência da proteção do ser humano da seara civil para a constitucional. Não que a matéria agora tenha deixado de ser também civil, o que ocorre é a irradiação dos princípios constitucionais por todo o ordenamento, amoldando-o às atuais necessidades da sociedade. Assim, a discussão inicial se a pessoa poderia requerer uma indenização, mesmo não se configurando um dano no molde clássico de observá-lo agora será positiva. A lesão a sua dignidade foi configurada, nascendo para o ofensor a obrigação de repará-la, compensá-la.

A proteção ao ser humano estabelecido pela Constituição sobrepõe-se aos métodos clássicos civis⁴⁵. Este fenômeno não sinaliza para um esgotamento da matéria, ao contrário, trata-se de uma nova ótica, resultante da crescente complexidade da sociedade, para uma nova interpretação dos métodos tradicionais do direito civil, adaptando-os e revigorando-os.

O dano à pessoa possui, portanto, a sua tutela fundamentada constitucionalmente. A Constituição Federal de 88 elevou a Dignidade da Pessoa Humana a um dos princípios basilares da República em seu art. 1º, III, sendo esse princípio normatizado, reafirmado em todo o corpo da Constituição: quando elenca (não de maneira taxativa) os direitos fundamentais, as garantias fundamentais, o

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. *Ob. cit.* Pg 10

⁴⁵ “Se o Código Civil mostra-se incapaz – até mesmo por sua posição hierárquica – de informar, com princípios estáveis, as regras contidas nos diversos estatutos, não parece haver dúvida que o texto constitucional poderá fazê-lo, já que o constituinte, deliberadamente, através de princípios e normas, interveio nas relações de direito privado, determinando, conseqüentemente, os critérios interpretativos de cada uma das leis especiais. Recupera-se, assim, o universo desfeito, reunificando o sistema.” Gustavo Tepedino, usando as idéias de Pietro Perlingieri, In: *Temas de Direito Civil*, 2001,pg. 13

dever do Estado em promover o desenvolvimento social, a proibição do preconceito, entre outros.⁴⁶

Destaca-se o art. 5º, incisos V e X que colocaram uma pá de cal sobre a velha discussão sobre a ressarcibilidade do dano moral.

Soma-se a este cenário o reconhecimento de que o Direito tem como justificação o próprio homem. Autor e objeto do ordenamento, este deve ser pensado, criado e operacionalizado de acordo com as necessidades do Homem para desenvolver-se livremente e em harmonia com a Sociedade na qual se insere.

Desta forma, não poderia o dano à pessoa ter outro fundamento que não fosse a proteção constitucional do ser humano, que por sua vez normatiza essa proteção através da dignidade humana elevado a princípio basilar da República, e conseqüentemente, de todo o sistema normativo nacional.⁴⁷

2.2.3.1 Qualidade ôntica: ”⁴⁸

A qualidade de ser humano é exercida quando a pessoa é, quando ela cria, aprende, projeta, exercita e vivencia suas escolhas. Assim, a sua dignidade traduz-se também por esse prima. *“Él ser libre hace a la persona, a cada una de ellas, un ser único, idéntico a sí mismo, no intercambiable. No hay dos bioografias*

⁴⁶ “No aspecto material, o que releva é a fixação da Constituição como a fonte dos valores que informam as regras de direito civil (para além do fato de haver regras desta natureza insculpidas no próprio texto constitucional). A constitucionalização do direito privado (e mais especificamente do direito civil) representou este deslocamento dos valores que se encontravam plasmados no Código Civil para a Constituição. O significativo, portanto, é a leitura constitucional que se passa a fazer do Código Civil.” Luiz Renato Ferreira da Silva. *A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social*. Em *O Novo Código Civil e a Constituição*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003 Pg. 128

⁴⁷ “La necesaria aproximación ala calidad antológica del bien a tutelar, nos permitirá precisar tanto los criterios como la técnica jurídica susceptible de utilizar para lograr primordial objetivo.” CIFUENTES e outros. *Daño e protección a la persona humana*, pg. 21

⁴⁸ “a noção de pessoa humana como conceito ou categoria espiritual teve sua origem há mais de dois mil anos. Para Comparato, esse período originário é denominado período axial, entre os séculos VIII e II a .C., - no qual cinco doutrinadores – Zaratustra, Buda, Confúcio, Pitágoras e Dêutero-Isaías – desenvolveram idéias e princípios fundamentais da vida humana, afastando-se das explicações mitológicas sobre o mundo e o destino dos homens. Simone Hehele Bolson, 272.

similares. En esto consiste, en definitiva, la dignidad de la persona que, por ser libre es, en última instancia y pese a todos los condicionamientos, responsable de su destino, de su próprio y exclusivo quehacer vital, de su irrepitible devenir histórico-temporal." ⁴⁹,⁵⁰"No se puede ser persona sino en relación, en comunicación com los demás seres humanos, com los *otros*." ⁵¹

Estudando a qualidade de *humano*, chaga-se ao ponto de determinação de configurar se a lesão ocorreu contra a pessoa humana – justamente por ter afetado sua qualidade como tal – ou não.

2.2.4 Dano à pessoa: sua amplitude – Justificativa para a aplicação da teoria da tutela integral.

O ser humano é o fim e justificativa do ordenamento. Somente esse princípio já justificaria uma cláusula de proteção integral da pessoa, sem termos que nos socorrer aos direitos da personalidade elencados pela lei. Soma-se a alta complexidade do ser humano, com suas afetividades, planos, potencialidades, experiências; sendo incontáveis as possíveis lesões contra esse *sistema*. Diferentemente do patrimônio, exaustivamente estudado, classificado e tutelado pelas codificações modernas, a pessoa humana continua desabrigada da cobertura da tutela plena e estudo doutrinário jurídico, refletida na falta de conhecimento minucioso dos diversos tipos de danos possíveis contra o ser humano na seara jurídica. Para tanto, necessita-se de um labor multidisciplinar para auxiliar a compreensão do ser humano e, conseqüentemente a tutela jurisdicional.

No Brasil, destacam-se os compêndios jurisprudenciais, que reúnem decisões sobre diversos assuntos, mas carecemos de um estudo e classificação sistematizada eleita pela doutrina, para servir de guia aos jurisdicionados.

⁴⁹ CIFUENTES e outros. *Daño e protección a la persona humana* Pg. 25

⁵⁰ " O princípio constitucional da solidariedade identifica-se, assim, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados MORAES, Maria Celina... pág. 114

⁵¹ CIFUENTES e outros. *Daño e protección a la persona humana* Pg. 25

Tais trabalhos se encontram mais avançados em sistemas onde o rol de danos à pessoa ressarcíveis é restritivo, como o italiano. Na Itália, o art. 2059 c.c. limita a reparabilidade dos danos morais aos “casos determinados na lei”. Parte da doutrina a considera inconstitucional, sendo forte o movimento para a retirada de tal artigo do corpo do código civil.⁵² Devido à limitação, a doutrina e jurisprudência laboram incessantemente para classificar o rol de danos à pessoa, justamente procurando dar-lhes tutela. Ao elencar, por exemplo, que o dano à saúde constitui um dano biológico e não moral, escapa-se da restrição do citado art. 2059 c.c.

O **direito peruano** destaca-se por dar ampla proteção à pessoa. A Constituição do Peru, logo no art. 1º, traz em sua dicção que a pessoa humana é o fim supremo da sociedade e do Estado. Todos têm a obrigação de respeitá-la e protegê-la. O Código Civil de 1984 é o único do mundo que abrange⁵³, com amplitude, a proteção integral à pessoa, sem as limitações vistas nas legislações da Alemanha, da Itália e de Portugal. O Código Civil Brasileiro peca pelas raras disposições nesse sentido, sendo completadas pelo labor constitucional.

Em que pese o grande desenvolvimento dado à matéria dos direitos da personalidade, influenciando a expansão da ressarcibilidade dos danos à pessoa humana, faz-se necessário o reconhecimento da tutela integral do ser humano, de que sua dignidade é inerente e precede ao próprio ordenamento, cabendo a este

⁵² Julgado da Corte Constitucional da Itália, proferido em 30 de junho de 1986, considerou que o art. 2059 do Código Civil Italiano só se refere ao dano moral subjetivo (sofrimento, angústia, etc). Desta forma, o dano a saúde não estaria compreendido em tal restrição, já que difere do dano moral no entender dos italianos. O dano biológico está compreendido no art. 2043, que fala do dano injusto, e sua ressarcibilidade deriva de uma leitura constitucional do Código Civil: a luz do art. 32 da Constituição italiana, que ampara a saúde. Por tal razão o dano moral subjetivo ficou erroneamente limitado, enquanto o dano a saúde tem seu escopo bastante amplo, ressarcindo qualquer tipo de dano estético até o dano à vida de relação. Entretanto, o dano à saúde é situado como patrimonial⁵², mas não sem ressalvas pela doutrina italiana. Aquilo que chamam de dano não patrimonial é gênero das espécies dano moral (danno morale soggettivo), danno alla salute, para uma parte da jurisprudência. Diferente do resto.

⁵³ “ Ao fazer a nítida diferença entre dano à pessoa e dano moral, o Código peruano toma o dano que incide sobre qualquer aspecto da vida humana. Considera o dano à pessoa como um atentado contra os direitos personalíssimos e tem independência com relação ao dano moral e ao patrimonial. Assim ocorre, porque a intenção do legislador peruano, imbuído de profundo sentimento humanitário, coloca o ser humano como ponto medular e referência de todo o Direito. A violação de qualquer direito à pessoa, desde a ofensa verbal que fere a honra, até aquela que atinge o grau máximo de frustração de um projeto existencial de uma pessoa (perda da chance), tem previsão no Código Civil. “Antonio Jeová dos Santos, *Dano Moral indenizável*, pg 94

apenas *reconhecer* as mais diversas manifestações do homem. Assim, temos um novo norte para a interpretação jurisprudencial, mantendo-a – p. ex. - sempre eficiente frente ao desenvolvimento tecnológico que tanto invade a privacidade, desrespeita a dignidade humana, testando a legalidade a cada dia. Da mesma forma, esta compreensão impulsiona a pesquisa jurídica a buscar a fundamentação da proteção do homem no próprio homem, via multidisciplinar, não apenas na letra da lei, mantendo o Judiciário mais próximo da realidade e necessidade dos cidadãos. “A tecnologia progride com descobertas diárias de aparelhos que põem em risco o indivíduo e sua personalidade é atacada a cada minuto. Não podemos, por isso, esperar o legislador para nos outorgar proteções não previstas anteriormente.”⁵⁴ Necessitamos do labor jurisprudencial para a efetividade do ordenamento.

2.2.4.1 Alguns tipos de danos.

Antonio Jeová dos Santos destaca o trabalho de Boris Stark e Yves Chartier na França, trazendo sua classificação de danos à pessoa,⁵⁵ sendo:

1. Prejuízo ao prazer (*d'agément*): Seqüelas que impedem ao amplo gozo dos prazeres da vida, como lesão física que impede a pessoa de dançar ou praticar esportes.
2. Prejuízo sexual (*sexuel*) e prejuízo juvenil (*juvénile*): Aspecto de privação do prazer da pessoa, especificado dado sua importância. Certos transtornos psíquicos retiram a libido da pessoa, ou mesmo lesões físicas. O prejuízo juvenil é o decorrente do “*espírito lúdico do homem. A impossibilidade de praticar exercícios, brincadeiras danças.*”(p. 107).

⁵⁴ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1993, pg. 90. O autor continua: “É necessária a evolução dos direitos de personalidade e sua tutela e esta só pode ser plenamente garantida pelo trabalho e desenvolvimento constante da jurisprudência que utiliza a analogia

⁵⁵ Dano Moral indenizável, pg. 105-108.

3. Prejuízo estético (esthétique) :Desnecessárias maiores explicações sobre seu conteúdo. Entretanto, nota-se que seu tratamento é de espécie do gênero dano moral, não constituindo um *tertium genus*.
4. Prejuízo de sofrimento (souffrance): É o suportar dor física advinda de acidentes, por exemplo. É a dor no sentido médico. Compreende também ao sofrimento do espírito seguido a um acidente que ocasiona a paraplegia, por exemplo.

O autor ainda elenca outros tipos de danos à pessoa : *Dano à vida de relação*. Constitui um *plus* quando a vítima perde algo mais que o bem estar psicofísico, ou seja, quando atuam sobre o seu viver *social*. É a consequência danosa que impede que a vida social da pessoa continue a mesma, que a altera.⁵⁶ Clovis do COUTO e SILVA também refere-se a esse tipo de dano, lamentando pela falta de sua aplicação na jurisprudência nacional.⁵⁷

Do *commom law*, Marshall S Shapo, cita a classificação em *economic losses* e *noneconomic losses* as advindas do *personal injury*, que nada mais é a sistematização dos efeitos puramente econômicos ou morais do dano à pessoa. (pg. 338 –357).

