



Dicionário de Danos Jurídicos

◆

Iuri Bolesina
Tamiris A. Gervasoni
(Orgs.)



A brilhante ideia de elaborar um Dicionário de Danos Jurídicos se conecta perfeitamente ao ideal de promover e fomentar a análise crítica e constante reflexão jurídica acerca dos mais variados e relevantes temas jurídicos e sociais, tornando claros conceitos jurídicos algumas vezes densos ou obscuros e conduzindo o leitor a uma ampla compreensão da temática central que permeia a obra, assim como de cada um de seus pontos específicos. Em um cenário de evidente esgotamento da jurisdição estatal, resultante, dentre outros fatores, de uma vida em sociedade cada vez mais complexa e formada por relações efêmeras, e de um ensino jurídico que ao longo de muitos anos primou pelo conflito e valorizou aqueles operadores jurídicos que conseguiam encontrar as “lacunas” da lei para obter vantagem – até certo ponto lícita, porém nem sempre moralmente aceitável – aos seus clientes, o debate proposto nessa obra ganha profunda relevância ao desbordar meros conceitos e classificações, passando uma estrutura de análises jurídicas plenamente amparadas em farta doutrina e legislação pertinente, muitas vezes complementadas por exemplos concretos e precedentes judiciais, levando a compreensão, reflexão ou mesmo a aprendizagem sobre o tema a um nível de excelência ímpar. Os capítulos, que contam com a autoria de pesquisadores de diversas instituições de ensino, evidenciando a preocupação com um diálogo interinstitucional comprometido com o ensino e a pesquisa científica, percorrem a necessária etapa introdutória de ampla contextualização ao dano jurídico, para imediatamente enfrentar, nos capítulos seguintes, cada uma de suas especificidades, variáveis e os critérios para a sua reparação, seja na esfera individual ou coletiva, atravessando discussões que permeiam o direito civil, penal, trabalhista e ambiental. Trata-se de uma obra completa, que certamente merece lugar de destaque não apenas nos bancos acadêmicos e na comunidade científica de forma geral, mas que certamente poderá servir como um verdadeiro “manual” – no melhor significado da palavra – para que os operadores do direito tenham propriedade ao tratar sobre o dano jurídico em qualquer debate ou litígio nos quais atuem.

Marcelo Dias Jaques



Dicionário de Danos Jurídicos



Inspira quem transforma

COMITÊ EDITORIAL

Prof. Dr. Neuro José Zambam

Prof. Dr. Iuri Bolesina

Prof. Dr. Vinícius Borges Fortes

Prof^a. Dr^a. Cecília Maria Pinto Pires

Prof. Dr. Fausto Santos de Morais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues

Prof. Dr. Jacopo Paffarini

Prof^a. Dr^a. Jaqueline Mielke Silva

Prof. Dr. José Renato Gaziero Cella

Prof^a. Dr^a. Leilane Serratine Grubba

Prof^a. Dr^a. Marília de Nardin Budó

Prof. Dr. Márcio Ricardo Staffen

Prof^a. Dr^a. Salete Oro Boff

Prof. Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Prof. Dr. Mher Arshakyan

Dicionário de Danos Jurídicos

Organizadores:

Iuri Bolesina

Tamiris A. Gervasoni



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Lucas Margoni

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

BOLESINA, Iuri; GERVASONI, Tamiris A. (Orgs.)

Dicionário de danos jurídicos [recurso eletrônico] / Iuri Bolesina; Tamiris A. Gervasoni (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

234 p.

ISBN - 978-85-5696-755-8

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Dicionário; 2. Danos jurídicos; 3. IMED; 4. Brasil; 5. Direito; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

“Everybody is damaged by something”

(Emma Donoghue)

Sumário

Apresentação	13
Marcelo Dias Jaques	
1	16
O dano jurídico	
Iuri Bolesina	
2.....	31
Dano patrimonial: dano emergente e lucros cessantes	
Daniela Patrícia Schneider	
3.....	37
Dano moral	
Adriano Marteleto Godinho	
4.....	49
Dano moral coletivo	
Jacson Bacin Vicente	
5.....	60
Dano social	
Felipe de Ivanoff	
6.....	72
Dano moral à pessoa jurídica	
Fernanda Borghetti Cantali; Taynara Silva Arceno	
7.....	84
Dano moral e a perda de uma chance	
Gabriel Zanatta Tocchetto; João Augusto Silva Salles	

8	95
Dano existencial	
Leonardo Abido	
9	103
Dano pela perda do tempo útil - teoria do desvio produtivo do consumidor	
Francisco Slaviero	
10	118
Dano cultural	
Tamiris A. Gervasoni	
11	127
Dano à imagem e à privacidade	
Vinícius Borges Fortes; Diogo Dal Magro	
12	136
Dano por abandono afetivo	
Lívia Copelli Copatti	
13	147
Dano pelo fim do noivado e dano pela traição conjugal	
Djéssica Kossmann da Silva; Leonardo Castelli Vanz	
14	160
Dano ao erário e dano ao patrimônio público	
Leandro Caletti	
15	173
Dano de lesa-humanidade e danos de guerra	
Tássia A. Gervasoni	

16	182
Dano processual	
Jéssica Cindy Kempfer	
17	190
Dano ambiental	
Daniela Gomes; Giulia Signor	
18	197
Dano extrapatrimonial na CLT	
Luiz Henrique Menegon Dutra	
19	203
Condenações punitivas: punitive damages, exemplary damages e dano moral punitivo	
Luiz Felipe Nunes	
20	214
Critérios para a reparação do dano patrimonial e do dano moral	
Amanda de Moraes Weidlich	
21	226
Os efeitos da sentença penal na esfera cível	
Rowana Camargo	

Apresentação

*Marcelo Dias Jaques*¹

Com o mesmo sentimento de alegria e satisfação que recebi o convite de introduzir o leitor à presente obra é que agora o faço, com a certeza e o orgulho de contribuir para um trabalho de consistência jurídica e acadêmica invejável, fruto do esforço coletivo de um grupo de pesquisadores cuja competência profissional exsurge em cada parágrafo dos 23 capítulos que percorrem uma temática tão relevante como o dano jurídico em suas mais variadas espécies.

A qualidade dos textos e o cuidado técnico empenhado na elaboração e estruturação do projeto desse livro estão presentes e se consolidam em seu resultado final, o que não poderia ser diferente considerando que sua organização é conduzida pelo Prof. Dr. Iuri Bolesina e pela Prof. Ms. Tamiris A. Gervasoni, docentes com os quais tive o prazer de compartilhar importantes momentos de debate e reflexão durante meu doutoramento no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC).

O reconhecimento profissional e pessoal conferido a eles, não apenas por seus pares, como também em sala de aula, traduzem a certeza de que a caminhada acadêmica trilhada por ambos é sólida e amparada em ideais que fortalecem os três pilares – ensino, pesquisa e extensão – sem nunca olvidar o foco discente, afinal, se o fim do autor são seus leitores, o do professor são seus alunos.

¹ Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Mestre em Direito pela Universidade do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ), Especialista em Direito Público, Professor em estágio pós-doutoral vinculado em Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Advogado.

Nesse contexto, a brilhante ideia de elaborar um *Dicionário de Danos Jurídicos* se conecta perfeitamente ao ideal de promover e fomentar a análise crítica e constante reflexão jurídica acerca dos mais variados e relevantes temas jurídicos e sociais, tornando claros conceitos jurídicos algumas vezes densos ou obscuros e conduzindo o leitor a uma ampla compreensão da temática central que permeia a obra, assim como de cada um de seus pontos específicos.

Em um cenário de evidente esgotamento da jurisdição estatal, resultante, dentre outros fatores, de uma vida em sociedade cada vez mais complexa e formada por relações efêmeras, e de um ensino jurídico que ao longo de muitos anos primou pelo conflito e valorizou aqueles operadores jurídicos que conseguiam encontrar as “lacunas” da lei para obter vantagem – até certo ponto lícita, porém nem sempre moralmente aceitável – aos seus clientes, o debate proposto nessa obra ganha profunda relevância ao desbordar meros conceitos e classificações, perpassando uma estrutura de análises jurídicas plenamente amparadas em farta doutrina e legislação pertinente, muitas vezes complementadas por exemplos concretos e precedentes judiciais, levando a compreensão, reflexão ou mesmo a aprendizagem sobre o tema a um nível de excelência ímpar.

Os capítulos, que contam com a autoria de pesquisadores de diversas instituições de ensino, evidenciando a preocupação com um diálogo interinstitucional comprometido com o ensino e a pesquisa científica, percorrem a necessária etapa introdutória de ampla contextualização ao dano jurídico, para imediatamente enfrentar, nos capítulos seguintes, cada uma de suas especificidades, variáveis e os critérios para a sua reparação, seja na esfera individual ou coletiva, atravessando discussões que permeiam o direito civil, penal, trabalhista e ambiental.

Trata-se de uma obra completa, que certamente merece lugar de destaque não apenas nos bancos acadêmicos e na comunidade científica de forma geral, mas que certamente poderá servir como um verdadeiro “manual” – no melhor significado da palavra – para que os operadores do

direito tenham propriedade ao tratar sobre o dano jurídico em qualquer debate ou litígio nos quais atuem.

Uma ótima leitura a todos!

O dano jurídico

*Iuri Bolesina*¹

Juridicamente, dano é lesão a bem ou a interesse tutelado pelo Direito² (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 103). Dano também pode ser entendido como um efetivo prejuízo à parte lesada (pessoa física, pessoa jurídica, coletividade, dentre outros) (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 86). A ordem jurídica brasileira optou por um sistema aberto em relação ao dano, ou seja, uma lógica não-taxativa, em prol da dinamicidade e mutabilidade diária do Direito.

Neste sentido, o dano é figura ampla que abrange lesões materiais e pessoais, com efeitos patrimoniais e/ou extrapatrimoniais. Atualmente é indiferente e descabida qualquer defesa que procure advogar que apenas os danos de índole patrimonial devam ser tutelados pelo Direito³.

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Especialista em Direito Civil pela Faculdade Meridional - IMED. Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Advogado. Coordenador e Professor do Curso de Direito na Faculdade Meridional - IMED. Endereço eletrônico: iuribolesina@gmail.com.

² “É assim que Carnelutti define o dano como lesão de interesse. Mas explica que o direito não se insurge contra toda e qualquer lesão de interesse, mas somente contra a que, de acordo com a ordem jurídica, deva ser evitada ou reparada, isto é, contra o dano antijurídico” (DIAS, 2006, p. 971).

³ “Antes, a reparação dos danos não apenas era excepcional, como se limitava ao espectro dos danos econômicos e individuais. Toda lesão ressarcível era patrimonial, centrando-se no binômio danos emergentes e lucros cessantes. Todo dano indenizável era restrito à órbita de uma determinada pessoa. Ao revés, no alvorecer do terceiro milênio presenciamos o espetáculo do ‘irrompimento de danos’, seja pela manifestação dos danos extrapatrimoniais, como pela sua coletivização. [...] De fato, no âmbito do direito civil constitucional, o ser humano se converte em protagonista do ordenamento jurídico e a sua especial dignidade demanda toda uma rede de proteção ao exercício das situações jurídicas existenciais e ao livre desenvolvimento da personalidade. Daí a valorização do dano moral como violação de interesses extrapatrimoniais em sua múltipla acepção de danos à integridade física, psíquica e moral. Este fenômeno de disseminação de danos não encontra respaldo apenas no renovado olhar sobre as projeções da subjetividade humana, como também na descontrolada proliferação de danos típica da sociedade contemporânea, acentuada pelos avanços tecnológicos de nossos tempos. Isso remete a um hiperdimensionamento quantitativo do universo de pessoas expostas a danos transindividuais, sejam eles difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

O dano é considerado (ao lado do nexu causal) o notável pressuposto da responsabilidade civil. Como regra, sem ele, não há responsabilidade civil⁴ (*pas de préjudice, pas de responsabilité civile*, diria a doutrina francesa clássica). Fala-se até que o título “Responsabilidade Civil” poderia ser sinônimo de “Direito de Danos” (DIEZ-PICAZO, 1999). Daí porque se diga que o problema central da responsabilidade civil é verificar quais danos foram suportados pela vítima e quais danos deverão ser reparados pelo violador ou responsável (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 226).

Costuma-se distinguir a figura do dano em espécies. As duas definições mais tradicionais seriam: (1) dano (i)material (dano a coisas) e dano pessoal (dano a pessoas); e (2) dano patrimonial e dano extrapatrimonial. De fato, o grupo “1” refere-se ao bem lesado, enquanto o grupo “2” as consequências da lesão⁵. A diferença das figuras, em suma, é a seguinte:



* Os chamados “novos danos”, geralmente são de efeito de dano extrapatrimonial. Podem, às vezes, terem claros efeitos patrimoniais.

Paradoxalmente, esse novo perfil qualitativo e quantitativo do dano e de sua reparação remete a um desenfreado apetite doutrinário e jurisprudencial pela criação de novos espécimes de lesões ressarcíveis, que muitas vezes banalizam e amesquinham o próprio significado da responsabilidade civil, fazendo com que os danos verdadeiramente merecedores de tutela sejam lançados na injusta denominação da ‘indústria de danos’ (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 228-229).

⁴ Recordar-se que atualmente fala-se em responsabilidade civil independente de dano. Se trata de teoria ainda embrionária que não ganhou acolhida nos tribunais.

⁵ “Os danos materiais são os que atingem as coisas, inclusive os bens incorpóreos. Pessoais são os danos infligidos a /homem ou mulher que atingem sua integridade física ou moral ou causam-lhe a morte. [...] Danos patrimoniais são os que reduzem o valor ou inutilizam por completo bens do credor da indenização. Implicam sempre diminuição do patrimônio [material ou imaterial] da vítima. Extrapatrimoniais, por sua vez, são os relacionados à dor por ela experimentada. Não repercutem no patrimônio do credor da obrigação de indenizar, e são chamados, também, de danos morais” (COELHO, 2009, p. 289).

1) tipo de dano (bem lesado):

1.a) dano (i)material: é lesão a bens – corpóreos ou incorpóreos – externos a pessoa. Exemplos: dano ao veículo, dano a um direito autoral.

1.b) dano pessoal: é lesão a pessoa na sua integridade física, psicológica ou moral da vítima⁶. Exemplos: dano integridade física, dano à saúde, dano moral.

2) efeito do dano (consequências da lesão):

2.a) dano (de efeito) patrimonial: são os danos de reflexos patrimoniais, sendo danos emergentes ou lucros cessantes. Exemplos: os danos emergentes das lesões ao veículo, os lucros cessantes dos dias parados advindos da incapacidade para o trabalho.

2.b) dano (de efeito) extrapatrimonial: São os danos de reflexos morais que atingem, como regra, direitos da personalidade da vítima, sendo indenizáveis. Exemplos: dano moral pela lesão corporal, dano moral pela ofensa à honra ou da imagem.

Em face disso, deve-se observar a distinção entre o bem jurídico ofendido e as efetivas consequências do dano. Note-se, como exemplo: André, representante comercial, sofre acidente de trânsito causado por Evandro. No acidente, a lateral de seu carro é gravemente lesada, atingindo inclusive o eixo das rodas dianteiras. André terá que ficar 15 dias sem trabalhar, perdendo 10 mil reais. Também em razão do acidente, André bateu sua cabeça contra o vidro, sofrendo grave corte que deixará uma cicatriz na sua testa. Acabou sendo hospitalizado, de forma privada, por 2 dias, gastando 2 mil reais.

O dano ao carro é *material* e tem efeitos *patrimoniais*, quais sejam o dano emergente do conserto e aos lucros cessantes dos 15 dias que André não poderá trabalhar. O dano na face de André é *pessoal* e tem duas consequências: *extrapatrimoniais*, quais sejam os danos morais da lesão física e da cicatriz; e *patrimoniais*, sendo eles os custos hospitalares.