Categories of Noneconomic Damages:

1. *Pain* (Dor) – Aquela consequente de danos corporais, doenças, persistente e intensa.
2. *Suffering*: Apesar do sofrimento possuir estreita relação com a dor, alerta o autor, traz a diferença entre as duas categorias ao destacar que a primeira se constitui de uma sensação física, enquanto a segunda relaciona-se com o entendimento da integridade pessoal da

⁵⁶ “O ser humano desenvolve sua existência em companhia de seus semelhantes, seja a pequena comunidade doméstica, que é a família, ou a grande comunidade ou grupo humano, que compõem a sociedade civil. Essa vida de relação supõe uma multiforme atividade, à margem da vida de produção ou trabalho, e se vincula às faculdades que enriquecem a personalidade: culturais, artísticas, desportivas, sociais, religiosas e outras.” Mosset Iturraspe, *El Valor de la Vida Humana*, p. 65) pg. 108

⁵⁷ SILVA, Clovis do Couto e. *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Pg 230 e ss.

vítima, constituindo-se em um *sentimento*.⁵⁸ Para esclarecer, imaginemos uma pessoa submetida a uma cirurgia plástica: ela sentirá muitas dores durante o processo pós-operatório, mas em seu íntimo ao invés de sofrer, regozijar-se-á pela consciência da melhora estética a qual foi submetida. Portanto, são efeitos diferentes que podem ser suportados cumulativamente, podendo ainda um ser derivado do outro.

3. Fear: como o medo experimentado pela pessoa consciente de que morrerá em breve.

4. Capacity to enjoy life – considera-se indenizável tal tipo de dano mesmo que a vítima não possua consciência dessa perda, como decidiu *West Virginia Supreme Court*, ao julgar procedente ação movida em nome de vítima em estado semicomatoso.⁵⁹

5. Consortium – Seria o nosso dano indireto em sentido estrito, aquele experimentado pelo marido ao perder a esposa, as crianças por perderem os pais, vice-versa. Não apenas em casos fatais, mas sempre que as pessoas de relações estreitas (pais, filhos, marido e esposa) são atingidas indiretamente pelo *injury*. Inicialmente, o conceito foi construído tendo como objetivo os esposos (consortes), sendo depois absorvido por situações análogas.

6. Bereavement - similar ao *Consortium*, mas abrangendo um grupo maior de pessoas.

⁵⁸ "Pain and suffering tend to evoke virtually identical behaviors, and judicial decisions invariably view the two as inseparable, but technically they are different concepts. Suffering is associated with situations in which people perceive pain as a threat to their continued existence – not merely to their lives or their bodies, but to their integrity as persons. By contrast, people may tolerate great pain without reporting suffering, especially if they know that the pain does not have dire meaning, that it can be relieved, or that it will be short-lived. A pain patient who has suffered for long time will have a pervasive repertoire of mental and physical consequences, including such behaviors as guarding oneself too much, and these behaviors will require systematic and extensive intervention. Because tort awards lump pain and suffering together, the practical implications of intense or prolonged suffering presumably are to add dollars to an overall calculated for the combined item. "Basic Principles of Tort Law, pg. 350,351.

⁵⁹ Idem .(pg. 352)

7. *Intangible death damages generally*: a morte de familiares ocasiona uma série de danos nos membros daquele sistema familiar, tendo inclusive tratamento especializado em algumas legislações americanas (*wrongful death statutes*). Desta forma, analisa-se de forma profunda todos os efeitos da perda do ente familiar, tais como a angústia, solidão, tristeza.⁶⁰

2.2.4.1.1 *Perda da chance e dano ao projeto de vida.*

Um tipo de dano peculiar, que não constitui novidade para os estudiosos do ramo – os irmãos Mazeaud já o citavam⁶¹ - mas que ainda causa dificuldades tanto em sua conceituação como aplicação é o problema da “chance perdida”.

Imaginemos um promissor estudante de medicina, já nos termos de seus estudos e planejando especializar-se como cirurgião, sofrer um acidente que atrapalhe a coordenação motora fina das mãos. Tal fato lhe tira a oportunidade de vivenciar sua carreira.

O problema consiste que tal dano paira aparentemente no nível da probabilidade, cabendo ao julgador a difícil tarefa de decidir se tratam de leves conjecturas ou não. Nas palavras de Sergio Severo: “*a questão da perda de uma chance está inserida na esfera da certeza do dano, visando a indenização do dano*”

⁶⁰ “Some wrongful death statutes specify categories of noneconomic losses resulting from death; for example, the Virginia statute speaks of “sorrow, mental anguish and solace which may include society, companionship, comfort, guidance, kindly offices and advice of decedent.” Idem 25, pg. 353

⁶¹ Através do exemplo do advogado que por não interpor um recurso ou perder um prazo, causa a perda da ação ao seu cliente. Henry, Léon e Jean Mazeaud, *Lecciones de derecho civil*, parte II, v.2,p. 62; Henry, Léon e Jean Mazeaud e François Chabas, *Leçons de droit civil*, cit.,t.2,v.1, p.398. apud Sergio Severo.*Os Danos Extrapatrimoniais* pg. 11.

*causado quando a vítima vê frustrada, por ato de terceiro, uma expectativa séria e provável, no sentido de obter um benefício ou de evitar uma perda que a ameaça.*⁶²

Ou seja: um dano que interrompe uma cadeia natural de eventos que levariam a satisfação da pessoa em um ou mais determinados aspectos. Pode se tratar de um evento isolado, como a festa de quinze anos tão sonhada que não se realiza por culpa do serviço contratado não atender ao combinado; do cavalo impedido de participar de uma corrida por culpa do transportador, ou o dano pode obstar de forma contundente todo o planejamento de uma vida, como no exemplo do estudante de medicina. Neste último, estaríamos diante de um dano ao projeto de vida, um dos mais terríveis que uma vítima poderia suportar.

Poderíamos entendê-lo como a espécie do gênero “perda da chance”. O primeiro relacionado a um evento certo, determinado. Já o segundo, constitui a impossibilidade da pessoa exercer livremente a escolha para sua vida, é **o dano que obsta o desenvolvimento da personalidade**, como o seria caso não houvesse ocorrido o sinistro. É o desenhista ou o cirurgião ainda jovem que perde a mão, o músico que tem sua audição afetada de forma irreversível, a bailarina que perde uma perna. De forma obrigatória, o curso de suas vidas é irremediavelmente mudado, ficando em seu lugar os sonhos que sequer poderão *tentar* alcançar.

O dano ao projeto de vida compromete o próprio ser da pessoa, constitui “*daño a la libertad, que compromete el derecho inato a ser uno mismo y no otro, a definir y realizar un determinado proyecto de vida, trastoca la existencia misma de la persona. Todo ser humano, por ser tal, tiene un proyecto de vida, aunque para determinadas personas, por su especial sensibilidad, su cumplimiento es determinante en cuanto éste resume y confiere el sentido de sus vidas.*”⁶³

No caso da perda da chance, podemos relacioná-la ao dano patrimonial dos lucros cessantes. É a expectativa do que a pessoa lucraria monetariamente, apoiado em expectativas sérias. Claro, possuem nítidas diferenças já que dificilmente o juiz determinaria que o transportador culpado pagasse então o valor do prêmio da corrida ao dono do cavalo impedido de correr. O que seria

⁶² *Os Danos Extrapatrimoniais*, pg. 11

⁶³ CIFUENTES, *Daño y protección a la persona humana*, pg. 55 O que no original estava em itálico, aqui negritamos.

indenizado seria a própria *frustração*, compensa-se o dano que ocorre no próprio ato de impedir a vítima de buscar seu objetivo. Esse é certo. Já o prêmio da corrida, esse paira na esfera da incerta, pois não se poderia garantir que aquele cavalo seria o campeão.

Sergio Severo distingue a perda da chance em *chance de obter uma vantagem* – como no exemplo do cavalo impedido de correr - e *chance de evitar uma perda*. Nesta última, cita a situação de um seguro que “não foi contratado validamente por culpa de terceiro, acarretando a perda de um bem, caso em que se trataria de um dano atual”⁶⁴. Entretanto, acreditamos que tal dano constitua um dano *patrimonial*, fugindo ao foco da perda da chance. Melhor a do médico que não informa corretamente seu paciente sobre seu estado, o que o priva de buscar o melhor tratamento, constituindo essa sim uma perda de chance de evitar uma perda sob o foco dos danos a pessoa.

⁶⁴ *Danos Extrapatrimoniais*, pg. 12

3. Função da Indenização por dano à pessoa.

Ocorreu um dano. A harmonia anterior é quebrada dando lugar a um novo cenário deturpado. O direito age, dando a resposta adequada possível. A responsabilidade civil imputaria a qual pessoa caberia *restaurar*. À vítima é restituída a harmonia anterior, assim a lei tem por cumprida sua função.⁶⁵ Entretanto, no caso dos danos morais esse processo não fecha, não encontra meios de atingir seu objetivo, visto que o dano causa um efeito que não pode ser revertido. O estado anterior não pode ser restaurado pelo agente. Assim sendo, o que fazer e *porquê?*

O magistrado deve sempre que possível procurar que o agente restaure a ordem, e de preferência *in natura*. O agente não o podendo – entendendo-se por restaurar recolocar a vítima na exata situação a que se encontrava antes do dano - que seria a resposta óbvia do direito, o dinheiro assume o papel de único refúgio à vítima para que não fique no desalento.

O escopo principal é a vítima. É quem suporta o dano e sofre suas conseqüências. O objetivo, portanto, é procurar ao máximo amenizar as conseqüências danosas e propiciar condições para que suplante o estado a que se viu reduzida.

Esta seria a função compensatória da indenização, geralmente retratada como possibilitar à vítima sensações, prazeres que ocupem o lugar da *dor*. Acreditamos ser um tanto simplista e excessivamente hedonista esta visão, tanto que ocasionou a errônea visão de que uma pessoa de nível econômico baixo

⁶⁵ Art. 1382 du Code Civil Francais: “*Tout fait quelconque de l’homme, que cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.*” Tradução livre: A todo fato de qualquer pessoa que cause dano a outrem implica o dever de reparar.

poderia ser indenizada com valor inferior, já que tal valor poderia *alegrá-la* muito mais que uma pessoa melhor posicionada economicamente.

Não que o princípio defendido pela esmagadora maioria da doutrina esteja incorreta, apenas acreditamos que a *abordagem* deva ser mais *abrangente*. Vista a gama variabilíssima de danos morais, reconhecemos a dificuldade de traçar metas gerais a serem alcançadas neste fértil cenário. Entretanto, como o dano afetará todo o *sistema* da vida da vítima – em grande ou pequena escala, de forma definitiva ou pontual – o magistrado deve ter como meta primeira propiciar um cenário suficientemente capaz de possibilitar que a vítima *reabilite-se*. O magistrado substitui o quadro na qual a vítima se encontra para um onde seja reabilitado seu bem-estar, garantindo sua dignidade e meios de suplantar as novas adversidades.

A abordagem abrangente da situação é necessária ao magistrado para que melhor tutele a vítima e garanta sua reabilitação, enquanto que um pensamento mais estreito e simplista conduziria a uma injustiça, seja com a vítima ou até mesmo com o agente.

Tal percepção se torna mais necessária quanto mais grave for a lesão. Uma pessoa que perde o companheiro ou aquele que se vê reduzido em sua capacidade física passa por uma verdadeira reabilitação, que permeia toda a situação da sua vida naquele momento: relações sociais, afetivas, profissionais, bem-estar, conforto, auto-estima.

Menos complexo seria o evento pontual como a inserção indevida do nome no rol dos inadimplentes, tendo conseqüentemente restrição de crédito. O vulgarmente chamado ficar com o nome “sujo” na praça. O magistrado teria em mira o que convenientemente poderia ser considerado justo como indenização à vítima, aquilo que a faria sentir que sua integridade, que o respeito a sua pessoa foi reabilitado.

Assim, conceituamos o caráter compensatório como aquele onde a indenização seja efetuada de tal monta e forma que propicie a vítima superar o estado danoso.

Mas a vítima não está sozinha: ela se insere numa sociedade, que mesmo que indiretamente, também suporta o dano. Por essa e também pela razão de os danos morais serem aqueles que ofendem a pessoa, ou seja, os valores mais elevados da sociedade, é que a indenização por dano moral guarda um sentido ético e moral maior que a indenização por danos puramente patrimoniais.

O que destacamos é que a indenização por danos morais possui ainda a função de reafirmar os valores sociais afetados pela conduta do agente.⁶⁶

Vislumbra-se assim um caráter duplo da indenização: um perante a vítima outro perante a sociedade, por isso é necessário um *plus* em casos específicos, que ofendem a sociedade de maneira contundente, em geral até mais que à própria vítima naquele caso isolado (de reincidência, por exemplo; deixando claro, aí sim, a necessidade de um caráter preventivo/punitivo). Entretanto, essa é uma peculiaridade que não atinge todos os casos. Mas em *todos* o juiz deve ter em mente que tanto o particular como a sociedade se dão por satisfeitos com a indenização arbitrada. Isso fica mais claro quando a vítima possui uma situação econômica e cultural desfavorável, ou de pessoa impossibilitada de perceber a gravidade da lesão. Ou seja: o magistrado não arbitraria uma indenização baixa unicamente em razão da situação econômica da vítima porquê não é eticamente aceitável – esse é o ponto onde a dimensão social da tutela do dano emerge, não havendo a intenção de punir o agente.

Assim, podemos concluir que: **A indenização tem a função de reafirmar a dignidade atingida.** Tanto socialmente (indagando-se se o conteúdo ético/moral foi satisfeito), como privativamente (quando fornece meios da vítima reabilitar-se)

⁶⁶ “A preocupação principal não consiste na idéia central de atender ao interesse da vítima [somente], senão ao da sociedade posicionada acima do interesse individual. Isto porque, é a sociedade a maior interessada no restabelecimento do seu equilíbrio aviltado”... “O dano por essa razão deixa de assumir um aspecto meramente particular, um vez que, atrás do ofendido se encontra um conjunto de regras e pessoas interessadas no equacionamento dos delitos, que ferem a sua estabilidade e contribuem para o desequilíbrio da ordem”. Clayton Reis, *Novos Rumos da Indenização dos Danos Morais*. pg 48

Tal preceito possui um conteúdo ético, moral e social, tendo sua fundamentação nos princípios constitucionais.

Sendo a função da indenização por danos morais a meta a ser atingida pelo magistrado, concluímos que o preceito acima deve ser o mote a permear o labor jurisdicional. Dão-se meios de a vítima suplantar o estágio danoso em que se encontra não perdendo de vista a reafirmação da dignidade humana como meio de aparar as arestas das decisões judiciais.

Estabelecer aqui a função da indenização é extremamente importante por ser o que irá **calibrar** as considerações sobre os critérios de arbitramento do dano moral, por se tratarem de instrumentos para se chegar ao objetivo *indenização*.

A diferença dessa conclusão com as prolatadas funções punitiva e preventiva é que essas têm como objeto de estudo a conduta do agente, enquanto que aquela prescinde de tal dado tendo como mote unicamente a tutela da vítima e o conteúdo ético-social para que sua dignidade seja restabelecida integralmente.

As funções preventiva e punitiva pertencem a uma etapa posterior, quando se analisa a conduta do agente, quando *essa for relevante para o arbitramento do dano moral*. Tal relevância se revela em atos que mostram certas peculiaridades que necessitam de uma resposta diferenciada do Judiciário, tanto para evitar que esses atos se repitam como para punir. Mas por sua peculiaridade, acreditamos que devam ser melhor estudados como critérios para arbitramento do dano moral que como uma função geral da indenização, cujo conteúdo já foi selecionado no presente trabalho.

4 . Critérios de Valoração

As lides que versam sobre danos morais tiveram um crescimento exponencial no cenário nacional, vejamos (números de lides que chegaram ao Superior Tribunal de Justiça) :

<u>Ano</u>	<u>Número de processos</u>				
1993_____	28	1994_____	47	1995_____	181
1996_____	228	1997_____	440	1998_____	540
1999_____	962	2000_____	1.331	2001_____	1.748
2002_____	3.990	2003_____	4.632	2004_____	8.201
2005_____	5.844	(até o início de julho).			
Total_____	28.172				

Esse crescimento induz algumas vezes assustadas com a “novidade” a argumentarem que esteja em implantação no Brasil uma *indústria do dano moral*. Discorda-se totalmente dessa opinião, sendo a razão desse crescimento outras, tais como:

A jurisprudência nacional era extremamente reticente quanto à aceitação da indenização pecuniária do dano moral, o que obviamente desestimulava os jurisdicionados a procurarem a tutela jurídica, além de colaborar para um pensamento reinante de que esse tipo de ofensa não era da alçada do direito.

A Constituição Federal de 88 silencia esse debate, coroando a ressarcibilidade do dano moral. Pode-se observar que a curva do crescimento das lides dá-se apenas na década de 90.

Também o amadurecimento da sociedade brasileira, que, principalmente após a promulgação do Código de Proteção ao Consumidor, vem conscientizando-se do respeito que as prestadoras de serviço e bens devem guardar por seus clientes. Exercita-se o direito de *reclamar, exigir*.

Em sentido oposto, uma coerção ainda deficitária do Judiciário permite que os danos à pessoa humana continuem repetindo-se. A negligência e a reincidência das grandes prestadoras de serviço – que são as grandes litigantes no Judiciário, quase que monopolizando o pólo passivo das ações que versem sobre este tema - além de não serem coibidas, acabam até sendo estimuladas com o arbitramento de indenizações pífias e *preconceituosas*. *Quando se entende que determinada camada da população deve receber menos quando moralmente atingida, e sendo a grande maioria da população pertencente a essa camada, estimula-se o dano*⁶⁷.

Salvo os entendimentos mostrados por Tribunais como de São Paulo e Rio Grande do Sul, a Jurisprudência nacional está despreparada *tecnicamente* para tutelar o dano à pessoa, em boa parte pela falta de preparo acadêmico para esta seara, e à inexistência de legislação específica e pouca sistematização doutrinária aprofundada. Essa situação talvez possa, ao menos em parte, ser explicada pela lentidão ocorrida em nosso sistema jurídico à admissão plena da reparabilidade do dano moral. Uma vez integrado ao sistema via a Constituição de 88, essa possibilidade passou a ser empregada de modo pouco refletido, tamanha era a urgência de zelar por situações existenciais até então praticamente desassistidas,

A popularização do dano moral ajuda a quebrar muitas barreiras, todavia cria outras quando inserida num quadro de desinformação e de profundos preconceitos sociais, como a sua *banalização*. Sente-se ainda a desconfiança contra aquele que procura o Judiciário requerendo uma indenização em razão de sua *dor*,

⁶⁷ Via de regra, estará mais exposto a tais dissabores o indivíduo de poucos recursos ou que esteja em posição mais vulnerável numa relação específica (de trabalho, de consumo, etc.). É o caso do empregado frente a seus patrões, do cliente perante o estabelecimento comercial ou financeiro, ou do simples freqüentador de um clube frente à diretoria do mesmo. Poderíamos dizer, com a devida reserva, que em muitos casos a vulnerabilidade é proporcional à diferença de forças entre os indivíduos ou classes de indivíduos, verificada em cada caso concreto.

especialmente quando trata-se de pessoa de baixa renda. Esse fato e o acúmulo absurdo de trabalho induzem ao magistrado não analisar profundamente a lide para só então arbitrar o *quantum*. O apego aos critérios tradicionais solidifica-se, retirando do magistrado a necessidade de fundamentar melhor o porquê daquele valor.

O problema da falta de análise sobre a lide é sentida mais gravemente nas instâncias superiores. O STJ, ao rever as indenizações aplicadas pelas demais instâncias, impedido de rever fatos e provas em conjunto, acaba desconsiderando as circunstâncias que envolveram o caso concreto e que foram tomadas em consideração pelas esferas anteriores, sob a falsa idéia de que reformou o *quantum*, mas não reviu provas e fatos, o que, *data venia*, é impossível, sob pena de se malferir o próprio princípio da igualdade, nivelando situações que, *de fato*, são diferentes em natureza e gravidade. E nem se argumente que a Corte Superior vale-se apenas dos fundamentos fáticos descritos nas decisões inferiores, sem rever provas, pois foi exatamente em decorrência das *provas* apresentadas e dos *fatos* verificados no caso concreto que se chegou a um *quantum* determinado, que seria, então, mais próximo da realidade do que a avaliação (*fictícia-exclusivamente subjetiva*) do STJ, esta tomada à distância do *conjunto probatório* contido nos autos, que é **imprescindível para se investigar/mensurar** a extensão do dano, grau de culpa verificada *in concreto*, e outros parâmetros elencados pela própria jurisprudência, bem como as condições em que se deu a ofensa, com todas as peculiaridades e dificuldades que envolvam qualquer demanda que verse sobre danos a pessoa.

Ao STJ, já que se permitiu rever o *quantum* das indenizações dos Tribunais Estaduais, caberia homogeneizar a jurisprudência nacional de forma fundamentada e conectada com a realidade. Entretanto, seja para evitar exageros, seja para desestimular o ajuizamento de ações com intenção e conteúdo duvidosos, o fato é que, a nosso ver, o STJ foi ao outro extremo, concedendo indenizações inexpressivas que tanto não atendem à extensão do dano sofrido pela vítima, como se tornam ridículos frente às instituições financeiras e outras empresas de grande porte, e tal ocorre em decisões que se referem ao caráter sancionatório. Ou seja: os preconceitos pessoais do magistrado preponderaram sobre a lógica.

A tendência do STJ é sempre a de diminuir o *quantum* da indenização, conduta que aparenta estar se solidificando com o aumento das demandas, quando deveria ser o contrário.

Pincelado o estado que se encontra o cenário da jurisprudência nacional, faz-se agora a análise sobre os principais critérios de arbitramento do dano à pessoa humana.

4.1. *Nível Econômico da vítima*

As novas construções legislativas, procurando retificar a antiga orientação patrimonialista, evidenciam a nascente preocupação com a proteção do ser humano. Entretanto, as medidas ainda são paliativas quando comparadas com o espírito patrimonialista ainda reinante não só nos textos codificados, mas, principalmente, na forma dos próprios operadores do direito entenderem a realidade.⁶⁸ *“Reflexo da situação econômica, contexto histórico e político, o Código Civil Francês (Código Napoleônica) foi responsável pelo pouco avanço na legislação de outros países no que toca à legislação civil. O homem era considerado apenas enquanto homo faber.⁶⁹ O direito debruçava-se sobre a pessoa, mas via o homem apenas como produtor de renda.”⁷⁰*

A mentalidade criada sob parâmetros patrimonialistas reflete tal posicionamento na maneira de julgar e aplicar o direito, sendo o que ocorre quando

⁶⁸ Tal patrimonialismo deve-se em grande parte à influência francesa, em especial o Código Napoleônico. Liberdade e propriedade são os pilares em que se sustentam o Código Civil francês de 1804. O seu art. 544, que denomina a propriedade como um direito absoluto, ao estatuir que é direito de gozar e de dispor dos bens da maneira mais absoluta, desde que deles não faça uso proibido pelas leis e pelos regulamentos, é o coroamento desse pensamento que vê a liberdade como instrumento da livre disposição dos bens, protegendo-os da ingerência estatal. Ou seja, “propósitos políticos levavam ao não conhecimento da pessoa como ser em si mesma Antonio Jeová Santos, *Dano moral Indenizável* pg 47

⁶⁹ SANTOS, Antonio Jeová, *Dano moral Indenizável*. pg 47

⁷⁰ Miguel Reale: “Parece-me assistir razão a Arnaud quando afirma que era estranho aos textos romanos o pensamento subjetivista e individualista que inspirou o citado art. 544, sendo inegável que ele correspondia às aspirações da burguesia, a qual, como observou Benedetto Croce, iria tornar-se, ao longo do século XIX, menos uma classe do que um estado de espírito, isto é, um tipo de civilização Nova Fase do Direito Moderna, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, pg89

o magistrado aumenta ou diminui a indenização tendo em vista a situação econômica da vítima.

O pernicioso fato de que pessoas vivam em situação de pobreza, não pode servir de fundamento a uma decisão judicial que se diga *justa*. Da mesma forma que a dignidade é irrenunciável, protegendo a pessoa até de si mesma, como quando se sujeita a situações subumanas para sobreviver; o fato de uma indenização menor para uma pessoa dessa, ser compensatória segundo molde clássico da função da indenização, não pode ser aceito pelo direito. **É permitir que o agente locuplete-se se aproveitando da nefasta má distribuição de renda, ou da falta de percepção da vítima quanto à extensão do dano.**

Advoga-se contra o reducionismo do *ser pelo ter*, pelos absurdos encontrados na jurisprudência onde o mesmíssimo dano⁷¹, repercutindo de maneira análoga encontra montantes diferenciados por causa unicamente do nível sócio-econômico da vítima. Talvez por preconceito elitista rançoso ainda presente na magistratura, esse erro - que lembra os tempos onde determinados tipos de danos morais eram privilégio apenas da elite econômica – vem criando perplexidades para os jurisdicionados.⁷²

Indo além, é inegável que avaliar o *quantum* tendo em vista os critério apontado fere frontalmente a Constituição Federal, que em todo o seu corpo afirma e reafirma como princípio basilar a Dignidade da Pessoa Humana e a Igualdade⁷³

⁷¹ REsp 651225 / MG, julg. em 19/08/2004 caso de amputação de membros inferiores, mantida a indenização em 100 salários-mínimos; e REsp 604801 / RS, julg. em 23/03/2004, onde uma das duas vítimas perdeu um membro e órgão, sendo-lhe arbitrado 300 salários-mínimos.