⁶ Bittar (2008, p. 17) sugere neste ponto uma divisão tripla. Ao invés de integridade física e integridade moral, como indica Noronha, Bittar aponta: (a) direitos físicos (o corpo, os órgãos, etc); (b) direitos psíquicos (a liberdade, a privacidade, etc); e c) direitos morais (a identidade, a honra, etc).

1 Dano reparável e não-reparável; justo e injusto.

Se juridicamente o dano é lesão a bem ou a interesse tutelado pelo Direito, logicamente nem todos os danos serão acolhidos. Alguns serão desprezados e outros até chancelados pelo Direito (como o dano da legítima defesa). Existirão situações que, apesar de prejudiciais a uma parte, não serão reconhecidas pelo Direito como reparáveis. Em suma: **juridicamente, dano não equivale necessariamente ao dano em sentido material comum.**

Os danos que merecem reparação são considerados como “danos indenizáveis” ou “danos injustos”. Em sentido contrário, existem os “danos não-indenizáveis” e os “danos justos”⁷. O dano injusto não deve ser lido pelas lentes do conturbado conceito de justiça. Na verdade, sua ideia refere-se à lesão ao direito da vítima, que é certa, atual e subsistente, por causa imputada, total ou parcialmente, a outrem e reprovável (não-tolerado) pelo Direito.

Os danos que merecem reparação são considerados como “danos indenizáveis” ou “danos injustos”. Em sentido contrário, existem os “danos não-indenizáveis” e os “danos justos”⁸. O dano injusto não deve ser lido pelas lentes do conturbado conceito de justiça. Na verdade, sua ideia refere-se a lesão a direito da vítima, certa, atual e subsistente, por causa imputada, total ou parcialmente, a outrem e reprovável (não-tolerado) pelo Direito.

O dano na atualidade tem uma outra característica marcante: o fato de ser uma expressão do diálogo entre cultura e Direito. O dano, assim, infiltra muito dos modos de ser, viver e sentir da cultura contemporânea no Direito.

⁷ “É pressuposto da relação obrigacional de responsabilidade civil a existência de um dano. Porém, não qualquer dano. Costuma-se referir ao dano injusto como aquele que preenche as condições para despertar a eficácia da indenização. Por dano injusto entende-se aquele causado por interferência externa, de outra pessoa, a partir da violação de direito da vítima, de modo a causar a lesão ao patrimônio ou à pessoa” (MIRAGEM, 2015, p. 158).

⁸ “É pressuposto da relação obrigacional de responsabilidade civil a existência de um dano. Porém, não qualquer dano. Costuma-se referir ao dano injusto como aquele que preenche as condições para despertar a eficácia da indenização. Por dano injusto entende-se aquele causado por interferência externa, de outra pessoa, a partir da violação de direito da vítima, de modo a causar a lesão ao patrimônio ou à pessoa” (MIRAGEM, 2015, p. 158).

Fala-se hoje no aparecimento de novos danos (sobretudo de índole extrapatrimonial) que vão desde o rompimento do noivado à morte do animalzinho de estimação –situações que eram anteriormente desprezadas pelo direito, largadas à própria sorte da vítima ou aos desígnios do acaso. Daí porque diga-se com acerto que, **juridicamente, o dano é um elemento histórico-cultural**, pois cada época terá (e deixará de ter) certos danos indenizáveis e não-indenizáveis (MORAES, 2003, p. 150).

A noção de “dano injusto” se trata de uma inovação – mais acolhedora e social – em termos de responsabilidade civil. Aponta-se o “**giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto**” (GOMES, 1980, p. 293-295): desprende-se em parte da exigência absoluta de “ato ilícito”, reconhecendo, em certos casos, “danos injustos” reparáveis independentemente de ato ilícito (MORAES, 2003, p. 177). É o caso da aplicação da teoria do risco (responsabilidade objetiva) e mesmo da reparação em caso de estado de necessidade, por exemplo.

Ademais, perceba-se que **dano e ato ilícito não se confundem**. É possível a ocorrência de um ato ilícito que não cause danos a ninguém. Por outro lado, também pode ocorrer dano reparável sem ato ilícito (como no caso de estado de necessidade) ou independente de ato ilícito (nos casos de responsabilidade objetiva).

Configuram-se como requisitos do dano reparável que ele **viole um interesse tutelado pelo Direito** e seja **certo, atual e subsistente**. A *certeza* diz respeito a exigência de que o dano se funde em fato concreto e não em uma hipótese. A *atualidade* estabelece que o dano advenha de um fato já ocorrido, não aceitando a ideia de dano futuro (eventual e incerto)⁹, sem prejuízo, contudo, de tutelas de prevenção e de precaução sobre a

⁹ Boa ilustração é trazida por Coelho (2009, p. 287): “Considere o exemplo da colocação no mercado de alguns automóveis com defeito de fabricação no sistema de freios. O defeito é gravíssimo porque compromete, em pouco tempo, o funcionamento do sistema e pode ocasionar sérios acidentes. A fábrica alerta-se para o problema após a venda de meia centena de carros defeituosos, mas antes de qualquer evento danoso. Promove, então, um eficiente *recall* e consegue consertar todos aqueles veículos. A possibilidade de graves prejuízos para os donos dos automóveis defeituosos e para os familiares e amigos que eles transportaram antes do reparo era enorme. Não ocorreu, porém, nenhum dano, e, por isso, não há qualquer responsabilidade civil do fornecedor”. Não obstante, a discussão seria válida, dado o dever de proteção à incolumidade física e psíquica do consumidor. Tal dever, bem se sabe, exige ser pensado, sobretudo, preventivamente ao dano e não, apenas, em sede de reparação posterior.

concreta possibilidade de dano. A *subsistência*, impõe que somente deve ser reparado o dano que ainda existe, ou seja, que ainda não foi recomposto (LISBOA, 2013, p. 307; GONÇALVES, 2017, p. 423). Neste último caso, como quer Aguiar Dias (2006, p. 969): “resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde nada há que reparar”..

Somente são reparáveis os danos concretos (certos, atuais e subsistentes). O Direito não tutela positivamente o “dano hipotético” (eventual, aleatório e futuro).

Logo, em sentido oposto, existe uma miríade de danos que são vistos como “justos” ou como “não-indenizáveis”. Assim o são, em síntese, porque não podem ser imputados como de responsabilidade de outrem, porque hipotéticos (não atuais ou incertos) e/ou porque não são reprovados pelo Direito (porque exercícios em regular direito ou estrito cumprimento de dever legal, porque exercidos escudados em alguma excludente de nexo causal ou porque, apesar de danosos, respeitam o critério constitucional de proporcionalidade).

São exemplos de danos “justos” ou “não-reparáveis”: aquele que causa dano ao agressor em legítima defesa. A abordagem policial para checar fundada situação de possível crime (estrito cumprimento de dever legal). O empresário que abre um comércio no ramo do concorrente lhe retirando parte da clientela pelo *market share* (exercício regular de direito). A(o) namorada(o) que encerra o relacionamento pela perda do afeto (exercício regular de direito). A perda de bem patrimonial causado por tempestade de força incomum (força maior). A pessoa que provoca propositadamente um cão que vem a lhe morder (fato exclusivo da vítima). A esposa traída diante da(o) amante ou mesmo do marido infiel. O encarcerado que se vê diante das negativas condições gerais das casas prisionais brasileiras.

Em todos os casos citados haverá algum tipo de dano e em maior ou menor medida. Entretanto, estes são considerados pelo direito como “não-reparáveis” ou como “justos” porque não passam no filtro da causalidade,

da ilicitude ou da proporcionalidade. Em certos casos, aliás, tais danos são enquadrados pela jurisprudência como “mero aborrecimento”, “mero desconforto” ou “mero dissabor cotidiano” (não configurando dano moral) – *minimis rule: trivial damage is to be disregarded* (o dano trivial deve ser desconsiderado).

Observe-se dois casos peculiares sobre “danos não-reparáveis”.

O primeiro caso envolve um dano advindo de conduta tida como lícita. Foi julgado pelo STJ, no REsp 1122547/MG. Nele, em síntese, o marido traído ajuizou demanda reparatória moral contra o amante de sua esposa. Argumentou que os danos morais advieram da conduta do réu que inobservou o dever de fidelidade do casamento do autor. Em primeiro grau, julgou-se procedente, entendendo-se que o amante agiu de má-fé ao se envolver com mulher casada e, com isso, gerou constrangimento moral no autor. Em segundo grau, contudo, decidiu-se pela improcedência dos pleitos iniciais. Justificou-se que, embora seja uma conduta reprovável, o réu não violou nenhum dever jurídico, pois quem detinha o dever de fidelidade era a esposa. No STJ, o Ministro Luis Felipe Salomão, julgou improcedente o pedido, referindo que não há ilícito no caso, pois, inexistente violação a dever legal, uma vez que “não há no ordenamento jurídico pátrio norma de direito público ou privado que obrigue terceiros a velar pela fidelidade conjugal em casamento do qual não faz parte” (BRASIL. STJ, REsp 1122547/MG, 2009).

Contudo, em casos mais peculiares, em que o adultério conjugal é efetivado pelo cônjuge de modo ostensivo ou altamente vexatório/ofensivo, decisões mais recentes têm reconhecido dano moral à parte traída. Exemplo é o caso ocorrido em São Paulo, no qual a sobrinha de batismo e o marido se envolveram em prejuízo da esposa. A magistrada entendeu que o caso era peculiar, pois havia grande proximidade entre as partes, uma vez que a sobrinha pois a sobrinha frequentava a casa do casal e era funcionária na empresa do marido. Indenização fixada em R\$ 50 mil (NAÇÃO JURÍDICA, 2019). Algo semelhante ocorreu no Distrito Federal, a

situação peculiar foi o fato do marido ter flagrado a esposa no ato sexual, na cama do casal. Indenização fixada em R\$ 7 mil (JUSBRASIL, 2018).

O segundo caso, mais polêmico, apreciou questão de proporcionalidade do dano em face dos efeitos da reparação. Viu-se a situação no REsp 962.934/MS ao lado do EREsp 962.934/MS. No caso, um encarcerado buscava, em demanda individual, o pagamento de indenização de dano moral causado pelas sub-humanas condições a que estava submetido no cumprimento de sua pena em estabelecimento prisional de Corumbá, no Mato Grosso do Sul. O Ministro Teori Zavascki foi voto vencido e defendeu a procedência do pedido. Por outro lado, o voto vencedor adveio do Ministro Humberto Martins que reconheceu a existência de um dano, mas um dano não-indenizável, dado que configuraria uma situação constitucional de desproporcionalidade. Concluiu-se que, nestes casos, o ideal e mais proporcional seria buscar a melhoria das condições carcerárias (problema coletivo nacional que demanda uma política pública) e não a reparabilidade de danos individuais (tutela individual que geraria um efeito sistêmico de custos para o Estado). Assim fez constar:

O que se questiona nos autos não é a existência, ou não, de dano moral. O que se discute é se o sistema jurídico deve acolher a tese da indenização individual, por danos morais, ao preso em condições degradantes [EREsp 962.934/MS]. Numa palavra, em nada contribui para a melhoria do sistema prisional do Brasil a concessão, individualmente, de indenização por dano moral a detento submetido à superlotação e a outras agruras que permeiam (e envergonham) nossos estabelecimentos carcerários. A medida, quando muito, servirá tão-só para drenar e canalizar escassos recursos públicos, aplicando-os na simples mitigação do problema de um ou só de alguns, em vez de resolvê-lo, de uma vez por todas, em favor da coletividade dos prisioneiros. A condenação do Estado à indenização por danos morais individuais, como remédio isolado, arrisca a instituir uma espécie de "pedágio-masmorra", ou seja, deixa a impressão de que ao Poder Público, em vez de garantir direitos inalienáveis e imprescritíveis de que são titulares, por igual, todos os presos, bastará pagar, aos prisioneiros que disponham de advogado para postular em seu favor, uma 'bolsa-indignidade' pela ofensa diária, continuada e indesculpável aos mais fundamentais dos direitos, assegurados constitucionalmente. A situação do

sistema prisional é grave e merece solução global, não apenas pontual. Nesse sentido a orientação do Conselho Nacional de Justiça [REsp 962.934/MS].

Oportuno notar que nem sempre apontar um dano como reparável (ou não) será tarefa fácil. Demandará além de afinada técnica jurídica, também sensibilidade em face dos preceitos da dignidade da pessoa humana no tempo presente. E, ainda assim, não há garantias de acerto na decisão. Não à toa, portanto, nesta seara muito se critica a questão da discricionariedade judicial. É um ponto que exige cada vez mais cautela e propostas para o seu controle.

2 Dano concreto e o dano hipotético

O Direito somente repara os chamados “**danos concretos**”, ou seja, aqueles que são certos, atuais e subsistentes. Em sentido oposto, não há tutela positiva do “**dano hipotético**”, que é aquele eventual, aleatório e futuro. Lisboa (2013, p. 295) arremata: “é inviável a responsabilidade civil do agente por mero dano hipotético ou eventual, pois não há como se reparar algo que pode sequer vir a acontecer”.

Conceder reparação a um dano hipotético conduz a inevitável enriquecimento sem causa, configurando locupletamento ilícito. A vedação disto aparece no art. 884, do Código Civil: “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

Exemplificando o dano hipotético, tem-se o interessante Resp 1.660.167-RJ, julgado pelo STJ em 2017. O feito relata um pedido de danos morais de um policial militar contra a UNIMED, em vista da negativa de transferência a um hospital conveniado para a realização de cirurgia de emergência.

Em síntese, depois de uma capotagem, o policial militar foi levado até um hospital próximo. Depois de avaliado, o médico solicitou a remoção do paciente para um centro especializado, a fim de que fosse realizada uma cirurgia na sua coluna. Havia consciência de que, se não fosse feita a

neurocirurgia nas 5ª e 6ª vértebras cervicais, poderiam haver sequelas e lesão permanente.

A UNIMED, mesmo ciente do contexto, negou o pedido, alegando que não havia ambulância, nem neurocirurgião, disponíveis no momento. Em face disso, o policial foi levado por seus colegas até um hospital da Polícia Militar, onde realizou a cirurgia.

Em primeiro e segundo graus o pedido foi julgado procedente, condenando a empresa ao pagamento de 7 mil reais. Não satisfeito, o policial militar interpôs recurso especial, argumentando que o valor arbitrado foi irrisório, desconsiderando a proporcionalidade. Argumentou que deveriam ser considerados os riscos e os possíveis prejuízos aos quais foi exposto. Afirmou que o fato de ter sido levado para hospital diverso do indicado fez com que sua recuperação fosse lenta e tardia, bem como que isso lhe expôs ao risco de tetraplegia.

A Ministra Nancy Andrighi parafraseou o voto do Desembargador de segundo grau que assim disse:

No caso em tela, o autor conseguiu realizar o procedimento cirúrgico, embora não com a parte ré, mas sim com o hospital da corporação da qual faz parte. Assim, seu dano não foi aumentado, visto que, de fato, o bem da vida tutelado foi protegido. Frise-se, outrossim, que a alegação de que em virtude de ter realizado a cirurgia a todo o tratamento médico daí decorrente no Hospital Central da Polícia Militar, sua recuperação teria sido lenta e tardia, já foi considerada na fixação do montante indenizatório em R\$ 7.000,00 (sete mil reais). O que não se pode admitir é uma majoração de tal valor ao argumento de que, por conta dos fatos ocorridos, o autor foi exposto ao risco de tetraplegia (argumentação trazida pelo apelante em sua peça recursal). **A razão para tanto está em que o dano hipotético não dá ensejo à indenização.**

Em suma, o STJ reiterou que o dano hipotético não dá ensejo a reparação. Mais do que isso, sustentou que “a compensação financeira arbitrada não pode representar enriquecimento sem causa da vítima” (BRASIL. STJ, REsp 1.660.167-RJ, 2017).