⁷² Um tipo de dano que vem lotando o Judiciário é a inserção indevida no rol dos inadimplentes. A restrição do crédito resultante pode atingir de forma muito mais trágica uma pessoa economicamente desfavorecida, visto que os integrantes da classe C e D são dependentes de crédito para adquirirem seus bens de consumo. Além disso, sua honra também pode ser muito mais atingida, visto que o seu nome "sujo" na praça pode desencadear restrições maiores na sua coletividade, tão mais apegada ao bom nome da pessoa que aos seus bens – justamente pela ausência desses -, diferentemente do que pode ocorrer entre as elites econômicas. Como também o inverso pode ser observado. O que não pode resistir é esse *pre-conceito* sobre como o dano repercute na vítima tendo em conta apenas um dado sócio-econômico.

⁷³ NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito pós-moderno – Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001, pg 49: "Enfim, é a conquista interpretativa do princípio da igualdade, distinção maior, talvez, entre o Estado Liberal Clássico e o Estado Democrático de Direito. Indubitavelmente, sua aplicação passa por um juízo axiológico de escolha, entre o que é discriminação injustificada e tratamento razoável entre *fattispecie* diversas, revelando o

entre todos. “Nascido no âmbito de uma relação de respeito à Pessoa, manifesta uma revalorização do que a Pessoa é ou pode ser, mais do que a Pessoa tem ou pode Ter.”⁷⁴

O magistrado deve colocar-se no lugar da vítima, imaginar seu cotidiano, as relações que trava com sua comunidade e familiares, captar o quanto o dano interferiu nesse sistema para só então formular seu julgamento.

Entretanto, o que observamos em geral são os magistrados referirem-se a um genérico “*tendo em vista a situação econômica das partes*”, sem uma fundamentação aprofundada, “caneteando” valores sob a influência de seus *preconceitos*.⁷⁵

Em alguns momentos misturam-se até os conceitos de dano moral e patrimonial, como nessa decisão onde o magistrado utiliza a renda da vítima para chegar ao *quantum* a título de danos morais à família. É o reducionismo do **Ser** pelo **Ter**.

“(…) **INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DE TRABALHO CUMULADA COM DANOS MORAIS** (...) aduzindo, em síntese, que no dia 17.06.94, seu marido e pai dos menores, foi vítima de acidente, quando foi tragicamente atingido por uma máquina de escavação, ocasionando o seu esmagamento, tendo por conseqüência, o falecimento.. (...) (..) No caso de **dano moral**, o pagamento em dinheiro deve corresponder para o lesado uma satisfação igualmente **moral**, ou, que seja, psicológica, capaz de neutralizar ou, ao menos, anestesiar em parte os efeitos dos dissabores impingidos. (...) Assim, sua fixação depende da apreciação de diversos fatores, como a repercussão na condição pessoal e social dos autores, a condição do réu, cuja análise, deve ser entregue ao prudente arbítrio do juiz. (...) tem-se que, in casu, a **indenização** fixada a título de **dano moral** foi exagerado, impondo-se sua redução para o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). (...) **Reaimente o valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), é excessivo, se levarmos em conta que o salário da vítima se viva fosse, como resultado da atualização daquele que percebia à data do evento, seria de R\$ 500,00 (quinhentos reais)**, conforme se pode deduzir dos documentos de fls. 12, 16 e 153. (...) Considerando que a **indenização** seria paga até a data em que a vítima completaria 65 anos, e se a sentença foi prolatada em 1997, quando a

rompimento com o sistema lógico-matemático, neutro por excelência, em sublimação ao pensamento comprometido e transparente.”

⁷⁴ SILVA, Maria de Lourdes Seraphico Peixoto da, *Conceito Constitucional de Dano moral: O desrespeito pela Dignidade Humana*. pg 225

vítima teria completado 40 anos (fls. 60/62), as parcelas devidas são em número de 325 (12 meses por ano, mais a gratificação natalina vezes 25 anos - $12 \times 25 = 300$).(…) Desta forma, o valor total das parcelas, tomando-se o salário hipotético acima mencionado, de R\$ 500,00, reduzindo-se em 1/3 (um terço), conforme a sentença, e multiplicando-se o valor assim apurado para cada parcela mensal (R\$ 333,33) pelo número de parcelas, chega-se ao valor de R\$ 108.333,33 (cento e oito mil, trezentos e trinta e três reais e trinta e três centavos), quantia esta muito inferior àquela determinada pela sentença. Registre ainda que, um depósito em caderneta de poupança no valor de R\$ 67.000,00 já é suficiente, considerando os juros mensais de 0,5%, para o pagamento da pensão, considerando o valor mensal de R\$ 333,33 acima mencionado, excluindo-se a gratificação natalina. Destarte, a constituição de um capital em torno de R\$ 100.000,00, depositado em caderneta de poupança é o que basta para garantir o pagamento de 12 parcelas anuais, mais gratificação natalina, de uma pensão de valor até maior do acima estimado.”⁷⁶ (sem grifos no original)

Impressionante o estudo econômico do magistrado sobre a possível renda da vítima, para chegar ao *quantum moral*.

Ora, se a intenção é determinar a perda econômica da família, já que perdeu aquele que a sustentava pecuniariamente, a decisão estaria correta (parcialmente, pois seria necessário estabelecer o aumento de ganho salarial natural, dado o crescimento profissional). O que a renda da vítima se relaciona com a dor da família? Indagou-se a idade dos filhos, pois sendo estes crianças a falta do pai não seria determinante em suas formações, entre tantas outras variáveis? Como se encontrava o relacionamento do casal? Qual o nível de dependência afetiva e emocional que a família guardava com o *de cuius*? Uma situação de uma família de baixa renda, com vários filhos ainda crianças, um casal maduro e saudável, que perde repentinamente um de seus elementos de sustentação (como o pai ou a mãe) não seria muito mais arrasadora que numa família de classe abastada, filhos crescidos, na qual um dos genitores é vítima de doença degenerativa lenta? Provável que nossa ilustrada jurisprudência concedesse uma indenização maior ao segundo caso. Vê-se que a decisão citada sequer questiona-se sobre os danos às **pessoas** da esposa e dos filhos.

⁷⁶ Apelação cível n. 99.007506-0, de Urussanga/SC. Relator: Des. Mazoni Ferreira.

Já se afirmou, inclusive, que seria um absurdo admitir que a família recebesse um valor que extrapolasse aquilo que a vítima teria recebido em vida. Primeiramente, lembremos que a pessoa durante sua existência em geral evolui, melhora de emprego, elevando o seu conforto e o de sua família. Segundo, mas não menos importante, não existe qualquer relação entre a *renda* com o dano efetivo sentido no seio familiar, tanto o é que não se discute mais sobre a reparabilidade de perda de ente familiar sedempregado. Diante deste cenário, só podemos concluir que nosso corpo de juízes, na sua média, desconhece o que constitui o *dano moral*.

Outra decisão que mostrou-se dramático o uso de tão pernicioso argumento, foi o caso de uma empregada doméstica que foi injusta e violentamente acusada de ser "ladra" pelo gerente de um supermercado porque supostamente teria passado um cheque sem fundos ou furtado naquele estabelecimento. E mais: a cena humilhante passou-se na frente dos amigos de Igreja e dos policiais que acompanhavam o truculento gerente do supermercado. A pobre cozinheira quase teve a voz de prisão contra si decretada e efetivada. A Quarta Turma do STJ considerou que o valor da indenização (R\$ 50.000,00, fixados pelo Tribunal de Justiça) era muito alto, pela seguinte razão:

*"Conquanto tenha a recorrida sofrido o desconforto anunciado, a quantia fixada é desproporcional ao padrão econômico da recorrida e da recorrente, sendo quatro vezes superior a sua folha de pagamento e várias vezes mais que o salário percebido pela recorrida no seu honrado labor de empregada doméstica."*⁷⁷

Observe o absurdo da decisão: reconhece o dano, não nega sua extensão para justificar uma redução tão drástica, mas sobrepõem o salário da vítima e do ofensor e ainda finaliza com um irônico "honrado labor". Realmente, tão honrado que serviu de justificativa para diminuir a indenização pelo grave ataque à honra dessa vítima.

⁷⁷ STJ, Pesp. 214.053, 4 Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, jul. em 05.12.2000 e publ. No DJ de 19.03.2001

O entendimento (ou melhor, o preconceito) de que pessoas de baixa renda devam receber igualmente uma baixa indenização, é tão enraigado que prepondera até mesmo sobre os demais critérios, pois tínhamos presentes culpa grave, alto poder aquisitivo do ofensor e profunda gravidade da lesão.

A incongruência do STJ torna-se ainda mais realçada se compararmos a decisão anterior, a da Terceira Turma, que tratava de extravio de talonário de cheques, via correio, ocasionando a inscrição da correntista – uma economista – no SPC. O STJ confirmou a condenação do banco ao pagamento de R\$ 199.500,00, correspondente a 20 vezes o valor dos cheques emitidos.⁷⁸

4.2. *Nível Econômico do agente*

Tal parâmetro de arbitramento vai de encontro, primeiramente, ao art. 944 do Código Civil, que estipula que a indenização mede-se pela extensão do dano.

O maior ou menor poder aquisitivo do agente não interfere diretamente na extensão da lesão sofrida pela vítima. O seu uso justifica-se provavelmente por uma questão de suportabilidade da indenização pecuniária pelo agente e, sendo um valor a ser arbitrado pelo magistrado, esse possui liberdade para pautar a indenização, por danos morais, por valores estranhos à vítima.

Por outro lado, a majoração da indenização camufla um caráter *punitivo*. Estando plenamente satisfeita a vítima, ultrapassar esse patamar com a justificativa de *quem tem mais suporta mais*, é aplicar uma sanção não pelo grau de culpa, mas por *quem fez*. Esta seria a utilização do caráter sancionatório de forma indiscriminada⁷⁹ e dissociada de seus fins.

⁷⁸ STJ, AG 363.646, 3 Turma, RI. Min. Ari Pargendler, julg. Em 19.11.2001 e publ. No DJ de 18.02.2002. Em uma decisão mais recente, o STJ arbitrou o valor de R\$ 250.000,00 a uma vítima que foi eletrocutada e restou em coma, em estado vegetativo. REsp 623737 / DF

⁷⁹ RJTJRGs 164/132. " A reparação do dano moral tem natureza também punitiva, aflitiva para o ofensor, com o que tem a importante função, entre outros efeitos, de evitar que se repitam situações semelhantes, de vexames e humilhações. Deve ser levada em conta a condição

Além disso, não segue o raciocínio lógico de pautar-se unicamente pelas necessidades da vítima.

4.3. Enriquecimento “sem causa”

Tal preceito constitui o principal pretexto utilizado para as reduzidas indenizações, em especial às pessoas de baixa renda. Traduz-se como o entendimento de que a satisfação pecuniária não deve produzir o enriquecimento à custa do empobrecimento alheio, sem uma causa que o justifique.

Essa idéia continua mal definida, mas seus elementos são facilmente apreensíveis. A transferência do montante pecuniário é *injusto*, “no enriquecimento sem causa pessoa obrigada não praticou nenhuma ação que seja fonte de sua obrigação”.⁸⁰

Trata-se de regra geral e abstrata, que durante longo período não encontrou efetividade legal, não possuindo no ordenamento brasileiro o mesmo estudo e a aplicação que possui na França, por exemplo.

Sua aplicação no momento de arbitramento do *quantum* indenizatório não possui fundamentação jurídica. Primeiramente, existe uma causa para a transferência do montante pecuniário, sendo este o dano. Se a lesão requer uma cifra tal que exorbita os ganhos regulares da vítima, existe sim uma causa que o justifica. Um entendimento contrário, parece querer sinalizar que a vítima só pode ser reparada até o limite de sua condição econômica, escravizando a tutela de sua dignidade a um dado puramente patrimonial. Além de ser, em nosso entendimento, uma afronta à Constituição, o objetivo de indenização integral não é satisfeito.

econômica-financeira do ofensor, sob pena de não haver nenhum caráter punitivo ou aflitivo. [...] Esta natureza corretiva [...] beneficia diretamente a vítima e reflexamente, graças ao seu caráter corretivo, auxiliará a todos; às pessoas comuns que se livrarão de situações análogas. O réu, e outros que vierem a tomar ciência do feito, haverão de ter mais cautela antes de exporem seus clientes a vexames e humilhações de toda ordem, por suspeitas de furtos, o que tem sido mais comum que o desejável.”

⁸⁰ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Pg 246

Caso haja um empobrecimento por parte do agente, este deu causa a esse processo. O mesmo ocorre no caso de um empréstimo para determinada pessoa jurídica iniciar uma empresa. Caso não encontre o sucesso econômico esperado, o pagamento do empréstimo poderá empobrecer-lhe substancialmente o patrimônio, mas ainda não foi encontrada uma decisão que negasse a satisfação da obrigação anteriormente contraída fundada no argumento do enriquecimento sem causa.

Por fim, a decisão judicial é motivo mais do que justificado para impedir que se argumente um enriquecimento sem causa. Existe ainda aqueles que parecem confundir conceitos e falam em enriquecimento ilícito quando consideram que o valor arbitrado foi demasiadamente elevado. Oras, a decisão judicial reveste-se de toda a legalidade necessária, não se coadunando com a idéia de ilícito dada pelo Código Civil em seu art. 186, a não ser que a mesma esteja sendo instrumento de fraude.

4.4. Utilização das multas penais como parâmetro.

Apesar de não serem utilizadas, faz-se referência a esse critério em razão de sua referência no antigo Código Civil (art. 1538, 1547), e terem surgido na doutrina vozes que a defenderam.

Por uma questão de coerência não se deve utilizar tais marcos. A multa penal visa punir o agente e desestimulá-lo daquela prática, assim como a sociedade. Todavia, mesmo para essa função os indicadores da legislação penal são insuficientes, seja por sua evidente desatualização monetária como social. Já a responsabilidade civil aquiliana segue o princípio do *restitutio in integrum*, Logo, não há que se sequer cogitar da idéia de procurar referenciais tão díspares.

4.5. Culpa

A responsabilidade civil, na sua regra geral, é pautada pela culpa. Segundo Código Civil, o dano ressarcível é aquele oriundo de um ato ilícito⁸¹

Art. 186 conceitua ato ilícito: *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”*

Para Caio Mário são atos *“que se concretizam em procedimentos em desconformidade com o ordenamento legal, ou ao arrepio dele, violando um mandamento ou uma proibição do direito”*⁸²

Não entendemos que a culpa seja requisito do ato ilícito. Entendemos que qualquer conduta contrária aos fins do direito o seja. Consubstanciado o ilícito, e dele resulte efeitos indesejados, nascem as conseqüências jurídicas para o agente, que podem ser várias, desde a simples obrigação de ressarcir, multa ou até pena privativa de liberdade (caso de ofensa penal).

A discussão sobre a existência ou não da culpa é importante para o momento de **imputação**: decidir-se se o agente responderá pelos efeitos ilícitos dessa conduta e de que forma. Na esfera civil, sendo caso de responsabilidade subjetiva e não havendo culpa, então não nascerá a obrigação ressarcitória, mesmo que presente uma conduta cujos efeitos feriram o direito.

Para dirimir eventuais dúvidas, damos o seguinte exemplo:

Uma pessoa vende seu automóvel, recebendo um cheque como pagamento. A pessoa que se apresentou como comprador possuía todos os documentos pessoais passando a imagem de idônea. O vendedor tenta descontar o cheque, mas não existem fundos suficientes na conta do comprador. O cheque é

⁸¹ “A essência da responsabilidade subjetiva vai assentar, fundamentalmente, na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribui para o prejuízo sofrido pela vítima. Assim procedendo, não considera apto a gerar o efeito ressarcitório um fato humano qualquer.” Caio Mario. *Responsabilidade Civil*. Pg 35

⁸² Caio Mario. *Responsabilidade Civil*. Pg34

protestado. Após, descobre-se que o vendedor fora vítima de um estelionatário. Apresentou-se com documentos e cheques furtados de outra pessoa, sendo essa a titular da conta, que por causa do protesto é lesionado em sua imagem.

O efeito da conduta do vendedor do veículo foi ilícita? Seus efeitos o foram, pois prejudicou a imagem de outrem sem que nenhum direito contra esse tivesse. Pensava estar agindo conforme um direito que acreditava possuir, mas na verdade não o detinha.

A nossa noção de justo, obviamente, não conceberia a idéia de que o vendedor tivesse que suportar algum eventual prejuízo causado inocentemente ao verdadeiro titular dos documentos e cheques furtados. RIPERT afirma que, quando lesionamos outrem, nossa consciência ainda assim não nos acusa de *culpa* se agimos conforme nossa entendimento de correto. Para melhor definição do instituto, prefere-se dizer que existiu um ilícito, mas cujo titular é desprovido de culpa, não podendo, pois, os resultados danosos serem-lhe imputados

Sendo o agente imputável, ainda assim o grau de culpabilidade não integra o montante da indenização, pois esse não possui relação com a extensão do dano. Constitui uma grave incongruência a decisão que afirma arbitrar a indenização com um objetivo compensatório, mas que o realiza pautando-se também sobre a conduta do agente. Estaríamos diante de uma punição disfarçada, que *a priori* não seria função da indenização cível. Apenas em casos específicos, onde se revele uma especial necessidade social, é que o magistrado assim o poderia, e mesmo assim de forma clara e bem fundamentada em sua decisão.

Entretanto, não é dessa maneira que se comporta a jurisprudência. Quase que esmagadoramente, o grau de culpa integra o *quantum* arbitrado, o que nos coloca diante de duas situações: quando o mesmo é utilizado para majorá-lo ou para minorá-lo. Como já argumentado, a majoração da indenização extrapola o *quantum* entendido como suficiente para a vítima constituindo uma punição disfarçada. Já para minorá-lo, o magistrado encontra a permissão do Código Civil:

Art. 944. “A indenização mede-se pela extensão do dano.”

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Provavelmente inspirado por uma preocupação moral, o legislador preferiu proteger o ofensor que agiu com culpa leve, evitando que assim da situação danosa mais uma “vítima” surja. Constitui herança da responsabilidade clássica, anterior à passagem do escopo da responsabilidade civil da culpa para a proteção da vítima. O citado artigo possui sua importância, apenas indaga-se se não estaria incompleto. Sabendo-se que a ordem constitucional prima pela proteção do ser humano, talvez a melhor redação fosse: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, e demonstrada escassez de recursos do agente, ficando comprometido o essencial para seu sustento e de sua família, poderá o juiz reduzi, eqüitativamente, a indenização..

Assim, acreditamos que ficaria claro que o objetivo da norma é a proteção da pessoa não necessariamente o grau de culpa, evitando que da tutela jurisdicional resultem mais vítimas.

Também outra questão deverá ser abordada pela doutrina: a jurisprudência, ao arbitrar uma menor indenização por danos morais quando presente uma culpa leve, ao mesmo tempo que não age da mesma forma em caso de indenização por danos patrimoniais, estaria sinalizando como sendo aquele merecedor de menor proteção frente a esse? Não seria inconstitucional essa incongruência?

A culpabilidade integrará o montante quando ocorrer culpa concorrente entre o agente e a vítima, pois nesse caso opera-se uma repartição de responsabilidades, ou seja, no plano da imputação. Não se poderia imputar ao agente a parte que cabe à vítima. Se esta agiu de forma a contribuir com o dano contra si mesma, desconta-se o grau de concorrência do total.

4.6. Lei de Imprensa

Os limites de 05 a 200 salários mínimos impostos pela Lei de Imprensa (art. 50, IV c/c art. 52 da Lei 5.250/67) e pelo Código Nacional de Telecomunicações (art. 84, Par. 1º da Lei 4.117/62) foram considerados inaplicáveis pelo Supremo Tribunal de justiça⁸³⁸⁴

Sua aplicação (já praticamente extinta, felizmente) era inconstitucional. Existe uma realidade fática e normativa atual diferente daquela em que se inseria tal lei (Constituição de 69 e ditadura)

⁸³ RESP 196424 / RS ; RECURSO ESPECIAL
1998/0087739-8

⁸⁴ RESP 52842 / RJ ; RECURSO ESPECIAL 1994/0025205-6 - RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. LEI DE IMPRENSA. LIMITE DA INDENIZAÇÃO. PROVA DO DANO. PREQUESTIONAMENTO. 1. O DANO MORAL E O EFEITO NÃO PATRIMONIAL DA LESÃO DE DIREITO, RECEBENDO DA CF/1988, NA PERSPECTIVA DO RELATOR, UM TRATAMENTO PRÓPRIO QUE AFASTA A REPARAÇÃO DOS ESTREITOS LIMITES DA LEI ESPECIAL QUE REGULA A LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E DE INFORMAÇÃO. DE FATO, NÃO TERIA SENTIDO PRETENDER QUE A REGRA CONSTITUCIONAL QUE PROTEGE AMPLAMENTE OS DIREITOS SUBJETIVOS PRIVADOS NASCESSE LIMITADA PELA LEI ESPECIAL ANTERIOR OU, PIOR AINDA, QUE A REGRA CONSTITUCIONAL AUTORIZASSE UM TRATAMENTO DISCRIMINATORIO. 2. NO PRESENTE CASO, O ACORDÃO RECORRIDO CONSIDEROU QUE O ATO FOI PRATICADO MALICIOSAMENTE, DE FORMA INSIDIOSA, POR INTERESSES MESQUINHOS, COM O QUE A LIMITAÇÃO DO INVOCADO ART. 52 DA LEI DE IMPRENSA NÃO SE APLICA, NA LINHA DE PRECEDENTE DA CORTE. 3. OS PARADIGMAS APRESENTADOS PARA ENFRENTAR O ACORDÃO RECORRIDO CONFLITAM, SOB TODAS AS LUZES, COM A ASSENTADA JURISPRUDENCIA DA CORTE, QUE CONFINA A PROVA DO DANO MORAL PURO AO ATO PRATICADO, NO CASO, A PUBLICAÇÃO DA NOTICIA 4. A VERBA HONORARIA, NO COMBATE DA EMPRESA RECORRENTE, NÃO FOI ENFRENTADA PELO ACORDÃO RECORRIDO, NÃO CONHECIDO PELO TRIBUNAL ESTADUAL O ADESIVO INTERPOSTO. FALTA, PORTANTO, O IMPERATIVO PREQUESTIONAMENTO.5. O VALOR DA INDENIZAÇÃO DEVE MOLDAR-SE PELO PRUDENTE ARBITRÍO DO JUIZ, ADOTADA A TÉCNICA DO "QUANTUM" FIXO, NÃO HAVENDO QUALQUER VIOLAÇÃO AO ART. 1.547 DO CC NEM, MUITO MENOS, AO ART. 49 DO CP, DIANTE DO CRITÉRIO ADOTADO PELO ACORDÃO RECORRIDO.6. RECURSO ESPECIAL DA EMPRESA CONHECIDO, EM PARTE, MAS, IMPROVIDO; RECURSO ESPECIAL DO AUTOR NÃO CONHECIDO.

4.7. A complementar função punitivo/preventiva da indenização

A teoria da “pena privada” foi defendida em meados do século XX por Boris STARCK⁸⁵. Tal teoria foi útil como mais uma razão para aqueles que defendiam a indenização pelos danos morais, ao menos como sanção.

Embora em sua configuração atual, os danos punitivos datem do século XVIII⁸⁶, já desde o século XIII, na Inglaterra, em casos de lesões pessoais causadas **intencionalmente**, “*trespass to the person*”, ou em outras hipóteses específicas, o juiz podia condenar o réu a um ulterior pagamento a título de *punitive damages*.⁸⁷

Entretanto, enquanto a experiência inglesa afunilava as situações em que se considerava aplicável os *punitive damages*, a experiência norte-americana presenciou grande expansão em sua aplicação, especialmente os danos decorrentes de acidentes de consumo (*products liability*).

Vê-se, pois, que o estudo dos *punitive damages* é muito mais antigo que imaginam boa parte de nossos magistrados, que sentem apenas agora a novidade da influência que certas categorias do *common law* vêm exercendo sobre o *civil law*. Diuturnamente, discute-se – especialmente nos EUA – os limites, aplicações e função do citado instituto, merecendo dos principais doutrinadores desse país respeitáveis estudos que servem de fonte à jurisprudência. Como no caso de *strict liability* dos produtores, recorreram-se aos estudos de David G. Owen, de 1976, que considerava alguns dos requisitos para repreensão da conduta do agente: a) existência e relevância de um perigo representado pelo produto; b) possibilidade que o agente tinha de diminuir esse perigo a um nível aceitável e os custos dessa operação; c) conhecimento por parte do infrator da existência do perigo, da sua importância e da possibilidade de o atenuar (*Gross negligence*); d) razões pelas quais ele não reduziu o risco, ou se acabou de fazê-lo, o período de

⁸⁵ B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris: L. Rodstein, 1947, p. 361 e ss.

⁸⁶ Na Inglaterra a primeira aplicação ocorreu em 1763, no caso WILKES v. WOOD. pg. 229

⁸⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de, *ob. cit.* p. 229

tempo durante o qual vacilou; e) eventual existência de vontade de enganar o consumidor⁸⁸. Fora, todas as outras já elencadas pela jurisprudência, como a burla a normas de segurança e qualidade.

A grande variabilidade entre as cifras das indenizações arbitradas naquele país tem levado inúmeros estudiosos a formularem saídas, apesar de outros acreditarem residir aí sua força, já que se a atividade econômica pudesse prever o valor indenizatório provavelmente escolhesse arriscar-se, além desse ser o maior empecilho à materialização de um contrato de seguro que cobrisse eventuais *punitive damages*.