3 Dano direto e dano reflexo (ou ricochete)

O dano sofrido por uma pessoa tende a afetar somente a ela. Este é o dano direto que atinge unicamente o alvo imediato da lesão. Todavia, em algumas hipóteses os efeitos do dano sofrido por alguém podem, também, afetar terceiros mediatos, de modo indireto ou por via reflexa. Este é o dano reflexo ou por ricochete - *dommage par ricochet* (MELO, 2018, p. 67). No dano reflexo há sempre uma vítima imediata e uma vítima mediata do mesmo dano (o que não se confunde, em sentido reverso, com dano imediato e dano mediato que atingem a mesma vítima (GABURRI, 2017, p.97).

Na cena brasileira, existem casos marcantes de dano reflexo.

Primeiro, um recente julgado do STJ (REsp 1457651/RJ), confirmando o acórdão do TJRJ (0002710-78.2006.8.19.0001). Narra-se que, em 1996, Regina Sabrina Gedeão da Silva, companheira de Samir Abdul Karim, procurou o médico cirurgião plástico Nobunori Matsuda. Intentava um tratamento estético nas pernas. Em uma das sessões agendadas, o médico Nobunori convidou a paciente Regina para seu consultório e lhe ofertou refrigerante. A mulher bebeu. Logo na sequência sentiu-se mal, como se estivesse embriagada, padecendo de tontura e visão turva. Mesmo desorientada, notou que o médico correu em sua direção e a deitou ao chão. Ato contínuo a estuprou.

A situação foi devidamente apurada em processo criminal que condenou o profissional pelo crime de estupro. Na esfera cível, Regina e seu companheiro Samir, dentre outros pedidos, postularam reparação por danos morais. O TJRJ e o STJ condenaram o réu ao pagamento de danos morais no valor de 300 mil em favor da mulher e 200 mil em favor do homem. Afirmou-se que “o companheiro, de forma reflexa, sentiu os efeitos do dano padecido pela vítima imediata, amargando sofrimentos,

abalo psicológico e emocional, na condição de prejudicado indireto, pelo que faz jus à compensação moral”¹⁰.

Outro caso refere-se a situação envolvendo a empresa DERSA, quando do transporte de pessoas e objetos em balsas, em 1993. Na oportunidade, a empresa realizava a travessia, via balsa, entre Santos e Guarujá, de um casal e seu veículo. No momento da atracação, a balsa chocou-se com o atracadouro e acabou derrubando o marido, que caiu no vão entre a balsa e o atracadouro, tendo sido esmagado da cintura para baixo. Como consequência, ele sofreu fratura de bacia, ruptura de uretra e da bexiga, bem como traumatismo abdominal. Seu órgão genital sofreu redução, impossibilitando-o de manter relações sexuais.

Em face disso, o marido e a esposa ajuizaram ações reparatórias distintas. O marido buscou os danos materiais e morais (tendo obtido indenização no valor de 1 milhão e 200 mil); e a esposa pleiteou danos morais, sob a alegação de que, os danos sofridos direta e imediatamente pelo marido lhe trouxeram outro dano mediato e reflexo, qual seja: a impossibilidade de manter relações sexuais com o seu companheiro. A sentença e o acordão reconheceram o direito de ser reparada pelo dano sofrido, ainda que este fosse reflexo, pois havia um liame de necessariedade entre a causa e o efeito (BRASIL. TJSP. Processo n. 19.456/01).

Por fim, recentemente o TJRS concedeu indenização por danos morais aos filhos de pessoa falecida, porque um funcionário da funerária

¹⁰ O dano moral referente à primeira autora ficou evidenciado pela conduta altamente reprovável do falecido réu que se utilizou da sua condição de médico, causando na paciente intoxicação endógena, aproveitando-se da impossibilidade física de resistência para manter conjunção carnal não autorizada com sua paciente. [...] dano moral para a quantia de R\$ 300.000,00, valor que no caso se justifica pelas circunstâncias gravíssimas, tendo em conta a torpeza do ato danoso. [...] Com efeito, como destacou o douto Procurador de Justiça (fls. 464): “o dano sofrido pela autora não está adstrito à esfera pessoal da vítima, eis que o bem jurídico protegido pelo art. 213 do Código Penal é a liberdade sexual do indivíduo, presumindo-se, portanto, que sua violação atinja também a dignidade e a honra de seu parceiro.” No caso vertente são evidentes as consequências negativas que o sofrimento da vítima causou reflexamente no seu núcleo familiar, configurando o denominado dano moral indireto ou dano moral por ricochete. [...] Desse modo, não só a vítima de um fato danoso que sofreu a sua ação direta pode experimentar prejuízo moral. No caso, o companheiro, de forma reflexa, sentiu os efeitos do dano padecido pela vítima imediata, amargando sofrimentos, abalo psicológico e emocional, na condição de prejudicado indireto, pelo que faz jus à compensação moral. [...] Logo, entendendo razoável e proporcional à extensão do dano moral em favor do segundo autor o montante de R\$200.000,00 (BRASIL. TJRJ, Apelação Cível n. 0002710-78.2006.8.19.0001, 2013).

resolveu tirar uma selfie com o cadáver e veicular no Whatsapp. Além da imagem retratar a defunta nua, sobre uma mesa e com a cânula para fazer a aspiração em sua barriga, a fotografia foi acompanhada da seguinte frase: “Se o trabalho de vocês está ruim, imagina o meu aqui”. O tribunal reconheceu que a dignidade dos filhos foi violada na medida em que acompanharam a imagem da recém falecida mãe transitando em redes sociais de modo leviano e censurável¹¹ (BRASIL. TJRS. Apelação Cível n. 70078383692, 2018).

Como se percebe, o dano reflexo pode ter efeitos patrimoniais e efeitos extrapatrimoniais. O exemplo mais habitual é o caso do homicídio, no qual o próprio art. 948, do Código Civil anota que a reparação deverá abarcar as despesas médicas, o funeral, a pensão aos dependentes (danos patrimoniais) e o luto (dano extrapatrimonial).

Entende-se que a reparabilidade do dano reflexo demanda efetiva demonstração de um vínculo direto de dependência e/ou de afeto para com a vítima imediata¹². Esse vínculo impede o alargamento desmedido do nexos causal e, conseqüentemente, da reparabilidade. Bem aí reside o problema: não é tão complicado expor o vínculo de afeto e/ou de dependência; complexo é perceber o limite de alcance deste vínculo. Seguindo na hipótese do art. 948: no caso do homicídio de um adolescente, poderão somente os pais e os irmãos pretender reparação moral, ou seus primos, seus amigos íntimos e sua noiva também?

O STJ, ao apreciar o REsp 1.076.160/AM, em 2012, por meio do voto do Min. Luis Felipe Salomão, afirmou que “o dano por ricochete a pessoas não pertencentes ao núcleo familiar da vítima direta da morte, de regra,

¹¹ “Tenho que a situação narrada nos autos, diversamente do alegado pela Funerária, não trata-se de mero aborrecimento. O dano moral abrange, em regra, a dor e o sofrimento, mas sobretudo o abalo significativo da dignidade humana, da integridade física, psicológica ou da afeição moral e/ou social do ofendido. Inegável a dor enfrentada diante da morte de um ente querido, *in casu*, genitora dos autores, a qual, sem dúvida, foi agravada com a notícia, ainda durante o velório, de que estava circulando uma foto da mãe nua, passando por procedimento de preparação do corpo para os atos fúnebres, como se verifica à fl.18” (BRASIL. TJRS. Apelação Cível n. 70078383692, 2018).

¹² Sérgio Cavalieri Filho (2015, p. 148) demonstrar filiar-se a uma perspectiva mais ampla, não exigindo qualquer comprovação de afeto ou dependência, pois enxerga no art. 948, do Código Civil, uma exceção de linhas mais rígidas e taxativas.

deve ser considerado como não inserido nos desdobramentos lógicos e causais do ato”. O argumento foi estampado para indeferir o pedido de danos morais reflexos feito por noivo de vítima fatal, em acidente envolvendo a empresa Auto Viação Vitória Régia. No caso, concluiu o Ministro que “o noivo não possui legitimidade ativa para pleitear indenização por dano moral pela morte da noiva, sobretudo quando os pais da vítima já intentaram ação reparatória na qual lograram êxito”.

A posição do STJ exige, como regra, além de um vínculo de afeto e/ou de manutenção, também uma ligação familiar. Tal raciocínio reapareceu no AgRg no REsp 1212322, em 2014, quando o Min. Napoleão Nunes Maia concedeu dano reflexo para a esposa e para o filho de uma vítima de acidente de trânsito que acabou em estado vegetativo.

Muito embora a posição do STJ – exigir vinculação familiar direta e ligação afetiva e/ou de dependência – tenha por mérito reduzir o alcance do nexos causal e da reparabilidade do dano moral reflexo, em certas ocasiões deixará de tutelar evidentes casos de dano em ricochete. Haverá casos nos quais terceiros mediatamente lesados, assim o foram por danos reflexos, ou seja, em hipóteses nas quais o nexos causal claramente apontará como causa direta e imediata o dano causado a vítima imediata.

Referências

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações – responsabilidade civil**. V.2, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DÍEZ-PICAZO, Luis. **Derecho de daños**. Madrid: Civitas, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; e ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. Atlas. São Paulo, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. V. 3, 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Orlando. Tendências modernas da reparação de danos. *In: Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. V.4, 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

JUSBRASIL. **Adultério flagrado! Ex-marido traído ganha direito à indenização de R\$ 7 mil por danos morais**. Disponível em: <<https://doutoradevogado.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: jan. 2019.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. V. 2, 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NAÇÃO JURÍDICA. **Homem deve indenizar ex-mulher no valor de R\$ 50 mil por traição**. Disponível em: <<http://www.nacaojuridica.com.br/>>. Acesso em: jan. 2019.

Dano patrimonial: dano emergente e lucros cessantes

*Daniela Patrícia Schneider*¹

Entende-se por dano material a perda que atinge o patrimônio corpóreo de alguém e, de acordo com o art. 402 do Código Civil, subdivide-se em danos emergentes – o que efetivamente se perdeu – e lucros cessantes – o que razoavelmente se deixou de lucrar.

Nas palavras de Cristiano Sobral Pinto, “Consiste na lesão concreta que atinge interesses relativos a um patrimônio, acarretando sua perda total ou parcial. É aquele suscetível de avaliação pecuniária.” (2014, p. 1.490)

Os danos emergentes se referem à efetiva diminuição do patrimônio do lesado, os prejuízos que efetivamente sofreu e que, normalmente, podem ser facilmente demonstrados.

Flávio Tartuce (2018, p. 274) ensina que, “Como primeira modalidade de danos materiais, há os danos emergentes ou danos positivos (*damnum emergens*), constituídos pela efetiva diminuição do patrimônio da vítima, ou seja, um dano pretérito suportado pelo prejudicado, o que efetivamente se perdeu. A categoria está expressa na primeira parte do art. 403 da codificação material, segundo o qual, ‘ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem

¹ Especialista em Direito Público pela Faculdade Meridional – IMED. Aperfeiçoamento em ESMAFE - Escola Superior da Magistratura Federal pela Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS. Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Advogada. Email: contato@daniela.adv.br.

os prejuízos efetivos'. Como exemplo típico, pode ser citado o estrago do automóvel, no caso de um acidente de trânsito.”

Já os lucros cessantes são os valores que o prejudicado deixou de receber ou lucrar, estando previsto na segunda parte do art. 402 do Código Civil. “Além dos danos emergentes, há os lucros cessantes ou danos negativos, valores que o prejudicado deixa de receber, de auferir, ou seja, uma frustração de lucro, o que razoavelmente se deixou de lucrar. [...] Partindo-se para as concretizações práticas dos lucros cessantes, no caso de acidente de trânsito, poderá pleitear lucros cessantes o taxista ou outro motorista profissional que deixou de receber valores com tal evento, caso dos motoristas de aplicativos. Geralmente, tal frustração de lucro é fixada de acordo com uma tabela, verificando-se o valor da diária do profissional e por quantos dias deixou ele de trabalhar.” (TARTUCE, 2018, p. 276)

Os lucros cessantes também são previstos de forma expressa em outros três dispositivos do Código Civil, quais sejam:

- a) artigo 949: o nos casos de lesão ou outra ofensa à saúde, o agente causador do dano indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido, caso dos danos morais e estéticos;
- b) artigo 950: estabelece que, se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu;
- c) artigo 952: que trata da perda de um objeto de estima, prescreve que, havendo usurpação ou esbulho de bem alheio, além da restituição da coisa, a indenização consistirá em pagar o valor das suas deteriorações e o devido a título de lucros cessantes. Se a coisa faltar definitivamente, o agente deverá reembolsar o seu equivalente ao prejudicado.

Em resumo, “Dano emergente é aquele que atinge o patrimônio presente da vítima. O lucro cessante atinge o patrimônio futuro da vítima (ganho esperável), impedindo seu crescimento.” (PINTO, 2014, p. 1.490)

São inúmeros os julgados que tratam do dano material. O Superior Tribunal de Justiça tem a orientação firme de que é necessária a efetiva comprovação da ocorrência dos lucros cessantes e dos danos emergentes, não se admitindo indenização baseada em cálculos hipotéticos nem cálculos por presunção ou dissociados da realidade. Somente após o reconhecimento da existência inequívoca do *an debeatur* seria possível ao julgador, quando assim se mostrar conveniente, remeter a apuração do *quantum debeatur* à fase de liquidação.

Como primeiro exemplo, cita-se julgado da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, proferido no REsp 1.369.039-RS, de Relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 4/4/2017, e que consta no informativo 602: “O valor que seria objeto de mútuo, negado por força de inscrição indevida em cadastro de inadimplentes, não pode ser ressarcido a título de dano emergente. Não há perda material efetiva pelo fato de ter sido negado crédito ao consumidor. Dessa forma, o ressarcimento por dano emergente, neste caso, seria destituído de suporte fático, consistindo a condenação, nessas condições, em verdadeira hipótese de enriquecimento ilícito.”

Entre os julgados mais recentes, ainda vale a pena citar o seguinte, proferido pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1327773-MG, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 28/11/2017, transcrito no informativo 619: “O uso indevido da marca acarreta dano material uma vez que a própria violação do direito revela-se capaz de gerar lesão à atividade empresarial do titular. O uso indevido da marca provoca desvio de clientela e confusão entre as empresas, acarretando indiscutivelmente dano material. Desse modo, se ficar demonstrado o uso indevido de marca, o juiz deverá declarar a existência do dano (*an debeatur*). O *quantum debeatur*, por sua vez, deverá ser apurado no âmbito da liquidação pelo procedimento comum, haja vista a necessidade de comprovação de fatos novos, nos termos do art. 210 da LPI. Quanto ao prejuízo extrapatrimonial, prevalece que o uso indevido da marca gera dano moral *in re ipsa*, ou seja, sua configuração decorre da mera comprovação da prática de conduta ilícita -

contrafação -, revelando-se desnecessária a demonstração de prejuízos concretos ou a comprovação probatória do efetivo abalo moral.”

Quanto às problemáticas que envolvem o tema, inicialmente é importante ressaltar que não cabe reparação de dano hipotético ou eventual, sendo imprescindível a comprovação efetiva dos danos emergentes ou dos lucros cessantes, sendo possível, em raras ocasiões, a presunção de dano (dano inerente ou *in re ipsa*), mas, em todo caso, o ônus incumbe à parte que os alega.

O professor Flávio Tartuce (2018, p. 272) explica que “Os danos patrimoniais devem ser provados por quem os alega, é antiga essa lição. Nessa seara, são fartas as manifestações doutrinárias e jurisprudenciais no sentido de que não se pode reparar o dano hipotético ou eventual. [...] De todo modo, cabe reafirmar que em algumas situações até se admite o dano presumido (*damnum in re ipsa*), mas o que normalmente ocorre é o fato de o autor da demanda ter contra si o ônus de demonstrá-lo, nos termos do art. 373, I, do Código de Processo Civil de 2015, na categoria de danos emergentes e lucros cessantes. A prova, com o Código Civil de 2002, não se refere apenas à existência do dano, mas também à sua extensão (art. 944), a fim de que o aplicador do direito fixe o *quantum* indenitário ou reparatório.”

Ainda, é importante ter presente que a reparação do dano material deve ocorrer na medida da extensão do dano, isto é, deve ser capaz de repor o patrimônio do lesado ao patamar previamente existente à lesão. Como anota Álvaro Villaça Azevedo (2008, p. 278), “o art. 944 do CC quer dizer que conforme seja o dano, maior, médio ou menor, deve ser a indenização. Esse o princípio tradicional que autoriza a indenização, repondo-se o patrimônio do lesado no estado anterior à lesão”.

Além do já exposto, ainda no campo das problemáticas que envolvem o tema, não se deve confundir dano material com dano moral. Caio Mário da Silva Pereira (2018, p. 375) explica didaticamente a diferença entre um e outro: “Sustentando a tese da responsabilidade civil por dano moral, enunciei a diversidade conceitual relativamente a que a indenização por dano material consiste na ideia de sub-rogar a coisa no seu equivalente, ao passo que em se

tratando de dano moral o que predomina é a finalidade compensatória. A dizê-lo noutros termos, na indenização por dano material, a ideia-força tem em vista que existe um ‘prejuízo’ no correspectivo da diminuição ou do não incremento do patrimônio, enquanto a do dano moral repousa na existência de mágoa sofrida pela vítima.”

Embora durante algum tempo o entendimento dos Tribunais Superiores fosse no sentido de impossibilidade de cumulação de indenizações por dano material e moral, atualmente é aplicável o enunciado da Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”. Segundo Caio Mário da Silva Pereira (2018, p. 377), “O argumento deixou de subsistir, uma vez que a Constituição de 1988 admitiu, em mais de uma passagem, o princípio da reparação do dano moral (art. 5º, alíneas V e X).”

No que tange ao contexto histórico, o dano material é protegido e reconhecido desde a Roma antiga. No Brasil, já era prevista a reparação no Código Civil de 1916, sendo repetido de modo similar no Código Civil de 2002. “Desde o Direito Romano, é plenamente admitida a reparação do dano, particularmente aquele de natureza material – primeiro a ser reconhecido –, tendo surgido, na ocasião, a *restitutio in integrum*. A codificação brasileira de 1916 fazia menção ao dano material, entre outros dispositivos, nos arts. 1.059 a 1.061, que tratavam das perdas e danos. De modo semelhante, assim o fez a codificação de 2002, nos seus arts. 402 a 404, dispositivos que discorrem sobre a fixação dos parâmetros dos danos patrimoniais tanto na responsabilidade civil contratual quanto na extracontratual.” (TARTUCE, 2018, p. 272)

A exceção fica por conta do disposto no caput do atual art. 944, que passou a prever que a indenização se mede pela extensão do dano, o que antes não era expresso no texto Civil. “Trata-se de inovação na codificação em vigor, uma vez que o Código Civil de 1916 não trazia norma no mesmo sentido.” (TARTUCE, 2018, p. 272).

Referências

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**. Responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 278.

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15/12/2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18/12/2018.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Danos materiais e morais em caso de uso indevido de marca**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/378fb9f589cf7930275f25e4b5afbddd>>. Acesso em: 23/12/2018.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **O valor do empréstimo que o consumidor não conseguiu obter pelo fato de seu nome ter sido indevidamente negativado não pode servir como parâmetro para a fixação da indenização**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ca172e964907a97d5ebd876bfdd4adbd>>. Acesso em: 23/12/2018

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Possibilidade de cumulação de danos morais e danos materiais**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/e8c0653fea13f91bf3c48159f7c24f78>>. Acesso em: 23/12/2018

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Atualizador: Gustavo Tepedino. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito civil sistematizado**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil**. Volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

Dano moral

*Adriano Marteleto Godinho*¹

1 Conceito

A partir do momento em que um indivíduo, com seu comportamento, causa dano a outrem, ficará sujeito à conseqüente reparação. Surge, a partir da prática do ato lesivo, um autêntico dever de reparação do dano causado. Esta é, portanto, a função primordial da responsabilidade civil: a de reparar danos, seja por meio da restituição “*in natura*” do desfalque provocado (o que ocorrerá, por exemplo, com a reposição do mesmo bem sobre o qual recaiu a ofensa), seja por meio do pagamento de uma indenização, quando se tornar inviável a medida anterior. Há, com efeito, certos danos que não admitem plena reconstituição: é o caso de situações em que uma pessoa sofre danos morais ou estéticos, pois lesões corporais irreversíveis (como amputações) ou afrontas graves à dignidade humana não permitirão que a vítima retorne ao estado em que se achava antes de sofrê-las.

Apesar de haver expressa referência ao dano moral tanto no texto da Constituição da República quanto no Código Civil de 2002 – em particular, em seu art. 186 –, ainda persistem divergências sobre a caracterização desta espécie de dano. De todo modo, pode-se conceituar o dano moral como sendo aquele que atinge os bens da personalidade, que não podem

¹ Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor dos cursos de graduação e de pós-graduação da Universidade Federal da Paraíba. E-mail: adrgodinho@hotmail.com.

ser apreciados economicamente, afrontando, em última análise, a própria dignidade humana. O dano moral, diga-se, não se confunde com a dor, humilhação, constrangimento ou aflição, porque estes sentimentos equivalem apenas à consequência negativa normalmente advinda do dano moral, e não ao seu conteúdo. Haverá dano moral a partir da afronta aos valores mais caros inerentes à pessoa humana, tais como os direitos à vida, à integridade psicofísica, à honra, à privacidade, às liberdades individuais e a outros tantos que compõem a esfera existencial dos indivíduos. Mais do que isso, apenas caberá falar em dano moral quando a ofensa for tal que corresponda a uma autêntica lesão à personalidade e à dignidade humana: segundo o consenso vigorante na doutrina e na jurisprudência, meros dissabores ou desgostos experimentados no cotidiano não podem ser qualificados como danos morais.

Com efeito, assinala Yussef Said Cahali a respeito do tema: “(...) tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral” (CHAHALI, 2011, p. 20).

Para além do denominado dano moral direto, que se caracteriza através de ofensas efetivamente dirigidas a bens da personalidade, admite-se a existência do dano moral indireto, decorrente de lesões patrimoniais que, não obstante, também possam provocar abalo moral. É o que ocorre nos casos em que o dano recai sobre bem em relação ao qual seu titular guarda um valor de afeição, servindo como exemplos dessa circunstância os animais domésticos e os objetos que compõem o patrimônio histórico de uma família.

Finalmente, também é passível de reparação o chamado dano moral reflexo ou em ricochete, isto é, aquele que, embora causado sobre um indivíduo, gera repercussões sobre a esfera jurídica de outrem. Típico exemplo de dano por ricochete ocorre nos casos em que o homicida responde pelos danos morais sofridos pelos familiares da pessoa assassinada, hipótese contemplada pelo art. 948 do Código Civil.

2 Contexto histórico de surgimento da tutela jurídica do dano moral

A tradicional visão da responsabilidade civil, de viés marcadamente subjetivo, considerava que o dever de reparar um dano somente surgiria quando se verificasse que o seu causador, deliberadamente ou por descuido, havia deixado de cumprir com os deveres gerais de cautela impostos a toda a sociedade, contrariando, assim, os ditames do ordenamento, que não permitem a quem quer que seja descumprir seus princípios e normas e lesar terceiros. Assim, a responsabilidade civil, em sua concepção original, partia da verificação de dois elementos essenciais: a prática de um ato ilícito e o comportamento doloso - ou ao menos culposos - do agente, o que fazia com que o instituto tivesse por objetivo, essencialmente, estabelecer uma sanção para o responsável pela ocorrência de um dano. Ademais, a visão prevalecente, em particular, no texto do Código Civil brasileiro de 1916, admitia exclusivamente a verificação de danos materiais (ou patrimoniais), isto é, que atingissem o ofendido em seu patrimônio, ou seja, em seus bens passíveis de apreciação econômica.

A Constituição da República de 1988 cuidou de ditar parâmetros diversos para reger a matéria, permitindo rever a função a ser desempenhada pelo instituto da responsabilidade civil. Em primeiro lugar, consagrou-se o princípio da solidariedade, que inaugurou uma nova concepção no contexto daquela figura. A partir do momento em que o texto constitucional erige a construção de uma sociedade livre, justa e solidária entre os objetivos fundamentais da República, desloca-se o cerne da questão, que passa a abstrair do comportamento do ofensor para se concentrar sobre o dano sofrido pela vítima, que, à partida, não pode ficar privada da reparação a que faz jus. Assim, concebeu-se a noção de que também os comportamentos não culposos ou dolosos, e até mesmo os atos lícitos, podem acarretar a obrigação de indenizar, precisamente porque determinadas atividades encerram, em si mesmas, riscos para terceiros.

Houve, assim, o deslocamento do eixo da responsabilidade civil, que, em larga medida, se desvinculou da culpa para focar o próprio dano. Com isso, a satisfação econômica a que o lesado faz jus passou a ser o centro de gravidade da responsabilidade civil. Para a materialização desse objetivo, multiplicaram-se as hipóteses de obrigações de resultado, de responsabilidade objetiva e de culpa presumida.

Em outro desenvolvimento, os valores emanados do texto constitucional permitiram o surgimento de fontes de reparação diversas das concebidas originariamente. A responsabilidade civil, outrora ancorada exclusivamente na tutela do patrimônio, passou a receber a influência do primado da dignidade da pessoa humana, o que se reflete no reconhecimento da reparação pelos danos exclusivamente morais (MORAES, 2007, p. 445), característica que se faz presente de forma expressa no ordenamento brasileiro, conforme fazem prova os artigos 5º, incisos V e X da Constituição da República e 186 e 927 do Código Civil.

A aceitação da possibilidade de reparação de danos exclusivamente morais, todavia, não foi pacífica. Por décadas a fio, resistiu-se à tese de que danos não patrimoniais pudessem acarretar o dever de reparação, sob o argumento de que seria impossível medir a dor, o que não apenas revelava um estágio de absoluta incompreensão acerca do próprio conceito de dano moral – que, consoante exposto, não corresponde às experiências sensoriais de dor ou de sofrimento, mas à lesão em si mesma aos valores existenciais da pessoa humana –, mas também contribuía para gerar soluções esdrúxulas: provocar a morte de um animal ocasionaria reprimenda mais contundente que matar uma pessoa, pois, em relação a esta, o Código Civil de 1916 restringia a reparação às despesas do luto e do funeral da vítima do homicídio (FARIAS, 2017, p. 300).

A consagração dos danos morais representa, enfim, um aspecto da releitura do Direito Civil em conformidade com os princípios constitucionais, que contribuiriam para “humanizar” o instituto. Esses fenômenos conferem à figura contornos que autorizam a afirmação de que não somente os contratos e a propriedade, mas também a

responsabilidade civil passa a ter de cumprir uma função social, sensível à necessidade de se estabelecer uma justa repartição dos riscos da existência e de não permitir que as vítimas arquem com as consequências dos danos que sofreram.

3 Problemáticas em torno do dano moral

Um dos aspectos mais turbulentos concernentes ao dano moral diz respeito à possibilidade de se transmitir, pela via sucessória, o direito à sua reparação. Nos termos do artigo 943 do Código Civil, o direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la se transmitem com a herança. Falecido o devedor da indenização, continuam seus sucessores responsáveis pela respectiva reparação, embora apenas respondam nas forças da herança, conforme determina o artigo 1.792 do Código Civil. Do mesmo modo, vindo a óbito o credor da indenização, seus herdeiros poderão exigir o pagamento do responsável.

A partir do enunciado do preceito legal, discute-se se a pretensão à reparação por dano moral transmite-se aos herdeiros do ofendido. De um lado, defende-se que esta hipótese é inviável, por se tratar de violação a direitos personalíssimos do ofendido, que seria, por isso, o único legitimado a propor a ação, podendo eventualmente os herdeiros prosseguir na demanda já intentada pelo falecido (foi o entendimento adotado, por exemplo, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 302.029-RJ, pelo Superior Tribunal de Justiça). Tese oposta defende que a referida transmissão é possível, porque embora o direito violado seja personalíssimo e intransmissível, a pretensão reparatória teria cunho patrimonial e, portanto, estaria sujeita à transmissão sucessória (foi a posição esposada pelo Superior Tribunal de Justiça nas decisões proferidas no Recurso Especial n. 343.654-SP e no Recurso Especial n. 324.886-PR, e também pelo Tribunal Superior do Trabalho, no Recurso de Revista n. 165/2006-076-03-00).

Houve, quanto ao tema em apreço, a edição do enunciado n. 454, da V Jornada de Direito Civil (CJF, 2018), com o seguinte teor: “*Art. 943. O direito de exigir reparação a que se refere o art. 943 do Código Civil abrange inclusive os danos morais, ainda que a ação não tenha sido iniciada pela vítima*”.

A aprovação do enunciado demonstra que, ao menos no plano doutrinário, vai se sedimentando solução para a controvérsia que ronda a possível transmissibilidade, para os herdeiros do falecido, da pretensão de obter reparação por danos morais em virtude de ofensas dirigidas exclusivamente ao morto. Segundo propõe o enunciado, nada importa que o ofendido, em vida, tenha tomado providências para exigir a reparação do dano moral que sofreu: depois de falecido, o direito de pleitear a reparação correspondente é transmitido aos herdeiros, não obstante os bens jurídicos violados serem personalíssimos e, deste modo, intransmissíveis. O que se convencionou estipular no enunciado é que o que se dá é a transmissão apenas da pretensão condenatória, de natureza patrimonial (e, portanto, plenamente transmissível por sucessão “*causa mortis*”), e não dos direitos personalíssimos afrontados.

Também na V Jornada de Direito Civil foi aprovado outro enunciado de profundo impacto para a matéria, de n. 445, que contempla os seguintes dizeres: “*Art. 927. O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento*” (CJF, 2018).

O postulado contido no enunciado é crucial para distinguir duas ordens de ideias: consoante já se expôs no item anterior, não cabe confundir o dano moral com os sentimentos de dor, aflição, humilhação e sofrimento, que são suas conseqüências. O dano moral é, em si, aquele que afronta o indivíduo em seus valores existenciais, como a liberdade, o nome, a integridade física e outros. Tal dano merece reparação, ainda que não se verifique que a pessoa que o sofreu experimentou tais sentimentos que dele decorrem. A propósito, há numerosos julgados que reconhecem que até mesmo pessoas de tenra idade e sem nenhum discernimento para

compreender a violação que sofreram devem fazer jus à reparação do dano moral de que foram vítimas. É o caso de crianças recém-nascidas que perdem seus pais, quando vitimados por homicídio: o dano consiste, em si mesmo, na perda de entes queridos, pouco importando que aqueles que sofrem o dano moral reflexo (os filhos) tenham ou não capacidade para compreender a gravidade da situação.

Já na III Jornada de Direito Civil, foi aprovado o enunciado n. 189, que assim estipula: “*Art. 927: Na responsabilidade civil por dano moral causado à pessoa jurídica, o fato lesivo, como dano eventual, deve ser devidamente demonstrado*” (CJF, 2018).