Aponta-se como um dos problemas o fato de que cabe a um júri popular estipular o valor da indenização, havendo maior influência do preconceito e de ignorância. Além disso, o júri vota de maneira mais emotiva, dependendo da indignação que a gravidade do dano causa. Entretanto, não é essa a meta – a punição pura e simples- dos *punitive damages*.

Como o maior objetivo do dano punitivo é a dissuasão – caráter preventivo- já se afirmou que um corpo de especialistas naquele assunto estariam melhor capacitados para estabelecerem qual cifra atingiria essa meta. Poderia se tratar até mesmo de uma agência reguladora.⁸⁹ Ou, que o júri previamente enquadrasse o caso *sub judice* em uma lista de outros casos similares. Com base no precedente escolhido, o juiz então fixaria a indenização.⁹⁰

Note-se que os *punitive damages* quanto instrumento de persuasão não é criticado nos EUA, mas a *forma* com que tem sido materializada sua aplicação. Não se cogita de retirar o seu uso dos tribunais, apenas reconhece-se a necessidade de racionalização nos julgados.

⁸⁸ LOURENÇO, Paula Meira. *Danos Punitivos*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pg 1044.

⁸⁹ "If optimal deterrence is the goal of punitive damages, it would probably be better for the judgment to be made by a judge or (better still) by a specialized regulatory agency." (C.R. SUNSTEIN; D.KAHNEMAN; D. SCHKADE, Assessing Punitive damages, P. 2091) APUD Carlos Eduardo Pianowski Ruzyk, ob. cit.

⁹⁰ C.R. SUNSTEIN; D.KAHNEMAN; D. SCHKADE, Assessing Punitive damages. APUD Carlos Eduardo Pianowski Ruzyk, ob. cit.

Um dos mais citados argumentos usados contra o uso do caráter desestimulador nas indenizações é que uma vez esse *plus* constituindo uma sanção, viola-se o princípio da legalidade, pois *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Pois bem, analisemos esta questão:

A separação entre pena e indenização é conseqüência da antiga dicotomia público-privado, que relegou a competência para impor as penas exclusivamente ao Estado, restando ao cidadão requerer unicamente a indenização pelos eventuais danos que sofresse. Esta dicotomia é herança do Estado Liberal, que pregou uma filosofia de proteção da igualdade formal e do patrimônio. Ou seja, resquício de uma era que não se coaduna com a moderna responsabilidade civil, voltada muito mais para a materialização dos valores do homem que apenas proteção do patrimônio.

O fato é que os maiores desrespeitadores da dignidade humana têm sido as grandes pessoas jurídicas prestadoras de bens e serviços. Devido ao seu alcance, por atenderem grandes massas, seu poder de ofensa cresce exponencialmente. Um dano moral, que se fosse isolado não teria maiores conseqüências, pode ganhar uma dimensão muitíssimo mais relevante quando tem como agente uma grande prestadora de serviços: milhares pessoas passam por vítimas da conduta negligente de empresas que preferem assim agir a gastarem dinheiro com as medidas que evitariam danos, ocasionando milhares de lides ao Judiciário, lotando a máquina estatal, e gerando uma grande sensação de indignação e insegurança na população, e o pior: a sensação de *impunidade*.

O objetivo da direito penal, que seria o da retribuição – do dano – e da prevenção – de que novos ocorram – **não pode ser aplicado, pois pessoas jurídicas não respondem penalmente na grande maioria dos delitos. Não respondem por ofenderem a honra alheia e a integridade física e psicológica, entre outros** (arts.139, 129, 132, do Código Penal).

Mesmo que se entendessem os *punitives damages* como pena privada, sua aplicação poderia evitar uma penalização penal exacerbada para a proteção dos bens jurídicos.

“Porém, entendemos que o renascimento da pena privada não é uma idéia retrógrada, nem é produto de um direito bárbaro ou na sua infância, pois por um lado, talvez tenha sido esse eventual pré-entendimento o responsável pela actual [sic] hipertrofia e ineficácia do Direito Penal, no âmbito do qual se acautelaram quase todos os novos ilícitos, ou os chamados ‘ ilícitos mistos’ , sem se atentar na utilidade das funções assumidas pela pena privada na responsabilidade civil, injustamente apelidade de ‘ vingativa’ .”⁹¹

E também o que restaria ao direito penal senão a aplicação de multas? Não estamos diante de uma pessoa física que possamos constranger tirando sua liberdade ou direitos. É uma aglomeração de pessoas, de condutas, com o fim comum de desenvolvimento de uma atividade. As empresas testam a legalidade todos os dias, e se não forem constrangidas no único setor que lhes interessa – o dinheiro – não terão razões para mudarem suas condutas. Principalmente, num país onde a maioria da população não recorre à justiça, e quando o faz, recebe indenizações pífias por causa do nível econômico a que pertencem, como se estas pessoas estivessem sempre correndo atrás meramente de um dinheiro fácil, e não da reafirmação do seu direito de serem respeitadas. Desta forma, especialmente as multinacionais instaladas em nosso país continuarão tratando o cidadão brasileiro como cidadão de segunda classe, já que a resposta do Judiciário nacional não é dura e efetiva.

A conduta ilícita de pessoas jurídicas não constitui nem estudo do Direito Penal, pois este visa constranger a pessoa, redimí-la de seus erros e educá-la; nem diretamente ao civil clássico justamente por que certos tipos de bens jurídicos (direito a integridade física, honra,,) quando desrespeitados eram assunto do Direito Penal, cabendo a esse a coerção da sociedade, resultando em sua harmonização.

Entretanto, vivemos sob uma nova ordem constitucional que apenas reflete a grande complexidade da sociedade atual que não pode ser exaurida nos moldes clássicos do direito. Não podemos mais falar numa abrupta separação entre direito público e privado, e nem mesmo entre as matérias. O jurista deve analisar o

⁹¹ LOURENÇO, Paula Meira. *Danos Punitivos*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pg 1024.

ordenamento de maneira sistematizada e inter-relacionada, buscando nos princípios constitucionais o preenchimento de possíveis lacunas.

Aqui, não havendo medidas tipificadas de evitar o proliferamento de danos em razão da conduta de tais agentes, caberá ao juiz cível arbitrar o montante sancionatório, justamente como forma de efetivar o comando constitucional de proteção ao ser humano.

*“A idéia de que o princípio da dignidade [da pessoa humana] impõe ao Estado ações visando a evitar a produção de danos contra a pessoa permite vislumbrar um redesenho das possibilidades da responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais, ressaltando-se sua dimensão preventiva. **Se, por um lado, é certo que a responsabilidade civil somente tem lugar após a produção do dano, não se pode olvidar sua dimensão dialética, que permite sua utilização como instrumento pedagógico de prevenção.**”*⁹²

Obviamente, não se advoga pela punição pura e simples, seria retroagirmos à institucionalização da vingança⁹³. Necessitamos é de um freio econômico, algo que as façam tomar medidas para evitar os danos: de um **Caráter preventivo-pedagógico, ou desestimulador.**

⁹² Carlos Eduardo Pianowski Ruzyk, *A responsabilidade civil por danos produzidos no curso da atividade econômica e a tutela do dignidade humana: critério do dano inficiente*. Pg 134

⁹³ Alberto Silva Franco e outros, in *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, p. 666: “ ao aplicar a pena, o juiz deve ter por fim neutralizar o efeito do delito como exemplo negativo para a comunidade, contribuindo com isso ao fortalecimento da consciência jurídica da comunidade, à medida que procura satisfazer ao sentimento de justiça do mundo circundante, que está em torno do delinqüente. Mas, ao mesmo tempo, o juiz não deve perder de vista o fim de reinserção social do delinqüente e tão imperiosa é esta finalidade que, no art. 1º da LEP, ficou consignado que um dos objetivos da execução penal é o de proporcionar condições para a harmônica integração social do delinqüente.”

4.7.1. O Critério do dano ineficiente.⁹⁴

Analisa a realidade econômica, buscando assim meios de interferência nesta seara, que guardem fim com a proteção da dignidade humana. Visa tornar economicamente inviável condutas originalmente concebidas para burlar a lei, os ditames de respeito à pessoa humana, coibindo ações maliciosas.

Aplica-se a racionalidade econômica no direito, quebrando a lógica mercantilista que normalmente obtém vantagens com o desrespeito à pessoa.

“A pessoa, de fundamento, se transforma em objeto. No cálculo dos meios eficientes para a obtenção dos fins, o risco de dano à pessoa somente será elemento relevante se o dano implicar prejuízo (econômico) à variável da equação que impõe a minimização de perdas. Se o risco à dignidade humana é menos dispendioso que sua proteção, a relação meios-fins, por excelência niilista, imporá a opção pelo risco. A irracionalidade dos valores impõe que a dignidade seja posta à margem.”⁹⁵

Entretanto, a Constituição, diferente da economia que busca apenas a eficiência da relação custo-benefício (econômico), estabelece a promoção do ser humano, obrigando o direito a impor medidas coercitivas sobre, inclusive, a economia, promovendo o livre desenvolvimento da personalidade e a dignidade humana.

Dessa forma, a economia realizada para a prevenção de danos, ou o lucro obtido diretamente sobre esses danos reverterá contra aquele que se locupletou sobre as vítimas. Este é o parâmetro para a indenização desestimuladora, função que ao mesmo tempo que obriga o agente a adotar medidas que evitem o aparecimento de novos danos.⁹⁶

⁹⁴ **RUZYK**, Carlos Eduardo Pianowski. *A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente*. IN: Diálogos sobre Direito Civil. Coord. Carmem Lucia Silveira Ramos, Rio de Janeiro: Renovar, 2002

⁹⁵ *Ibidem. Ob. cit.* pg.144

⁹⁶ C'è incertezza, però sul come tali obiettivi possano meglio essere realizzati: ad esempio, la *compensation*, come si è cercato di verificare, comporta la traslazione della perdita economica dalla vittima all'autore del fatto illecito, in una logica chiettamente bilaterale dell'illecito aquiliano: il

O dano ineficiente deve ser relativizado quando se observa que seu valor pode ser insuportável para a atividade econômica, a ponto de arruiná-la. Nesse caso, outros valores sociais seriam atingidos, como o da livre iniciativa, a proteção do trabalho; pois em certa medida o desenvolvimento social depende do desenvolvimento econômico, visto que vivemos em uma economia de mercado.⁹⁷

Entretanto, as críticas persistem afirmando que a vítima obterá uma vantagem indevida: o chavão do enriquecimento sem causa. No caso dos danos morais, sendo a dignidade um bem inestimável, como saber que se extrapolou o *quantum* devido?

Além do mais, quem receberia a verba indenizatória preventiva, não necessariamente teria que ser a vítima.

danneggiante viene ritenuto, nella maggior parte dei casi, *the best decider* e assai probabilmente è il soggetto più in grado economicamente di fare la prescritta *cost-benefit analysis*. Seguendo questa logica di pensiero il soggetto che sarà ritenuto responsabile del fatto illecito includerà lo specifico costo del risarcimento all'interno dei più generali costi economici dallo stesso affrontati, stipulando un contratto di assicurazione esterno provvedendo direttamente a forme di autoassicurazione, sempre più largamente utilizzate nell'attuale dinamica societaria. Per non venire meno agli obiettivi di *compensation*, si dà vita pertanto ad un meccanismo di *risk spreading*, cioè di propagazione del costo assicurativo del rischio tra tutti i possibili utenti e destinatari dei servizi e dei frutti di una determinata attività economica fonte di potenziali effetti pregiudizievoli, attraverso l'imposizione di un aumento del prezzo finale del prodotto. Solo che la distribuzione sociale dei rischi attuata attraverso il procedimento di internalizzazione dei fatti dannosi è, in primo luogo, diversa dal sistema di riduzione dei rischi essendo basata su considerazioni distributive. Qui, infatti, appare nella sua palmaria evidenza il contratto e/o il differente modo di concepire il concetto di internalizzazione dei rischi attraverso il meccanismo assicurativo. Guido Calabresi ritiene che lo strumento assicurativo serva alla funzione di *spreading the risk*, ma non sembra dedicare la giusta attenzione a come si possa, proprio agendo attraverso lo strumento assicurativo, ridurre, prima ancora che disseminare nella società considerata come un tutto, i relativi rischi. Entra in gioco non solamente in contrasto di ideologia o di politica del diritto, ma anche una non completa considerazione delle relazioni esistenti tra regole di responsabilità e costi assicurativi. È assai difficile, per non dire impossibile, che gli obiettivi di riduzione dei fatti dannosi (*deterrence*) e di risarcimento monetario a favore delle vittime danneggiate possano essere raggiunti attraverso l'applicazione di una sola regola di responsabilità. Pg 102-103

⁹⁷ É a harmonia que deve haver entre o critério de vitalidade e eficiência preconizado por DIERCKXENS: "Al buscar la vitalidad mediante la supresión Del eje de la eficiencia, se descarta, sin embargo, cualquier mediación com el mercado, y el Bien Común como sucedió em el socialismo real. Al suprimir la economía de mercado se tiende a perder todo vínculo com los intereses privados, y un plan central resulta ser la única y última forma de regulación económica. El plan central lo decide todo y no deja espacio a la iniciativa privada. El Estado se transforma de este modo em um aparato burocrático enorme para llevar a cabo el plan. Al rechazar em su raíz el mercado, se suprime el mercado totalmente y deste modo se tiende, como efecto no intencional, uma totalización Del plan sin mediación democrática real. La voz única Del mercado se sustituye, como efecto no intencional, por la de um partido único que desarrolle y ejecute el plan em nombre de la ciudadanía sin real comunicación com ella." (DIERCKXENS, Wim. Los limites de um capitalismo sin ciudadanía: hacia una mundialización sin neoliberalismo. San José, Costa Rica: Colección Universitaria. APUD Carlos Eduardo Pianowski Ruzyk, ob. cit. pg. 151, 152.

Sustentavam Zavala de Gonzalez e Rodolfo Martin que como regra, **a vítima não deve lucrar pelo fato lesivo; porém, todavia mais irritante é que o ofensor seja quem lucre**⁹⁸. É preferível que uma pessoa “enriqueça” sobre o dano, e mil sejam “poupadas” da mesma conduta perniciosa, que essas mesmas mil sofram e recebam as indenizações sobre o critério da restituição integral. Essa fórmula atende melhor as necessidades da coletividade.

*“Danos punitivos são necessários para superar o ganho utilitário que é julgado ilícito. Dano compensatórios são inadequados em tais casos, pois eles não têm esse efeito; eles requerem que o réu internalize os custos da vítima sem também eliminar o efeito hedonístico dos benefícios do réu.”*⁹⁹

Outra grande resistência levantada é a de que se legitima uma “loteria indenizatória”. Primeiramente, para evitar o injusto é que o magistrado deve usar de todos os meios necessário para seu arbitramento, incluindo o parecer de peritos. Por fim, afirmar que não se pode aplicar os *punitive damages* por causa de sua variabilidade, é retroagir ao tempo em que um dos principais argumentos contra a indenização por danos morais era justamente esse !

O medo que é que se autorize o magistrado civil a livremente estipular a pena a ser paga e, pior, sem se saber em quais situações tal poderia ser possível.¹⁰⁰ Por esse motivo é que o critério do dano ineficiente, operacionalizado pelo magistrado que se utiliza de todos os instrumentos para melhor estipular qual o *quantum* necessário para contrabalançar os lucros obtidos com uma determinada conduta, é que melhor preencheria esta necessidade.

⁹⁸ *Responsabilidade por Daños em el Tercer Milenio*, p. 192

⁹⁹ “Punitive damages are necessary to offset the utility gain that is judged illicit. Compensatory damages are inadequate in such cases because they do not have this effect; they require the defendant to internalize the victim’s costs without also eliminating the hedonic effect of the defendant’s benefits”. C.R. SUNSTEIN; D.KAHNEMAN; D. SCHKADE, *Assessing Punitive damages*, pg. 2077 APUD Carlos Eduardo Pianowski Ruzyk, ob. cit.

¹⁰⁰ Maria Celina Bodin de Moraes. “A solução que se avizinha, no entanto, através da inserção no novo Código Civil, proposta pelo Projeto de Lei nº 6.960/2002, de uma genérica autorização ao juiz para acréscimo de parcela punitiva, determinando-se que a reparação do dano moral deve constituir também “adequado desestímulo ao lesante” (parágrafo 2º do art. 944 do Código de 2002) não é, à evidência, nem razoável, nem suficiente. Não se indicando claramente os critérios a serem levados em conta, a autorização se configura praticamente como um “cheque em branco” O magistrado continua liberado, agora expresamente, a punir como quiser” pg. 227. *Danos a Pessoa Humana*

O interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano é a causa geradora da responsabilidade civil. Seu fundamento deveria, pois, ser investigado em função daquele interesse, que sugere, antes de tudo, o princípio da prevenção, sem excluir, naturalmente, outros princípios, que o completam.¹⁰¹

¹⁰¹ DIAS, José de Aguiar Dias. *Da Responsabilidade Civil*. Pg42

**5. O juiz – Seu papel para uma efetiva tutela,
a necessidade de fundamentação da decisão e seu preparo técnico.**

O ordenamento pátrio adotou o sistema do livre arbitramento, ou seja, concede ao magistrado ampla liberdade para determinar o *quantum* indenizatório a título de danos à pessoa humana, fórmula já estabelecida no antigo Código Civil (art. 1553, 1549). Não se advogam mais pelas teorias que preconizavam pela *tarifação* das indenizações, tornou-se pacificado o entendimento de que a fértil casuística social não estaria plenamente satisfeita com um valor previamente estabelecido.

Desta forma, uma grande responsabilidade paira sobre os ombros do juiz. Cabe-lhe exclusivamente analisar profundamente o caso *in concreto*, as necessidades da vítima além de outras peculiaridades do caso para então, soberanamente pronunciar a sentença que melhor dirima a lide.

Note como no caso dos danos à pessoa humana, a responsabilidade do magistrado é maior: primeiramente, não existem parâmetros legais fixados, mesmo os jurisprudenciais não são pacíficos; some-se à importância do objeto da lide, qual seja, a tutela civil do dano à pessoa. Todavia, constitui uma lesão que não é averigüável pecuniariamente, se assim se procede é por ser a única forma de dar um alento à vítima. Enfim: é uma lesão que paira num plano de difícil acessão cognitiva, não possuindo um “mapa” que indique o caminho a tomar. O magistrado é livre para tomar a trilha que quiser, ficando suas escolhas livremente influenciadas por sua experiência pessoal, opiniões, preconceitos, conhecimento cultural. A personalidade do juiz será o grande peso na sentença.

Sem um estudo sistematizado da matéria e, principalmente, o treinamento do jurista para sua operacionalização, não se poderia esperar melhor tratamento. As escolas de direito ensinaram e ensinam seus alunos a técnica positivada do direito, ficando seu pensamento crítico relegado a segundo plano. O contato com a tutela da pessoa humana dá-se quando do estudo dos direitos fundamentais no direito constitucional, ou dos direitos do réu no processo penal. O

direito civil, mesmo com o arejamento dado pelo direito constitucional e todo o processo histórico-filosófico dos pós-guerra, ainda continua sendo visto pela massa dos operadores de direito como uma lei que rege exclusivamente as relações patrimoniais civis.

Conjugando todas as peculiaridades desse cenário, a casuística revela seu resultado: de que os julgados em danos morais vêm dependendo muito mais de “ângulos de vista” que da aplicação das leis e de uma jurisprudência consolidada.

*“Todos esses estudos têm vindo a chamar a atenção para um ponto tradicionalmente negligenciado: a importância crucial dos sistemas de formação e de recrutamento dos magistrados e a necessidade urgente de os dotar de conhecimentos culturais, sociológicos e econômicos que os esclareçam sobre as suas próprias opções pessoais e sobre o significado político do corpo profissional a que pertencem, com vista a possibilitar-lhes um certo distanciamento crítico e uma atitude de prudente vigilância pessoal no exercício das suas funções numa sociedade cada vez mais complexa e dinâmica.”*¹⁰²

A formação atual do jurista é fundamental para a melhoria do Judiciário como todo, entretanto, o cenário brasileiro é desesperador: o ensino universitário tornou-se uma mercadoria, os órgãos governamentais que deveriam zelar pela sua qualidade não o fazem, e ainda permitem a abertura indiscriminada de mais e mais faculdades de direito. Hoje, o Brasil é o país com maior número de advogados no mundo (600.000 aproximadamente), possuindo 450 faculdades jurídicas. Apenas para traçar uma comparação do surrealismo desses dados, o Estados Unidos, com uma população maior, e um mercado mais robusto, possuem cerca de 150¹⁰³ faculdades, ou seja, 3 vezes menos.

A graduação deve oferecer o espaço para o amadurecimento do estudante, aprofundando seu senso crítico, incluindo o estudo da prática, não com o

¹⁰² **SANTOS, Boaventura de Souza.** *Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade.* 3ª ed. São Paulo: Cortez, 1997, pág 174

¹⁰³ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law – Introdução ao Direito dos EUA.* São Paulo: RT, 1999, pg. 66

enfoque da homogeneização de pensamento, mas oportunizar aos alunos um **teste ao seu modo de julgamento**, de seus parâmetros, critérios. Enfim, cortar as arestas de suas convicções, preconceitos e compactar a sua visão de mundo.¹⁰⁴

*“A excelência do ensino universitário se logra durante o próprio processo educativo, levando-se em conta o aspecto instrutivo bem como a **consolidação da personalidade dos futuros graduados**. Assim sendo, o processo de ensino universitário deve ter como objetivo fundamental a preparação científica, profissional, cívica e moral dos formando.”¹⁰⁵*

Além do preparo técnico e empírico do magistrado, a própria estrutura judiciária deve fornecer instrumentos, especialmente quando pertinentes à presente matéria: Jurisprudência compactada, conectada, com reunião, consolidação, coleção

¹⁰⁴ O início do ensino jurídico na tradição ocidental pode ser localizado na Baixa Idade Média. É certo que houve em Roma, no período da jurisprudência clássica, escolas de direito, que chegaram até a definir-se programaticamente dando origem a escolas de pensamento jurídico. Também existiram escolas de direito no Império Romano do Oriente, em Constantinopla e Beirute, assim como outras de menor importância em cidades diversas¹⁰⁴. NO Império do Ocidente, também encontravam-se na própria Roma, em Ravena, Marelha, Toulouse (França) , Toledo, Sevilha. Fizeram-se manuais introdutórios ao direito, cujo exemplo que sobreviveu foi o de Gaio (Instituições) e que serviu de modelo para Justiniano consolidar o direito clássico (*Instituições* de Justiniano). Mas a escola de direito propriamente dita nasce em Bolonha, no início do séc. XII¹⁰⁴, com a união entre o direito justiniano e a ferramenta intelectual da filosofia grega¹⁰⁴, advinda da redescoberta dos textos clássicos e da crescente importância que o discurso jurídico vinha adquirindo, especialmente da disputa política pela jurisdição, decorrente da progressiva centralização do poder que acontecia na Europa ocidental. Odofredo, professor de direito em Bolonha por volta de 1250 deixou-nos o testemunho de seu método de ensino : “Quanto ao método de ensino a ordem seguinte tem sido mantida pelos doutores antigos e modernos e especialmente por meu próprio mestre, método que observarei. Primeiramente, darei resumos de cada título antes de entrar no texto; em segundo lugar, dar-lhes-ei uma exposição tão clara e expressa quanto puder do propósito de cada lei (que está no título); em terceiro lugar, lerei o texto para corrigi-lo; em quarto lugar, repetirei brevemente o conteúdo da lei; em quinto lugar, resolverei as contradições aparentes, acrescentando alguns princípios gerais de direito, normalmente chamados *brocardia*, e algumas distinções ou problemas sutis e úteis (*quaestiones*) que surjam da lei com as respectivas soluções, à medida que me permitir a divina providência. Se alguma lei merecer uma repetição, em razão de sua celebridade ou dificuldade, vou reservá-la para a repetição vespertina, pois vou debater (*disputar*) pelo menos duas vezes ao ano: uma antes do natal e uma antes da Páscoa, se assim desejarem. Começarei sempre pelo *Digestum Vetus* perto da oitava de São Miguel e, com a graça [entre 29 de setembro e 6 de outubro] e terminá-lo-ei inteiramente, com a graça de Deus, com tudo que é ordinário ou extraordinário, até cerca de meados de agosto. Começarei o *Codex* sempre por volta de duas semanas depois de São Miguel e, com a graça de Deus, terminá-lo-ei, com tudo que é ordinário e extraordinário, por volta de 1 de agosto. Antigamente os doutores não ensinavam as partes extraordinárias. Comigo, porém, os alunos, até ignorantes e novatos, saem lucrando pois ouviram todo o livro e não será omitida coisa alguma como se costumava fazer. Pois o ignorante pode tirar proveito da exposição do caso do texto, e o mais avançado pode adestrar-se melhor nas sutilezas das questões e oposições. E lerei todas as glosas, o que não se costumava fazer no meu tempo.”

Jose Reinaldo de Lima Lopes. *O Direito na História - Lições Introdutórias*, Pg 127-128

¹⁰⁵ SERRANO, Pablo Jiménez Direito e Paz. *Ensino Universitário e a Formação de Valores*. Ano 05, nº 9, 2º semestre/2003. P. 206.

de casos parecidos, com seus respectivos julgamento. Uma **sumularização** da jurisprudência e doutrina em meios eficazes, de simples acesso a magistrados, servindo de guia ao julgado, e servindo de fonte para a segurança dos jurisdicionados.