Doutrina e jurisprudência vêm caminhando a passos largos para um reconhecimento cada vez mais amplo de que certas situações geram danos morais “*in re ipsa*”, isto é, independentemente de comprovação de efetivo prejuízo. Servem como exemplos dessas situações três súmulas editadas pelo Superior Tribunal de Justiça: as de números 288 (a determinar que a simples devolução indevida de cheque é bastante para caracterizar dano moral), 403 (“*independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais*”) e 370 (“*caracteriza dano moral a apresentação antecipada do cheque pré-datado*”). Em todos estes casos, contudo, a vítima dos danos é uma pessoa natural – a quem a Constituição da República reconhece o atributo da dignidade.

As pessoas jurídicas podem eventualmente sofrer dano moral, em conformidade com a Súmula n. 227 do Superior Tribunal de Justiça (“*a pessoa jurídica pode sofrer dano moral*”), mas, neste caso, o dano jamais poderá ser presumido, restando à entidade que tenha sua honra objetiva violada fazer prova de efetivo prejuízo.

O entendimento consolidado do órgão é o de que as pessoas jurídicas, nada obstante não gozem do atributo da dignidade, inerente apenas à pessoa humana, podem ser protegidas, por extensão, em relação aos direitos da personalidade. Trata-se de um recurso que estende a tais

entidades a tutela dos direitos da personalidade, de que são titulares as pessoas naturais.

O que cabe reconhecer é que as pessoas jurídicas, se não gozam de um direito à honra subjetiva (conceito que respeita à autoestima), ao menos merecem esguardo em relação à sua honra objetiva (sinônimo de boa reputação e respeitabilidade social). Uma vez afrontada a honra objetiva das pessoas jurídicas, podem elas exigir reparação pelos danos morais que experimentarem.

4 Análise de casos concretos na jurisprudência

Conforme relatado nos tópicos anteriores, verifica-se que, no Superior Tribunal de Justiça, ainda pende controvérsia acerca da transmissibilidade, por sucessão “*causa mortis*”, da pretensão de reparação de dano moral sofrido pelo falecido, quando este eventualmente nem sequer tenha movido ação. Segue a ementa de um julgado em que se conferiu aos herdeiros a legitimidade para a propositura de ações desta natureza:

“RECURSO ESPECIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. OFENDIDO FALECIDO. LEGITIMIDADE DOS SUCESSORES PARA PROPOR AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. TRANSMISSIBILIDADE DO DIREITO À REPARAÇÃO.

1. Na hipótese dos autos, o filho dos recorridos, em abordagem policial, foi exposto a situação vexatória e a espancamento efetuado por policiais militares, o que lhe causou lesões corporais de natureza leve e danos de ordem moral. A ação penal transitou em julgado. Após, os genitores da vítima, quando esta já havia falecido por razões outras, propuseram ação de indenização contra o fato referido, visando à reparação do dano moral sofrido pelo filho.
2. A questão controvertida consiste em saber se os pais possuem legitimidade ativa ad causam para propor ação, postulando indenização por dano moral sofrido, em vida, pelo filho falecido.
3. É certo que esta Corte de Justiça possui orientação consolidada acerca do direito dos herdeiros em prosseguir em ação de reparação de danos morais ajuizada pelo próprio lesado, o qual, no curso do processo, vem a óbito. Todavia, em se tratando de ação proposta diretamente pelos herdeiros do ofendido, após

seu falecimento, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui orientações divergentes. De um lado, há entendimento no sentido de que "na ação de indenização de danos morais, os herdeiros da vítima carecem de legitimidade ativa ad causam" (REsp 302.029/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 1º.10.2001); de outro, no sentido de que "os pais - na condição de herdeiros da vítima já falecida - estão legitimados, por terem interesse jurídico, para acionarem o Estado na busca de indenização por danos morais, sofridos por seu filho, em razão de atos administrativos praticados por agentes públicos (...)". Isso, porque "o direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima (RSTJ, vol. 71/183)" (REsp 324.886/PR, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 3.9.2001).

4. Interpretando-se sistematicamente os arts. 12, caput e parágrafo único, e 943 do Código Civil (antigo art. 1.526 do Código Civil de 1916), infere-se que o direito à indenização, ou seja, o direito de se exigir a reparação de dano, tanto de ordem material como moral, foi assegurado pelo Código Civil aos sucessores do lesado, transmitindo-se com a herança. Isso, porque o direito que se sucede é o de ação, que possui natureza patrimonial, e não o direito moral em si, que é personalíssimo e, portanto, intransmissível.

5. José de Aguiar Dias leciona que não há princípio algum que se oponha à transmissibilidade da ação de reparação de danos, porquanto "a ação de indenização se transmite como qualquer outra ação ou direito aos sucessores da vítima. Não se distingue, tampouco, se a ação se funda em dano moral ou patrimonial. A ação que se transmite aos sucessores supõe o prejuízo causado em vida da vítima" (Da Responsabilidade Civil, Vol. II, 4ª ed., Forense: Rio de Janeiro, 1960, p. 854).

6. Como bem salientou o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, no julgamento do REsp 11.735/PR (2ª Turma, DJ de 13.12.1993), "o direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima".

7. "O sofrimento, em si, é intransmissível. A dor não é 'bem' que componha o patrimônio transmissível do de cujus. Mas me parece de todo em todo transmissível, por direito hereditário, o direito de ação que a vítima, ainda viva, tinha contra o seu ofensor. Tal direito é de natureza patrimonial. Leon Mazeaud, em magistério publicado no *Recueil Critique Dalloz*, 1943, pág. 46, esclarece: 'O herdeiro não sucede no sofrimento da vítima. Não seria razoável admitir-se que o sofrimento do ofendido se prolongasse ou se entendesse (deve ser estendesse) ao herdeiro e este, fazendo sua a dor do morto, demandasse o responsável, a fim de ser indenizado da dor alheia. Mas é irrecusável que o herdeiro sucede no direito de ação que o morto, quando ainda vivo, tinha contra o autor do dano. Se o sofrimento é algo entranhadamente pessoal, o direito de ação de indenização do dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos

sucessores'." (PORTO, Mário Moacyr, in Revista dos Tribunais, Volume 661, pp. 7/10).

8. "O dano moral, que sempre decorre de uma agressão a bens integrantes da personalidade (honra, imagem, bom nome, dignidade etc.), só a vítima pode sofrer, e enquanto viva, porque a personalidade, não há dúvida, extingue-se com a morte. Mas o que se extingue - repita-se - é a personalidade, e não o dano consumado, nem o direito à indenização. Perpetrado o dano (moral ou material, não importa) contra a vítima quando ainda viva, o direito à indenização correspondente não se extingue com sua morte. E assim é porque a obrigação de indenizar o dano moral nasce no mesmo momento em que nasce a obrigação de indenizar o dano patrimonial - no momento em que o agente inicia a prática do ato ilícito e o bem juridicamente tutelado sofre a lesão. Neste aspecto não há distinção alguma entre o dano moral e patrimonial. Nesse mesmo momento, também, o correlativo direito à indenização, que tem natureza patrimonial, passa a integrar o patrimônio da vítima e, assim, se transmite aos herdeiros dos titulares da indenização" (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, pp. 85/88).

9. Ressalte-se, por oportuno, que, conforme explicitado na r. sentença e no v. acórdão recorrido, "o finado era solteiro e não deixou filhos, fato incontroverso comprovado pelo documento de fl. 14 (certidão de óbito), sendo os autores seus únicos herdeiros, legitimados, pois, a propor a demanda" (fl. 154). Ademais, foi salientado nos autos que a vítima sentiu-se lesada moral e fisicamente com o ato praticado pelos policiais militares e que a ação somente foi proposta após sua morte porque aguardava-se o trânsito em julgado da ação penal.

10. Com essas considerações doutrinárias e jurisprudenciais, pode-se concluir que, embora o dano moral seja intransmissível, o direito à indenização correspondente transmite-se causa mortis, na medida em que integra o patrimônio da vítima. Não se olvida que os herdeiros não sucedem na dor, no sofrimento, na angústia e no aborrecimento suportados pelo ofendido, tendo em vista que os sentimentos não constituem um "bem" capaz de integrar o patrimônio do de cujus. Contudo, é devida a transmissão do direito patrimonial de exigir a reparação daí decorrente. Entende-se, assim, pela legitimidade ativa ad causam dos pais do ofendido, já falecido, para propor ação de indenização por danos morais, em virtude de ofensa moral por ele suportada.

11. Recurso especial do Estado de São Paulo conhecido, mas desprovido" (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 978651/SP. Relatora: Ministra DENISE ARRUDA. J. 17/02/2009).

Os principais pontos abordados na decisão dizem respeito ao reconhecimento de que, se os bens da personalidade ofendidos não são transmissíveis (e, com efeito, o artigo 11 do Código Civil consagra a regra da intransmissibilidade de direitos personalíssimos), as obrigações de reparar danos morais o são. Afinal, o direito de pleitear a reparação se reveste de cunho eminentemente econômico, sendo, assim, plenamente transmissível pela via sucessória.

Outros três aspectos relativos ao tratamento do dano moral na jurisprudência merecem específica abordagem.

Em primeiro lugar, a Súmula n. 370 do STJ foi editada nos seguintes termos: "*caracteriza dano moral a apresentação antecipada do cheque pré-datado*". O cheque pré-datado (ou pós-datado, como preferem alguns, por ser inserida no título data posterior à sua emissão) aos poucos foi sendo incorporado nas transações comerciais. A prática, na verdade, contraria, à partida, o disposto no art. 32 da Lei n. 7.357/85, que estabelece que "*o cheque é pagável à vista*". A enorme difusão da aposição de data posterior à emissão, contudo, terminou por consagrar o entendimento de que o ato, por ter se tornado corriqueiro, passou a integrar nossos costumes.

O fato de a Corte ter aprovado uma súmula neste sentido acaba por corroborar a ideia de que a apresentação do título pré-datado representa evidente violação ao princípio da boa-fé objetiva. Há notória quebra da confiança do devedor quando o credor, tendo se comprometido a apresentar o cheque apenas a partir de certa data, o faz antes do termo convencionado. Manifesta-se, aí, a figura do abuso de direito, que não admite a adoção de comportamentos contraditórios, tutelando-se a legítima confiança do devedor lesado.

Adiante, também no STJ, a Súmula n. 388 foi editada com o seguinte teor: "*a simples devolução indevida de cheque caracteriza dano moral*", independentemente de prova do prejuízo sofrido pela vítima, portanto. A edição da Súmula veio calcada em diversos precedentes do Tribunal e tem o mérito de reconhecer, em certas circunstâncias, a presunção de abalo moral, sobretudo em virtude de ser excessivamente complexo demonstrar, em cada

caso, a presença de elementos que comprovem efetivo prejuízo. Por isso, havendo a incorreta devolução do cheque, é de se aplicar automaticamente a presunção de dano moral, o que autoriza o lesado e pleitear judicialmente a respectiva reparação.

Por fim, veja-se o teor da Súmula n. 385 do STJ: *“da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento”*. Trata-se, aqui, de restringir a perspectiva de reparação de supostos danos morais quando o devedor já havia sido regularmente inscrito nos órgãos restritivos de crédito, tais como o SPC e o SERASA.

Referências

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL – CJF. **Enunciados**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/398>>. Acesso em: 06 dez. 2018.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL – CJF. **Enunciados**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/366>>. Acesso em: 06 dez. 2018.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL – CJF. **Enunciados**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/364>>. Acesso em: 06 dez. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. In: SARMENTO, Daniel (coord.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Dano moral coletivo

*Jacson Bacin Vicente*¹

Desde o código babilônico de Hamurabi (1792 a 1750 a.c.), perpassando pelas Leis de Manu (sec. II a.c. e II d.c.), o Alcorão (650 d.c.) e a Bíblia cristã (1500 a.c. e 90 d.c.), a humanidade busca métodos e formas de reparar os danos causados, por ela própria, aos demais membros de sua espécie, seja na lesão imbuída da vontade de causar o dano, ou no que ocorreu por fatores diversos de seu livre arbítrio, empenhando-se em restabelecer o *status quo ante*², reparando monetariamente aqueles lesados pela situação e punindo/educando o culpado. Caracteriza-se o dano, em sentido amplo, como a lesão de qualquer bem jurídico (ALVIM, 2012, p. 172), que sofra uma diminuição, modificação ou subtração em sua esfera.

Desse modo, não haverá ato punível, para os efeitos da responsabilidade civil, sem o dano causado (RIZZARDO, 2011, p. 13), sendo determinado por um comportamento contrário ao sistema jurídico-legislativo, qualificado com a lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial, integrante da personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem e a liberdade. O dano, será o malefício a um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, provindo de tal divisão, as respectivas responsabilidades para a reparação, subjetiva (provida e comprovada da

¹ Doutorando em Direito (URI), Mestre em Direito (UNISC), Especialista em Processo Civil e Constitucional (UPF). Professor na Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Advogado. E-mail: <jacsonbacin@gmail.com>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4712585551593875>.

² Literalmente, trazer as coisas ao estado em que estavam antes do fato danoso.

culpa) ou objetiva (somente necessária a ocorrência do dano e o nexo causal) (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 93).

O dano, portanto, na sua generalidade, implica na lesão que pode ser ocasionada em todos os aspectos da vida, sejam nos bens da pessoa (física ou jurídica), materialmente (bens móveis, imóveis ou semoventes) ou que acarretem uma problemática de cunho psíquico (moral), de vergonha, humilhação, estético, desprezo e minoração do ser humano, enquanto membro de uma sociedade, na sua esfera laboral, em um relacionamento afetivo, familiar, social, comercial e ainda estatal, quando as questões jurídicas podem vir a ser caracterizadas pelo próprio Estado, em desfavor do cidadão(ã).

Delimitado o início da questão do dano e como ele pode ser caracterizado, de forma ampla, buscar-se-á perquirir acerca do dano moral e seu viés coletivo, inserido nos contextos contemporâneos, na aplicação da lei, na análise da doutrina e sua inserção na jurisprudência.

A ampliação do conceito do dano moral, advém da previsão legal da Constituição Federal de 1988, erigida na dignidade da pessoa humana³, como basilar do próprio Estado Democrático de Direito e nos direitos subjetivos do ser humano, sendo a dignidade, o arcabouço moral de todos os direitos de personalidade⁴ e especificada na legislação infraconstitucional do Código Civil de 2002⁵, estabelecendo a determinação coercitiva de resposta e ressarcimento pelos danos causados, ainda que somente morais, pelo ato ilícito procedido e cabível de penalidade.

³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à Liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou a à imagem. [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

⁵ Art. 186 Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Após a eclosão da chamada questão social, o ser humano tornou-se o centro do ordenamento jurídico do Estado, elegendo-o como a primeira e decisiva realidade, guiando seus direitos como o fio condutor de todos os ramos jurídicos (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 106).

O dano moral, todavia, não pode ser entendido como uma lesão de direito em que se almeja a busca pecuniária de reparação, como alvo precípuo, mas sim, que o dano será sempre o malefício que fere a personalidade do indivíduo em seus mais insondáveis recônditos e que por vezes, o valor monetário não irá reparar efetivamente a lesão causada, não sendo portanto, o objeto da questão (remuneração), mas uma forma de penalidade ao agente causador do ato, ainda que o lesado não possa retornar ao estado anterior (GAGLIANO, 2014, p. 107). Filosófica e psicologicamente, o dano moral não se constituiria apto de reparação, eis que a lesão causada na intimidade psíquica, assim como na física (corporal), deixa sequelas, que por vezes, não serão passíveis de convalescência. Entretanto, conforme Rui Stoco “o gravame no plano moral não tem expressão matemática, nem se materializa no mundo físico e, portanto, não se indeniza, mas apenas se compensa” (STOCO, 2011, p. 1907).

Destarte, a quantificação ou medida do dano moral, não pode ser seguida por uma “tabela” ou mensurada somente em casos análogos, mas ponderada de forma singular, caso a caso, permitindo uma compreensão eficaz, através dos dispositivos legais e psicológicos disponíveis de forma subsidiária ao Direito, para auxiliar a abranger as extensões do dano causado e de como se poderá restabelecer uma “normalidade”, através dos sistemas legais cabíveis e monetariamente aplicáveis. Nas palavras de Wilson Melo da Silva “os danos morais dizem respeito ao foro íntimo do lesado. Seu patrimônio ideal é marcadamente individual, e seu campo de incidência o mundo interior de cada um de nós.” (MELO DA SILVA, 2000, p. 649).

Todavia, concerne o alerta ofertado pela doutrina e jurisprudência, em que não se caracterizará dano moral, todo e qualquer mero dessabor,

incômodo ou turbção da vida cotidiana em sociedade, que ocasione um fragmentar na rotina diária (GONÇALVES, 2010, p.378), sob pena (de como já ocorreu), produzir aberrações e exceções jurídicas incabíveis com o instituto, penalizando economicamente pequenos desconfortos (ou até o locupletamento), que poderiam ser resolvidos através do diálogo, mediação e acerto entre as partes envolvidas, sem entravar o fluxo do judiciário com torrentes de ações desnecessárias.

Desse modo, em nível de esclarecimento, pode-se destacar quatro espécies basilares de dano moral, norteando as demais formas, que poderão ser híbridas ou desenvolvidas, a partir destas novas espécies, frente a mutação da própria sociedade – *mutatis mutandis*.

- a) O dano que representa a privação ou diminuição de um valor precípuo da vida da pessoa, e que se revela na ofensa à paz, à tranquilidade de espírito, à liberdade individual;
- b) O dano que alcança a parte social do patrimônio moral, atingindo a personalidade ou a posição íntima da pessoa consigo mesma, como a honra, a estima, o apreço, a consideração, a reputação, a fama;
- c) O dano que atinge o lado afetivo, ao estado interior, exemplificado na dor, tristeza, saudade, no sentimento;
- d) Aquele que tem influência no patrimônio, e que envolve a conceituação íntima relacionada ao aspecto ou postura física externa, com prejuízos para a beleza, a aparência, a postura, a simetria corporal, e aí se encontram a cicatriz, o aleijão, a deformidade.(RIZZARDO, 2011, p. 236-237).

Analisadas suas premissas, necessário esmiuçar a complexidade em determinar a reparabilidade do dano moral, posto ser controverso o seu estipular e proceder com “acerto” nas questões que por vezes fogem a lente física e agravam-se no aspecto psíquico da vítima.

Em suas considerações sobre o instituto, Zulmira Pires de Lima disserta que existem determinadas objeções e dificuldades na reparabilidade do dano extrapatrimonial, citando oito contrapontos sucintos a serem observados e ponderados, no curso da avaliação e aplicação do ressarcimento: a) falta de um efeito penoso durável; b) a

incerteza nesta espécie de danos, de um verdadeiro direito violado; c) a dificuldade de descobrir a existência do dano; d) a indeterminação do número de pessoas lesadas; e) a impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro; f) a imoralidade de compensar uma dor com dinheiro; g) o ilimitado poder que tem de conferir-se ao juiz; h) a impossibilidade jurídica de admitir-se tal reparação (GAGLIANO, 2014, p. 119-120).

As observações da jurista lusitana, aportam em várias determinações do judiciário, posto que para realizar esse raciocínio, o julgador deve estar munido de todas as provas, critérios e instrumentos necessários, que o habilitem a aferir a veracidade dos fatos e além, se ocorreu o alegado dano. “Este é um dos domínios onde mais necessárias se tornam as regras da boa prudência, do bom-senso prático, da justa medidas das coisas, da criteriosa ponderação das realidades da vida.” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 111). Logo, o escopo para se avaliar as questões tangentes ao dano moral devem perpassar por um filtro, um padrão totalmente objetivo, sem deixar-se guiar por questões embotadas de subjetividades, preconceitos, sensibilidades exacerbadas, ou ainda uma lógica desconexa da realidade contemporânea da sociedade e dos costumes nela vigentes.

Coerentemente, que um nível de empatia deve ser instado nos tramites jurídicos para o sopesar as teses de gamas variadas do dano moral. Contudo, sem que tais meandros turvem os requisitos legais e dispersem o tato necessário para solucionar a lide, buscando dentre os itens listados pela autora Zulmira Pires de Lima, um lastro em que se possa compilar de forma segura o fato que ocasionou o dano, a realidade em que o mesmo ocorreu, as provas trazidas aos autos, a situação econômica das partes, pareceres de profissionais da área de saúde, se a lesão ocorreu e no grau alegado. “Impõe-se que se possa extrair do fato efetivamente ocorrido o seu resultado, com a ocorrência do dano” (STOCO, 2011, p. 1907).

O dano não se presume (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 115); deve ser amplamente comprovado, como qualquer alegação levada a juízo, segundo expressa o próprio Código de Processo Civil⁶, gerando seus efeitos e

⁶ Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; [...]

possibilitando a dupla função da indenização do dano moral: punir/educar o agente causador do dano e ressarcir a vítima; ainda que o valor pecuniário em si, não tenha o condão de propiciar o alento necessário, frente as ofensas recebidas, ou a própria perda de funções, do dano estético ou todos os demais supra listados.

Somente pode haver exceção na comprovação do dano moral, quando a dispensa integral daquela ocorrer nos casos em que o dano se dá *in re ipsa*, pela situação perpassada pela pessoa ou pessoas; que ao analisar o dano experimentado, verifica-se por uma lógica mediana, que qualquer indivíduo tendo sido submetido a mesma conjuntura de fatos ou atos, teria sido submetido a lesão e ao resultado dessa.

Apontadas as devidas reflexões sobre o dano e o dano moral, passa-se a análise do dano moral coletivo e de como esse ocorre na sociedade contemporânea; entendendo-se como aquele que ultrapassa a esfera de direitos individuais e alcança determinado grupo ou uma coletividade, podendo ser ele no âmbito do consumo, no direito ambiental, laboral, religioso, grupo social ou etnia, que tem violados seus direitos. “A evolução da sociedade, com a formação de uma consciência de cidadania, leva ao reconhecimento de que a tutela meramente individual não é suficiente para combater as macros lesões passíveis de ocorrência” (GAGLIANO, 2014, P. 98).

Os danos morais transindividuais, tem seu arcabouço legal na própria Carta Magna (art. 5º) e no artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor⁷, que exerce a efetiva prevenção e proteção aos danos patrimoniais, morais, individuais, coletivos e difusos, de indivíduos conectados por uma relação jurídica entre si, ou com uma parte contrária, sendo sujeitos indeterminados, porém determináveis, de acordo com o objeto da demanda (GONÇALVES, 2010, p. 393). Logo,

o dano moral coletivo é a última etapa da evolução doutrinária e jurisprudencial do dano moral. O tema está intimamente relacionado com os

⁷ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

direitos e interesses difusos e coletivos, cuja tutela só se tornou possível a partir do momento em que nosso ordenamento jurídico reconheceu a coletividade de pessoas como sujeito de direito, mesmo não sendo pessoa jurídica nos moldes clássicos concebidos pelo Direito. [...] Os direitos ou interesses difusos e coletivos não são públicos nem privados; pertencem, ao mesmo tempo, a todos e a ninguém; dizem respeito a valores da comunidade como um todo, valores que não se confundem com os de cada pessoa. Com efeito, assim como o indivíduo, isoladamente, é dotado de determinado padrão ético, também o são os grupos sociais, ou seja, as coletividades que titularizam direitos. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 111)

Desse modo, verifica-se que o dano moral coletivo tem sua base na valoração dos indivíduos enquanto grupo, que podem da mesma forma que a pessoa jurídica sofrer danos de grande monta, quando não respeitados os regramentos, inclusive éticos, de suas particularidades, justamente por não pertencerem a uma pessoa específica, não sendo público nem privado, mas dotado de todas as características da lesão praticada contra a pessoa singular.

O próprio evoluir do instituto, foi uma característica do aperfeiçoamento das leis, que buscaram proteger de maneira mais eficaz o indivíduo, no que concerne as possíveis lesões de sua personalidade, migrando os danos que eram causados em questões patrimoniais, para as extrapatrimoniais, bem como devido a própria massificação dos conflitos e uma forma de coletivização do próprio direito, erigiu-se a responsabilidade em uma aferição também coletiva (MEDEIRO NETO, 2014, p. 92).

Portanto, “os direitos ou interesse difusos e coletivos, considerados de 3ª geração, têm as seguintes características: titularidade coletiva; natureza indisponível; objeto indivisível; sujeitos indeterminados e fundados no princípio da solidariedade universal” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 131). Assim classifica-se o dano moral coletivo, pela sua indisponibilidade, eis que são transindividuais, por justamente serem de interesse coletivo; inadmitem transação em decorrência do pertencimento a todos os membros de determinado grupo ou em nível social, não existindo titular de preferência; são indivisíveis pelo próprio objeto atingir a todos, e do mesmo modo, sendo

resolvida a questão de um membro, soluciona-se o dilema integralmente, e por fim, indeterminados, pela impossibilidade de estipular uma soma de indivíduos a quem pertence o direito (FARIAS; BRAGA NETO; ROSENVALD, 2015, p. 1276).

O dano moral coletivo gerou no decorrer de sua consideração e aplicação no direito pátrio, resistências do calibre que se verificou com o próprio dano moral singular em seu despontar, uma vez que juristas e doutrinadores possuíam uma resistência a sua prática e por conta de um conceito equivocado do próprio instituto, supondo que a coletividade não poderia ser sujeito passivo desse tipo de dano, eis que inexistente o titular específico do direito (FARIAS; BRAGA NETO; ROSENVALD, 2015, p. 1276).

Em análise prática do instituto do dano moral coletivo, pauta-se o estudo do Recurso Especial nº 1517973/PE, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, na data de 16/11/2017, tendo como objeto a prática ilícita de violação de direitos extrapatrimoniais, contra menores e a coletividade social, em que programa televisivo explorava crianças e adolescentes designados por tal como “hipervulneráveis”, expondo sua intimidade e vida pessoal e demonstrado pelo voto do Ministro Luís Felipe Salomão, que desnecessário uma identificação singular do objeto do dano, mas sim, demonstrar os prejuízos causados a toda a sociedade e aos Direitos Humanos, pela condição de vilipêndio apresentada, com desculpa de verificação de paternidade dos menores.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIGNIDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES OFENDIDA POR QUADRO DE PROGRAMA TELEVISIVO. DANO MORAL COLETIVO. EXISTÊNCIA. REsp 1517973/PE 2015/0040755-0 (STJ).

1. O dano moral coletivo é aferível *in re ipsa*, ou seja, sua configuração decorre da mera constatação da prática de conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade, revelando-se despidiêda a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral. Precedentes. 2. Na espécie, a emissora de televisão exibia programa vespertino chamado "Bronca Pesada", no qual havia um quadro que expunha a vida e a intimidade de crianças e adolescentes cuja origem biológica era objeto de investigação, tendo sido cunhada, inclusive, expressão extremamente

pejorativa para designar tais hipervulneráveis. 3. A análise da configuração do dano moral coletivo, na espécie, não reside na identificação de seus telespectadores, mas sim nos prejuízos causados a toda sociedade, em virtude da vulnerabilização de crianças e adolescentes, notadamente daqueles que tiveram sua origem biológica devassada e tratada de forma jocosa, de modo a, potencialmente, torná-los alvos de humilhações e chacotas pontuais ou, ainda, da execrável violência conhecida por bullying. [...] 5. No mesmo sentido, os artigos 17 e 18 do ECA consagram a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral das crianças e dos adolescentes, inibindo qualquer tratamento vexatório ou constrangedor, entre outros. 6. Nessa perspectiva, a conduta da emissora de televisão - ao exibir quadro que, potencialmente, poderia criar situações discriminatórias, vexatórias, humilhantes às crianças e aos adolescentes - traduz flagrante dissonância com a proteção universalmente conferida às pessoas em franco desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, donde se extrai a evidente intolerabilidade da lesão ao direito transindividual da coletividade, configurando-se, portanto, hipótese de dano moral coletivo indenizável, razão pela qual não merece reforma o acórdão recorrido. 7. Quantum indenizatório arbitrado em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Razoabilidade e proporcionalidade reconhecidas. 8. Recurso especial não provido. (BRASIL, 2018).

Verifica-se pela argumentação jurídica-legislativa do voto, que o dano moral coletivo, como no caso em tela, não necessita buscar especificidades complexas para a sua caracterização e verificação, posto que o exemplo do julgado supra, evidencia de forma fulgente que ao depreciar determinado extrato da sociedade, e reproduzido a lesão de forma televisiva, estava causando dano a própria sociedade no viés humanitário de sua essência, maculando tanto bens jurídicos como a dignidade humana, expressa como princípio-mor da Constituição Federal de 1988, como de uma parcela frágil do âmbito social.

Outrossim, a responsabilidade no dano moral coletivo não exige o pressuposto de culpa, não obstante constar na quase totalidade dos casos, necessitando a lesão ser reparada em qualquer situação. A responsabilidade que melhor adapta-se ao dano moral coletivo será a objetiva, conforme apura-se no parágrafo único, do artigo 927, do Código Civil de 2002, que expressa haver a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa,

nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Ainda que o dano moral coletivo traga, atualmente, muitas dúvidas e interpretações dúbias quanto a sua aplicação e reparabilidade, pacífico na doutrina e jurisprudência majoritária, que há o dever de se indenizar os direitos coletivos e difusos rompidos de forma extracontratual e extrapatrimonial, tal como os parâmetros para o indenizar pecuniário, na forma como vista no julgado acima, pode-se aferir pela própria conduta do causador do dano, seus intentos quanto ao objeto vinculado, o descumprimento de direitos fundamentais e humanos, a reificação da pessoa humana, e utilizar-se, ainda que nos casos em que não haja lei específica, dos princípios gerais do direito, analogia, jurisprudência e no próprio direito comparado, sendo que casos símiles ao exposto, infelizmente, ocorrem diariamente e em uma escala cada vez maior, devido ao avanço tecnológico e da área de comunicação, que permite a vinculação e propagação instantânea de rompimentos de direitos e uso indevido de imagens e informações.

Tanto o dano moral singular, quanto o coletivo, ainda estão em construção em cada caso analisado e julgado, para que possa ser possível, do mesmo modo, contramedidas para a proteção do indivíduo e do social, de minorias e grupos vulneráveis as práticas de abuso, causadas, em muitos casos, pela detenção de poder econômico em prejuízo das leis, da natureza, do trabalho e da dignidade.

Referências

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

BRASIL. [Código Civil (2002)]. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 17/12/2018.

BRASIL. [Código de Defesa do Consumidor (1990)]. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 17/12/2018.

BRASIL. [Código de Processo Civil (2015)]. **Código de Processo Civil Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 17/12/2018.

BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17/12/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1517973/PE**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2017]. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500407550&dt_publicacao=01/02/2018. Acesso em: 17/12/2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015. XXXIV.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. v. 3. Responsabilidade civil. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2014.

MELO DA SILVA, Wilson. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Dano social

*Felipe de Ivanoff*¹

Ao ser estudada a Responsabilidade Civil Extracontratual, inevitavelmente são abordados institutos próprios como ato ilícito, culpa, dano, nexa causal, extensão do dano, valor da indenização, dever de indenizar, responsabilidade subjetiva ou objetiva, entre outros tantos elementos intimamente relacionados com aquele grande tema.