“(...) faltam standards ou regras gerais, de modo que se perde o termo de comparação para identificar as decisões justas e as injustas, as iníquas e as arbitrárias, isto é, para realizar o juízo de comparação com o entendimento geral.”¹⁰⁶

Sejam quais forem os critérios elencados pelo magistrado, no momento de arbitrar o *quantum*, eles devem ser apresentados como lógicos, pertinentes com a demanda, explicitando-se o raciocínio seguido para se chegar a tal decisão. Assim, garante-se o controle da racionalidade da sentença, constituindo a “linha que separa o arbitramento da arbitrariedade.”¹⁰⁷

Não se critica o juízo de valor por parte do magistrado, ao contrário, este é necessário não só para a verificação das peculiaridades da lide em questão, como ainda num plano mais geral, para o desenvolvimento do próprio Direito, constituindo referência inclusive do Código de Processo Civil (art. 335). Destacamos é que a vagueza do termo Dignidade Humana, necessita que o magistrado a integre com a realidade múltipla do contexto no qual a lide se insere, para que o mesmo seja efetivado. Questiona-se é a sua profundidade, se é justificável racionalmente sob uma análise objetiva¹⁰⁸. Um decisão que refere-se a um genérico “dado a situação econômica das partes” sem explicitar por que tal variante interfere no *quantum*, não possibilita um controle sobre o raciocínio de fundamentação da

¹⁰⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos a Pessoa Humana*. Pg 274

¹⁰⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Ob cit.* Pg 270

¹⁰⁸ “ (...) a consagração constitucional da dignidade humana não se adequará à tradicional dicotomia positivista entre os momentos de criação e de aplicação do direito. A vagueza semântica da expressão exige seja ela integrada consoante os influxos sociais e as circunstâncias do caso concreto, fazendo que o momento criativo termine por projetar-se no momento aplicativo e a ele integrar-se, implicando uma nítida superposição operativa. A essência da Constituição assim, longe de ser uma certa concepção material de homem, seria a construção da vida social e política como um “processo indefinidamente aberto”. *Revista da Ajufe – Associação dos Juizes Federais do Brasil*. Ano 22 – nº 78, 2004. Dignidade da pessoa Humana: Referenciais metodológicos e regime jurídico. pg 52

decisão. Obsta-se a eficiência do exercício do direito de recurso a um Tribunal Superior.

Constituindo a matéria em estudo dependente de um geral “bom senso”, a obrigação de motivação da decisão judicial reveste-se de maiores exigências, deve-se explicitar de maneira mais minuciosa as etapas atravessadas que resultaram naquele *quantum*, pois é justamente o raciocínio do magistrado que será analisado, não simplesmente a interpretação de uma lei como dá-se normalmente. Apenas desta forma, garante-se a objetividade da decisão e, conseqüentemente, maior segurança por parte dos jurisdicionados.

6. CONCLUSÕES

A sociedade desenvolveu-se tecnologicamente, as instituições tornaram-se mais complexas, as necessidades mais urgentes e a população explodiu demograficamente, propiciando a era do *consumo* em massa, da dependência quase que total de itens industrializados para a sobrevivência. Para atender a nova conjuntura da realidade, a responsabilidade civil vem passando por “recauchutagens” em seu corpo, traduzidas nos estatutos, na inserção da responsabilidade objetiva e inversão do ônus probatório, numa tentativa de igualar os desiguais. Diz-se que o Direito Civil está passando por uma “descodificação” em razão desse fenômeno, com a especialização da legislação por áreas de afetação.

Em que pesem essas inovações, e principalmente a Constituição de 1988, inspirada num desejo de democracia e respeito pelo Homem, o aplicador do direito ainda não conseguiu ler através das águas turvas dos modelos clássicos uma releitura de suas aplicações condizentes com a norma mãe e, principalmente, atenta à complexidade social. O patrimonialismo, a visão da sociedade dividida em classes sociais e à cultura da compartimentalização do direito civil frente aos demais ramos, são as razões para a pouca efetividade constitucional na seara da responsabilidade civil.

Por esta razão, a tutela da pessoa humana, quando litigando pela indenização dos danos sofridos, tem confundido tanto os juristas acostumados à técnica exata do direito civil clássico e à objetividade do dano contabilizado pecuniariamente. A mentalidade do jurista treinado sob esses motes não consegue obter o resultado mais satisfatório, pecando por incongruências no seu julgamento.

A matéria da responsabilidade necessita urgentemente ser ressystematizada sob a luz das mais modernas teorias filosóficas – que pregam uma

reaproximação com a moral – e do direito constitucional; transferindo essa nova visão aos novatos no estudo do direito. A Escola Legal deve exigir que seus alunos conheçam não apenas a lei pura, mas sua aplicação frente à *verdadeira* sociedade, destinatária de seu labor. Os preconceitos e nossa (nós, estudantes) visão restrita da realidade necessitam encontrar na Universidade o espaço para serem quebrados, *ampliados*.

Acredita-se que a constitucionalização do direito civil traga essa nova consciência, resultando num jurista *garantidor* da dignidade humana, sem os exageros de proteção, coibindo, por sua coerência, possíveis lides aventureiras.

O Estudo do Direito Comparado também se faz necessário para entendermos nosso próprio ordenamento, emergindo a estreitos olhos os principais pontos de erros acertos. Hordiernamente, também a globalização – com a invasão do cenário econômico – por multinacionais prestadoras de serviço abrigam-nos a utilizarmos os melhores instrumentos jurídicos para reafirmarmos o valor do cidadão brasileiro, muitas vezes considerado como cidadão de segunda classe.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- _____ **Revista de Direito Privado**. Coord.: Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 12, outubro-dezembro de 2002.
- _____ **Revista da AJUFE** – Associação dos Juizes Federais do Brasil, ano 22, nº 78 – 4º trimestre de 2004.
- ANCEL, Marc.** *Utilità e metodi Del diritto comparato- Elementi d'introduzione generale allo studio comparato dei diritti*. Università de Camerino : Jovane Editore, 1974.
- ANDORNO – CIFUENTES – DO COUTO E SILVA GOLDENBERG – KEMELMAJER DE CARLUCC - LÓPEZ CABANA – MOSSET ITURRASPE – PARELLADA FERNÁNDEZ SESSAREGO – STIGLITZ.** *Daño y protección a la persona humana*. Buenos Aires : Ediciones La Rocca, 1993.
- BESSONE, Mario e ALPA, Guido.** *Giurisprudenza Sistema di Diritto Civile e Commerciale*. Vol. III, Torino: UTET, 1987.
- BESSONE, Mario e ALPA, Guido.** *Giurisprudenza Sistema di Diritto Civile e Commerciale*. vol. I Torino: UTET, 1998.
- BITTAR, Carlos Alberto.** *Reparação Civil por Danos Morais*. 3ª ed. Ver. Atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- BONAVIDES, Paulo.** *Teoria Constitucional da Democracia Participativa – por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001

- CASILLO, João.** *Dano à pessoa e sua indenização.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ªed, 1994
- CALDEIRA, Mirrella D'Angelo ; NUNES, Luiz Antonio Rizzatto.** *O dano Moral e sua Interpretação Jurisprudencial* São Paulo : Saraiva, 1999
- CORREIA, ATALÁ. MOREIRA, FERNANDO MIL HOMENS.** *A fixação do Dano moral e a pena.* In: Revista da OAB-CE, nº 07, Janeiro/Junho 2002, pág 231-257.
- DALMARTELLO.** *Danni morali contrattuali.* In: Rivista di Diritto Civile, 1933.
- DIAS, Jose de Aguiar.** *Da Responsabilidade Civil.* Vol. I e II. Rio de Janeiro: Forense, 1994
- IHERING, Rudolf Von.** *A Luta pelo Direito.* Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2000
- FARRACHA, Carlos Alberto & NALIN, Paulo.** *Economia, mercado e Dignidade do Sujeito.* In: IN: Diálogos sobre Direito Civil. Coord. Carmem Lucia Silveira Ramos, Rio de Janeiro: Renovar, 2002
- FRANCO, Alberto Silva e outros,** *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial.* volume I, tomo I, 6 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, 1.824 p.
- GARCEZ NETO, Martinho.** *Responsabilidade Civil no Direito Comparado.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- GEDIEL, JOSÉ ANTONIO PERES.** *A quantificação da Reparação por dano moral e a pessoa jurídica – uma questão aberta na doutrina e jurisprudência brasileiras.* Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, nº 05, dezembro 1996, pág. 56 -69.

- GHERSI, CARLOS A.** *Globalización y derecho de Daños*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 47, julho – setembro, 2003.
- ITURRASPE, Mosset e outros.** *Daños*. Buenos Aires: Ediciones Depalma,. 1991
- KARAM, Munir.** *Da Liquidação em Ação de Dano Moral*. In: Atualidades sobre liquidação de Sentença, São Paulo. Revista dos Tribunais, 1996, pp. 101-102.
- KFOURI, Miguel Neto.** *Responsabilidade Civil do Médico*. 5ª ed. rev. e atual. – São Paulo: RT, 2003. pg 109.
- LOPES, Jose Reinaldo de Lima.** *O Direito na História - Lições Introdutórias*. 2ª Edição. São Paulo: Max Limonad, 2002
- LOURENÇO, Paula Meira.** *Danos Punitivos*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, XLIII, nº 2. Lisboa: Coimbra Editora, 2002
- MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C.,** *Ressarcimento de Danos – Pessoais e materiais*. 7ª ed. ampliada e atualizada, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001
- MORAES, Maria Celina Bodin de .** *Danos à pessoa Humana – Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, 2001
- OWEN, David G. e outros.** *Philosophical Foundations of Tort Law*. New York: OXFORD University Press, 1995.
- PERLINGIERI, Pietro.** *Perfis do Direito Civil- Introdução ao Direito Civil Constitucional*. tradução de : Maria Cristina de Cicco, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva.** *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989

PONZANELLI, Giulio. *La Responsabilità Civile: Profili di Diritto comparato*. Bologna: Il Mulino, 1992.

REALE, Miguel. *Nova Fase do Direito Moderno*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

REIS, Clayton. *Dano Moral*. Rio de Janeiro: Forense, 1997

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

RAWLS, John. *Uma Teoria de Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução da 3ª ed. francesa, por Osório de Oliveira; 2ª ed. Brasileira, Campinas: Bookseller, 2003

RUZYK, Carlos Eduardo Pianowski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente. IN: *Diálogos sobre Direito Civil*. Coord. Carmem Lucia Silveira Ramos, Rio de Janeiro: Renovar, 2002

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano Moral Indenizável*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Método, 2001

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 1997.

SAVATIER, René. *Traité de la Responsabilité Civile*. 10 ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951.

_____ *Les Métamorphoses économiques et sociales du Droit Privé d'aujourd'hui*. 2ªed. Paris: Librairie Dalloz, 1959.

SEVERO, Sergio. *Os Danos Extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

- SERRANO, Pablo Jiménez.** *Direito e Paz. Ensino Universitário e a Formação de Valores.* Ano 05, nº 9, 2º semestre/2003
- SHAPO, Marshall S.** *Basic Principles of Tort Law.* St. Paul: West Group, 1999
- SILVA, Américo Martins da.** *O Dano Moral e sua Reparação Civil.* 2ª ed. rev. atual. e ampl.– São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002
- SILVA, Clovis do Couto e.** *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- SILVA, Luiz Renato Ferreira da.** *A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social.* In: O Novo Código Civil e a Constituição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003
- SILVA, Maria de Lourdes Seraphico Peixoto da.** *Conceito Constitucional de Dano moral: O desrespeito pela Dignidade Humana.* Tese de doutorado, PUC-SP, 2002
- SOARES, Guido Fernando Silva.** *Common Law – Introdução ao Direito dos EUA.* São Paulo: RT, 1999
- STRECK, Lenio Luiz.** *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – uma nova crítica do Direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002
- TEPEDINO, Gustavo** (coordenador). *Problemas de Direito Civil Constitucional.* Rio de Janeiro : Renovar, 2000
- _____ *Temas de Direito Civil.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- THEODORO, Humberto Júnior,** *Dano Moral.* 4ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- TOBEÑAS, José Castán.** *Hacia um Nuevo Derecho Civil.* Madrid: Editorial Réus, 1933

- VALLE, Christiano Almeida do.** *Dano Moral*. Rio de Janeiro: Aide, 1999.
- VALLER, Wladimir.** *A reparação do Dano Moral no Direito Brasileiro*. São Paulo: E.V. Editora Ltda, 1996.
- VARGAS, Glaci de Oliveira Pinto.** *Reparação do Dano Moral – Controvérsias e perspectivas*. 4º ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.
- WINTER, Marilena Indira.** *Direito e Prevenção: uma Reelaboração teoria na reparação do dano moral*. Tese de Doutorado, UFPR, 2001
- ZENUN, Augusto .** *Dano Moral e sua Reparação*, Rio de Janeiro: Forense, 1998