Nesse contexto, quando se pretende propor um debate que tenha como objeto uma espécie nova de dano tal qual o Dano Social, não poderia ser deixado de lado um dos princípios que impulsiona a interpretação dos casos envolvendo responsabilidade civil: o Princípio da Reparação Integral.

Positivado no art. 944² do Código Civil (BRASIL, 2002), o Princípio da Reparação Integral estabelece que a indenização deverá ser medida em conformidade com a extensão do dano.

Por meio desse princípio se busca o retorno do ofendido à situação anterior ao dano que lhe foi injustamente causado, fato teoricamente possibilitado pela transferência ao patrimônio do ofensor das consequências do ato ilícito lesivo. (ROSENVALD, 2015, p.22). Ou seja, quando o juiz for definir o *quantum* de indenização que deverá ser paga pelo ofensor, deve-se considerar a exata extensão do dano, buscando repará-lo integralmente.

¹ Mestre em direito pela IMED. Professor de direito civil e processual civil na IMED. Advogado em direito civil, tributário e empresarial. Especialista em direito tributário.

² Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

A partir do momento em que o Princípio da Reparação Integral é colocado nessa destacada posição para a análise dos danos na Responsabilidade Civil, urge questionar: que danos são esses que devem ser reparados? A resposta imediata envolveria dizer quaisquer danos que possam ser verificados e/ou comprovados.

A temática dos danos passa por constante evolução. Por exemplo, é curioso lembrar que nem sempre um dano tão corriqueiro e objeto de numerosas ações judiciais como o dano moral foi reconhecido. No passado recente, anterior à Constituição de 1988, o dano moral passou por uma fase de não reconhecimento. Em seguida, somente seria reconhecido acaso estivesse acompanhado de um dano material e, somente após 1988, se admitiu o cabimento e autonomia do dano moral. (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 258)

Essa alteração na perspectiva da interpretação acerca de quais danos são passíveis de reparação tem acompanhado a matéria da responsabilidade civil. Isso culminou no recente reconhecimento de uma série de institutos que vão além da separação clássica entre danos materiais e danos pessoais. Assim, nota-se a existência de uma categoria comumente apelidada de “novos danos” a partir da admissão de indenizações, entre outros, pela perda de uma chance, dano biológico, dano existencial e, aquele objeto do presente capítulo, o dano social (BOLESINA, 2019, p. 261)

Em que pese esses novos danos possam ser vistos apenas como danos de cunho patrimonial ou extrapatrimonial que não eram reconhecidos anteriormente, o contexto leva à conclusão de que havia “situações jurídicas que anteriormente não eram protegidas pelo ordenamento jurídico”. (BOLESINA, 2019, p. 262). Isto é, situações ignoradas anteriormente passaram a ter relevância jurídica e possibilidade de indenização.

Partindo-se das premissas de que (1) a reparação integral do dano é princípio basilar de responsabilidade civil; (2) vive-se num cenário de aclamação de novos danos; (3) bens jurídicos variados podem e devem ser

protegidos pelo Direito, é possível avançar e especificamente abordar o Dano Social, seu conceito, cabimento, problemática e precedentes jurisprudenciais.

De criação doutrinária proposta por Antônio Junqueira de Azevedo (2009, p. 377-384), o dano social tem lugar quando se verifica que determinado ato lesivo possui o condão de danificar não somente o patrimônio moral e material da vítima diretamente atingida, mas, sim, de toda a sociedade, causando impactos imediatos e diminuição no nível de vida. Segundo o autor

Os danos sociais, por sua vez, são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição de sua qualidade de vida. Os danos sociais são causa, pois, de indenização punitiva por dolo ou culpa grave, especialmente, repetimos, se atos que reduzem as condições coletivas de segurança, e de indenização dissuasória, se atos em geral de pessoa jurídica, que trazem uma diminuição do índice de qualidade de vida da população. (AZEVEDO, 2009, p. 382).

Com isso, resta claro que haverá situações danosas tão graves que atingirão a sociedade de maneira geral e que deverão ensejar indenizações que, nesses casos, terão claras funções punitivas e dissuasórias, encerrando debates envolvendo o já mencionado art. 944 do Código Civil.³

Nota-se a partir do reconhecimento dessa nova categoria de dano, que a função social da responsabilidade civil obriga ao intérprete que contemple os objetivos de sanção e prevenção das indenizações perante o meio social. Isso quer dizer que “a responsabilidade civil não pode ser desassociada da proteção a pessoa humana e da sua dignidade como valor fundamental.” (TARTUCE, 2018, p. 488)

Importante ressaltar que o dano social até pode guardar certa similaridade com outra categoria contemporânea, o dano moral coletivo.

³ Em seu parecer, Azevedo afirma a existência objeções doutrinárias à possibilidade de fixar indenizações com caráter punitivo, já que extrapolariam o critério da “extensão do dano” previsto no *caput* do art. 944. Todavia, até pela maior gravidade de alguns atos ilícitos – dolosos ou com culpa grave –, deve haver a possibilidade de fixação de indenizações que também incluam em sua definição as funções punitiva e/ou dissuasória. (AZEVEDO, 2009).

Inobstante a aparente semelhança, por atendimento a um rigor conceitual deve-se diferenciá-los, especialmente porque efetivamente possuem cabimento e repercussão diversa. Por isso, mesmo que tanto no dano moral coletivo, quanto no dano social se verifique que os bens jurídicos lesados não são tipicamente individuais e atinjam, de certa forma, a sociedade/coletividade, pode-se dizer que aquele é uma espécie deste. (BOLESINA, 2019, p.250).

Isto é, o dano social acaba abrangendo o dano moral coletivo, já que este se trata apenas de uma reparação de cunho extrapatrimonial, enquanto o primeiro poderá reparar outras formas de lesões.

Definida essa nova categoria de dano, deve-se verificar de que forma está ocorrendo a sua aceitação e aplicação na prática forense. Para tanto, haverá a apresentação de alguns exemplos de aplicação de dano social presentes no Poder Judiciário brasileiro.

Em caso emblemático por ter sido um dos primeiros com reconhecimento de dano social, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul condenou um sistema privado de loterias ao pagamento de R\$ 10.400,00 a título de danos punitivos, conforme a ementa abaixo demonstra:

TOTO BOLA. SISTEMA DE LOTERIAS DE CHANCES MÚLTIPLAS. FRAUDE QUE RETIRAVA AO CONSUMIDOR A CHANCE DE VENCER. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. DANOS MATERIAIS LIMITADOS AO VALOR DAS CARTELAS COMPROVADAMENTE ADQUIRIDAS. DANOS MORAIS PUROS NÃO CARACTERIZADOS. POSSIBILIDADE, PORÉM, DE EXCEPCIONAL APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL. NA PRESENÇA DE DANOS MAIS PROPRIAMENTE SOCIAIS DO QUE INDIVIDUAIS, RECOMENDA-SE O RECOLHIMENTO DOS VALORES DA CONDENAÇÃO AO FUNDO DE DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Não há que se falar em perda de uma chance, diante da remota possibilidade de ganho em um sistema de loterias. Danos materiais consistentes apenas no valor das cartelas comprovadamente adquiridas, sem reais chances de êxito. **Ausência de danos morais puros, que se caracterizam pela presença da dor física ou sofrimento moral, situações de angústia, forte estresse, grave**

desconforto, exposição à situação de vexame, vulnerabilidade ou outra ofensa a direitos da personalidade. Presença de fraude, porém, que não pode passar em branco. Além de possíveis respostas na esfera do direito penal e administrativo, **o direito civil também pode contribuir para orientar os atores sociais no sentido de evitar determinadas condutas, mediante a punição econômica de quem age em desacordo com padrões mínimos exigidos pela ética das relações sociais e econômicas. Trata-se da função punitiva e dissuasória que a responsabilidade civil pode, excepcionalmente, assumir, ao lado de sua clássica função reparatória/compensatória.** “O Direito deve ser mais esperto do que o torto”, frustrando as indevidas expectativas de lucro ilícito, à custa dos consumidores de boa fé. Considerando, porém, que os danos verificados são mais sociais do que propriamente individuais, não é razoável que haja uma apropriação particular de tais valores, evitando-se a disfunção alhures denominada de overcompensation. Nesse caso, cabível a destinação do numerário para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pela Lei 7.347/85, e aplicável também aos danos coletivos de consumo, nos termos do art. 100, parágrafo único, do CDC. Tratando-se de dano social ocorrido no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a condenação deverá reverter para o fundo gaúcho de defesa do consumidor. Recurso parcialmente provido. (Recurso Cível, Nº 71001281054, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em: 12-07-2007) (grifos nossos) (BRASIL, TJRS, 2007).

Nesse julgamento, em que restou reconhecida a atuação ilegal da loteria Totobola, o valor referente à indenização pelo dano social, ou a “título de função punitiva da responsabilidade civil” (BRASIL, TJRS, 2007) fora destinado ao Fundo Estadual de Defesa do Consumidor.

Já no ano de 2013, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo condenou o plano de saúde AMIL ao pagamento de R\$ 1.000.000,00 de danos sociais em julgamento que restou assim ementado:

Plano de saúde. Pedido de cobertura para internação. Sentença que julgou procedente pedido feito pelo segurado, determinando que, por se tratar de situação de emergência, fosse dada a devida cobertura, ainda que dentro do prazo de carência, mantida. Dano moral. Caracterização em razão da peculiaridade de se cuidar de paciente acometido por infarto, com a recusa de atendimento e, conseqüentemente, procura de outro hospital em situação

nitidamente aflitiva. Dano social. Contratos de seguro-saúde, a propósito de hipóteses reiteradamente analisadas e decididas. **Indenização com caráter expressamente punitivo, no valor de um milhão de reais, que não se confunde com a destinada ao segurado, revertida ao Hospital das Clínicas de São Paulo. Litigância de má-fé.** Configuração pelo caráter protelatório do recurso. Aplicação de multa. Recurso da seguradora desprovido e do segurado provido em parte” (TJSP, Apelação 0027158-41.2010.8.26.0564, 4.^a Câmara de Direito Privado, São Bernardo do Campo, Rel. Des. Teixeira Leite, j. julho de 2013) (BRASIL, TJSP, 2013).

Pertinente ressaltar a total autonomia da indenização pelo dano social nesse caso, já que foi reconhecida de ofício pelo julgador, o que chama bastante atenção, e de forma cumulada aos danos morais pagos à vítima do ato ilícito. A fundamentação apresentada pelo Desembargador Relator contemplou a comparação entre o lucro acentuado da operadora do plano de saúde com a necessidade de seus associados terem de buscar na justiça o que o próprio contrato deveria lhes garantir. Essa atitude transborda os limites individuais da relação contratual e afeta o sistema de saúde, porque obriga hospitais não conveniados a se desdobrarem e gastarem mais para atender pacientes que possuem plano de saúde. (BRASIL, TJSP, 2013)

Já no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em 2018 houve a confirmação de indenização aplicada à TV e Rádio do Comercio em decorrência do programa Bronca Pesada, no qual havia a exposição de crianças e adolescentes a situações vexatórias no quadro denominado Investigação de Paternidade.

Recurso especial. Ação civil pública. Dignidade de crianças e adolescentes ofendida por quadro de programa televisivo. Dano moral coletivo. Existência. 1. O dano moral coletivo é aferível *in re ipsa*, ou seja, sua configuração decorre da mera constatação da prática de conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade, revelando-se despcienda a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral. Precedentes. 2. Na espécie, a emissora de televisão exibia programa vespertino chamado ‘Bronca Pesada’, no qual havia um quadro que expunha a vida e a intimidade de crianças e adolescentes cuja origem biológica

era objeto de investigação, tendo sido cunhada, inclusive, expressão extremamente pejorativa para designar tais hipervulneráveis. 3. A análise da configuração do dano moral coletivo, na espécie, não reside na identificação de seus telespectadores, mas sim nos prejuízos causados a toda a sociedade, em virtude da vulnerabilização de crianças e adolescentes, notadamente daqueles que tiveram sua origem biológica devassada e tratada de forma jocosa, de modo a, potencialmente, torná-los alvos de humilhações e chacotas pontuais ou, ainda, da execrável violência conhecida por *bullying*. 4. Como de sabença, o artigo 227 da Constituição da República de 1988 impõe a todos (família, sociedade e Estado) o dever de assegurar às crianças e aos adolescentes, com absoluta prioridade, o direito à dignidade e ao respeito e de lhes colocar a salvo de toda forma de discriminação, violência, crueldade ou opressão. 5. No mesmo sentido, os artigos 17 e 18 do ECA consagram a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral das crianças e dos adolescentes, inibindo qualquer tratamento vexatório ou constrangedor, entre outros. 6. **Nessa perspectiva, a conduta da emissora de televisão – ao exibir quadro que, potencialmente, poderia criar situações discriminatórias, vexatórias, humilhantes às crianças e aos adolescentes – traduz flagrante dissonância com a proteção universalmente conferida às pessoas em franco desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, donde se extrai a evidente intolerabilidade da lesão ao direito transindividual da coletividade, configurando-se, portanto, hipótese de dano moral coletivo indenizável, razão pela qual não merece reforma o acórdão recorrido.** 7. **Quantum indenizatório arbitrado em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).** Razoabilidade e proporcionalidade reconhecidas. 8. Recurso especial não provido” (STJ, REsp 1.517.973/PE, 4.ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 16.11.2017, *DJe* 1.º.02.2018) (grifo nosso) (BRASIL, STJ, 2018).

Atente-se para o conteúdo da ementa, na qual se constata que no programa veiculado pela empresa condenada, crianças e adolescentes buscavam o reconhecimento da paternidade de seus pais ao mesmo tempo em que eram humilhadas pelo apresentador do programa que proferia diversas falas humilhantes e preconceituosas para com elas. Assim agindo, ocasionou-se algo como um *bullying* coletivo. (BRASIL, STJ, 2018).

Por fim, em caso ainda não julgado e esmiuçado por Bolesina (2019), uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São

Paulo pretende a condenação do Youtuber Julio Cocielo por comentários de cunho racista realizados na rede social Twitter.

Após uma demonstração de grande velocidade do jogador francês Mbappé durante a Copa do Mundo de 2018 disputada na Rússia, Julio Cocielo escreveu o seguinte comentário em sua conta de Twitter: “mbappé conseguiria fazer uns arrastão top na praia hein” (sic).

Considerando-se que o jogador de futebol é negro, o Ministério Público interpretou que a postagem tivera evidente cunho racista. Isso foi corroborado por uma pesquisa no histórico de postagens do Youtuber na qual se concluiu a reiteração sistemática de manifestações racistas feitas por ele, o que geraria o rebaixamento caracterizador do dano social:

Ao representar negro como ladrão, macaco e eventual alvo de extermínio, Cocielo, além de incidir em conduta criminosa, reforça os estereótipos negativos associados à população negra, rebaixando o nível de sua autoestima elevando o mal-estar e a reprovação da sociedade em geral. (BRASIL, TJSP, 2018).

O Ministério Público acabou por requerer a condenação de Julio Cocielo ao pagamento de R\$ 7.000.000,00 a serem revertidos para o Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos. Ainda não foi proferida decisão judicial acerca desse pedido.

A relevância dos casos mencionados está sediada no reconhecimento do dano social como algo efetivamente passível de indenização em situações que extrapolam uma relação que, numa primeira ótica, seria exclusivamente privada – as pessoas que compravam Totobola; os segurados pelo plano de saúde Amil; as crianças que participavam do programa de televisão; o jogador Mbappé – e geram forte repercussão – e dano – na sociedade de forma geral.

No entanto, inobstante a aplicação pelo Poder Judiciário de indenizações por danos sociais, ainda se verifica duas dificuldades quando se está diante de casos como esses: a corriqueira confusão entre danos sociais e danos coletivos e o valor da indenização.

Essa confusão entre danos sociais e danos coletivos, conforme aponta Tartuce (2018, p. 496) acaba atingindo o Poder Judiciário, sendo possível encontrar julgamentos em que se aplica um, quando deveria ser o outro. Para exemplificar, o autor apresentou a condenação a uma empresa de cigarro por publicidade abusiva direcionado ao público infanto-juvenil. O equívoco estaria no fato de que o “julgado faz menção a danos morais coletivos, quando na verdade se trata de danos sociais ou difusos, pois os valores são direcionados ao fundo de proteção dos direitos dos consumidores do Distrito Federal.”

Para facilitar a diferença entre ambos, Tartuce (2018) e Bolesina (2019) apresentam uma série de características específicas de cada um desses institutos: os danos morais coletivos atingem vários direitos da personalidade, direitos individuais homogêneos ou coletivos em sentido estrito com vítimas determinadas ou determináveis, possuem indenização destinada às próprias vítimas, as quais possuem legitimidade para a propositura das respectivas ações indenizatórias; já os danos sociais causam um rebaixamento no nível de vida da coletividade, atingem direitos difusos com vítimas indeterminadas, as indenizações serão destinadas a um fundo de proteção ou instituição de caridade, estando os legitimados para a propositura das ações coletivas em autorizados a ajuizar as ações indenizatórias.

Feita a caracterização específica de cada um dos institutos, chega-se à problemática dos valores das indenizações. A completa inexistência de parâmetro gera pedidos e condenações de valores que variam muito.

Tartuce (2018) na sua análise dos casos concretos faz diversas críticas aos valores das condenações, especialmente no caso da empresa de cigarros, na qual a indenização reduziu-se de R\$ 14.000.000,00 conforme condenação de 1º Grau, para R\$ 500.000,00 no Superior Tribunal de Justiça, e no caso da TV e Rádio Jornal do Commercio, em que a redução foi de R\$ 1.000.000,00, para R\$ 50.000,00.

Por outro lado, o mesmo autor aponta um julgamento também do Superior Tribunal de Justiça no qual o Ministro Luis Felipe Salomão apresenta critérios objetivos na definição da indenização:

a quantificação dos danos em questão reclama o exame das peculiaridades do caso concreto, sendo necessário observar: *a)* a relevância do interesse transindividual lesado; *b)* a gravidade e a repercussão da lesão; *c)* a situação econômica do ofensor e o proveito obtido com a conduta ilícita; *d)* o grau da culpa ou do dolo do agente, se presentes; e *e)* a verificação da reincidência e o grau de reprovabilidade social da conduta. Penso que tais critérios servem igualmente tanto para os danos morais coletivos quanto para os danos sociais. (TARTUCE, 2018, p. 497.

Tal definição de critérios pode ser motivo de elogios porque traz maior objetividade e clareza para a justificação de eventuais condenações, especialmente quando se considera que o destinatário de tais valores é a própria sociedade. Ou seja, seria uma forma de prestação de contas à coletividade em decorrência de danos por ela sofridos.

Ao final do presente estudo ficam algumas conclusões que devem lembradas pelo intérprete: (1) a responsabilidade civil está em constante evolução, especialmente com o reconhecimento de novos danos; (2) entre esses novos danos, o dano social, de criação doutrinária, está presente quando um ato ilícito gera consequências que vão além do patrimônio da vítima específica do caso concreto e atinge toda a sociedade, causando impactos imediatos e diminuição no nível de vida; (3) o dano social, que gerará uma indenização de caráter eminentemente punitivo, ampliando-se o limite do art. 944 do Código Civil, vem sendo admitido pelo Poder Judiciário brasileiro; (4) quando reconhecido o dano social, a indenização não será paga para o indivíduo, mas para alguma entidade especificada na decisão; (5) deve-se tomar o devido cuidado para não haver a confusão entre o dano moral coletivo e o dano social, havendo distinções essenciais e determinantes entre ambos os institutos; (6) há uma dificuldade na eleição de critérios para a definição do valor de indenização dos danos sociais, cuja elaboração certamente ficará ao encargo do julgados na

análise do caso concreto, havendo somente algumas definições pontuais presentes em julgamentos específicos.

Referências:

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *In: Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 377-384.

BOLESINA, Iuri. **Responsabilidade civil**. Erechim: Deviant, 2019.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em julho de 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.517.973**. Recorrente: TV e Rádio Jornal do Commercio Ltda. Recorrido: Ministério Público do Estado de Pernambuco. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201500407550&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em julho de 2019.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Recurso Cível n. 71001281054**. Recorrente: Fabiana Ribeiro de Lima. Recorrido: Kater Administradora de Eventos. Relator: Desembargador Ricardo Torres Hermann. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em julho de 2019.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ação Civil Pública n. 1095057-92.2018.8.26.0100**. Autor: Ministério Público do Estado de São Paulo. Réu: Júlio Cocielo. 2018

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível n. 0027158-41.2010.8.26.0564**. Apelante/apelado: Amil Assistência Médica S.A.. Apelante/apelado: João Angelo Garbelin. Relator: Desembargador Teixeira Leite. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em julho de 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**, volume 3. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

Dano moral à pessoa jurídica

*Fernanda Borghetti Cantali*¹

*Taynara Silva Arceno*²

O dano moral, diferentemente do dano patrimonial, é aquele que decorre de lesões aos atributos da pessoa, ou melhor, da lesão a qualquer dos direitos de personalidade. Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2013) afirmam que

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

Existem duas espécies de danos: os patrimoniais e os extrapatrimoniais. Os danos patrimoniais são aqueles que decorrem de prejuízos de ordem econômica causados por violações a bens materiais, os quais se caracterizam pelos lucros cessantes ou pelos danos emergentes. Já os danos extrapatrimoniais implicam em prejuízos de ordem não patrimonial, por isso comumente chamados de danos morais, e que se caracterizam por violarem bens da personalidade.

¹ Advogada. Doutoranda em Direito pela UNISINOS. Mestre em Direito pela PUCRS. LLM em Direito Empresarial pelo CEU *Law School*. Professora de Direito Empresarial e de Direito da Propriedade Intelectual da UNISINOS e da ESMAFE - Escola Superior da Magistratura Federal. E-mail: fernandaborghetti@hotmail.com

² Assessora de Juiz de Direito. Mestranda em Direito pela UNISINOS. E-mail: tay.arceno@gmail.com

Muito embora se tenha optado por tratar dos danos categorizando-os como patrimoniais e extrapatrimoniais, sendo estes últimos conhecidos como danos morais, é interessante a classificação proposta por Carlos Alberto Bittar (2015) para quem os danos podem ser classificados em três categorias distintas: os danos patrimoniais, que implicam em prejuízos de ordem econômica, como já referido; os danos pessoais que se referem à lesão da pessoa em si, ou seja, decorrem de ataques aos direitos de personalidade psicofísicos, tais como dano à vida, ao próprio corpo, a liberdade, a intimidade ou identidade pessoal, e, por fim, os danos morais, os quais também afetam direitos da personalidade, como os danos pessoais, mas nas relações da pessoa enquanto ente social que participa da vida em sociedade, estabelecendo uma série de relações intersubjetivas em uma ou mais comunidades. Neste último caso, destacam-se os danos à honra, danos à reputação da pessoa.

O principal fundamento constitucional que lastreia a indenização pelos danos morais sofridos, aí entendido qualquer dano na seara extrapatrimonial, é a necessária proteção da dignidade da pessoa humana, princípio este que vem consagrado como fundamento da República, no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal de 1988. Contudo, a Constituição Federal, no rol do artigo 5º também consagra a proteção dos direitos de personalidade como direitos fundamentais, sendo que o *caput* do artigo determina a “inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade”, o inciso X estabelece que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, bem como o inciso V estabelece que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

No âmbito da legislação civil brasileira, pode-se destacar, como principal fundamento para a tese da reparabilidade do dano moral, o artigo 186 do Código Civil de 2002, o qual traz a regra de que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito

e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Essa norma exerce a função de cláusula geral de responsabilidade civil, com previsão expressa sobre a reparação do dano moral. Aliado a ela, a regra do artigo 927 também do Código Civil, que consagra que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Na medida em que se afirma que o dano moral decorre da violação de um direito da personalidade, também importante é o fundamento legal encontrado no artigo 12 do Código Civil. Esta regra consagra o que se convencionou chamar de cláusula geral de tutela da personalidade, já que determina que “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei” (CANTALI, 2009).

Quando se trata de reparação de danos é sempre relevante relembrar os três pressupostos gerais da responsabilidade civil: a conduta, que pode ser uma ação ou uma omissão, o dano e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano. Além destes três pressupostos, regra geral, para a caracterização da responsabilidade civil subjetiva exige-se a demonstração da culpa do agente causador do dano, culpa esta cuja demonstração é dispensável em hipóteses de responsabilidade objetiva. (CAVALIEIRI FILHO, 2012).

Mas, gize-se que, em se tratando de danos morais, a regra geral é a de que o dano fala por si, ou seja, o dever de reparação surge a partir da simples violação de bem jurídico ligado à personalidade. Basta, portanto, a simples existência do ato violador, o que a doutrina e jurisprudência chamam de dano *in re ipsa*.

Veja-se que, até aqui se tratou das regras gerais sobre a reparabilidade dos danos morais, cuja arquitetura jurídica foi construída para resguardar as pessoas humanas. Ocorre que o próprio direito consagra uma outra espécie de pessoa: a pessoa jurídica. Aquela pessoa que não é humana; que decorre de uma abstração jurídica necessária para que se compreenda este ente autonomamente em relação as pessoas que

a compõem, objetivando atribuição de personalidade e capacidade jurídica próprias. (CANTALI, 2011).

Pode-se conceituar a pessoa jurídica como “o agrupamento de pessoas dotado pela lei de aptidão para a titularidade de direitos e obrigações na ordem civil, tendo, assim, personalidade jurídica própria, independente da de seus membros” (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2007). Considerando que as pessoas jurídicas não são resultantes unicamente de agrupamento de pessoas, se poderia simplesmente dizer que “as pessoas jurídicas são apenas entes coletivos aos quais a ordem normativa atribui personalidade jurídica” (FACHIN, 2003). Tal assertiva está correta, mas a pessoa jurídica não se resume a isso, já que não decorre exclusivamente da norma; os entes coletivos “são projeções de interesses, pessoas ou bens, motivadas por razões nem sempre apreensíveis pela própria ordem jurídica que as reconhece como organizações-sujeito”. (FACHIN, 2003)

O presente verbete tem como objetivo principal tratar do dano moral à pessoa jurídica. Embora existam algumas divergências doutrinárias, bem como interpretações peculiares dos tribunais pátrios sobre o tema, fato é que não se questiona mais, faz algum tempo, se a pessoa jurídica pode ou não sofrer dano moral. Isso porque, desde 1999, o Superior Tribunal de Justiça, fixou entendimento em sentido positivo, consagrando a posição por meio da Súmula 227, a qual, sem margem para erro, determina que “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

Não obstante a súmula, a doutrina demonstra que há algumas divergências teóricas que permeiam o tema. Isso porque o dano moral implica em lesão a direito de personalidade e estes seriam os direitos inerentes ao ser, inerentes à pessoa humana. Carlos Alberto Bittar (1997) afirma que os direitos de personalidade são direitos que decorrem da natureza da pessoa e se constituem em prerrogativas que possibilitam ao ser humano o seu pleno desenvolvimento. Em outras palavras, os direitos da personalidade seriam aqueles reconhecidos a pessoa humana em si e nas suas projeções na sociedade, os quais foram previstos pelo

ordenamento jurídico justamente objetivando defender os atributos essenciais à pessoa humana e seus aspectos existenciais.

Muito embora a doutrina referir-se, de forma recorrente, ao dano moral como aquele que fere direito de personalidade, Maria Celina Bodin de Moraes (2003) entende que o dano moral não pode ser reduzido a tal entendimento, exigindo uma interpretação mais ampla de que pode decorrer da violação de qualquer interesse inerente à dimensão existencial da pessoa humana. Em outras palavras, é oriundo de qualquer violação a cláusula geral de tutela da pessoa humana. Mas, mesmo nesta perspectiva ampliada, a autora defende que o dano extrapatrimonial é apenas viável na esfera da pessoa humana.

É nesse sentido que o dano moral sofrido pela pessoa jurídica não guarda relação com o dano moral experimentado pela pessoa física. A lesão a honra da pessoa física atinge diretamente a sua dignidade, já o ataque a pessoa jurídica repercute apenas na sua capacidade de produzir riquezas. A violação de segredo de negócio ou uma notícia jornalística que critique infundadamente as práticas mercantis de uma pessoa jurídica não afetam a sua existencialidade, mas podem trazer consequências como desvalorização da marca, queda nas vendas ou nas contratações. Tratam-se, pois, de efeitos nitidamente patrimoniais. (SCHREIBER, 2011).

Ocorre que o artigo 52 do Código Civil consagra que devem ser aplicados “às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos de personalidade”. Anderson Schreiber (2011) afirma que a regra “contraria a origem, a inspiração e a própria definição de direitos da personalidade”. O autor acredita que tal regra derive justamente da necessidade de atribuir um fundamento legal à orientação pacificada pela jurisprudência de que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

Analisando o mesmo artigo 52 do Código Civil, Gustavo Tepedino (2003), afirma que o legislador, pelo menos, andou bem em “não conferir à pessoa jurídica direitos informados por valores inerentes à pessoa humana”, limitando-se a sugerir a possibilidade de aplicação da técnica da tutela da personalidade, por empréstimo, apenas no que couber, à

proteção da pessoa jurídica, já que esta, embora dotada de capacidade, “não contém os elementos justificadores da proteção à personalidade, concebida como bem jurídico, objeto de situações existenciais”.

Tepedino (2004) complementa que a defesa da titularidade dos direitos da personalidade pelas pessoas jurídicas está intimamente ligada ao propósito de ampliação dos “confins da reparação civil”, fixando-se a possibilidade de as pessoas jurídicas sofrerem danos na seara extrapatrimonial. Julga este entendimento como um erro de perspectiva originado na ânsia em assegurar ressarcimento a determinadas hipóteses que não passam de danos materiais de difícil liquidação.

Na visão tradicional da reparação de danos, o dano patrimonial exige prova; precisa ser demonstrado através da chamada teoria da diferença, a qual exige comparação entre o patrimônio do ofendido antes e depois da ofensa. Obviamente que não seria fácil a demonstração do efeito negativo de uma matéria jornalística que implica em descrédito à pessoa jurídica. Schreiber (2011) afirma que a aceitação do dano moral em face da pessoa jurídica se deu apenas com o objetivo prático de não impossibilitar o pleito legítimo quando fosse muito difícil a demonstração do prejuízo matematicamente. Sustenta que toda a problemática teria sido facilmente resolvida caso a legislação permitisse a reparação do dano patrimonial por arbitramento, o que não se admite.

As diferentes posições tornam a doutrina *locus* de discussões, o que é extremamente salutar para o Direito. Sílvio Venosa (2013), por exemplo, sequer questiona a impossibilidade de a pessoa jurídica ser vítima de dano moral quando a conduta atinge seu nome e tradição de mercado, mas afirma que este dano sempre trará repercussão econômica, ainda que de forma indireta. Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2013) também são defensores da tese de que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral e fundamentam sua posição na impossibilidade de interpretação restritiva do texto constitucional, o qual no inciso X do artigo 5º consagra o direito de as pessoas serem indenizadas por danos sofridos, não fazendo distinção entre pessoa física ou jurídica.

No entendimento dos tribunais, a pessoa jurídica pode sofrer dano moral quando ficar caracterizada a violação ao bom nome, à fama, à reputação. Esses bens integram o “patrimônio moral” da pessoa jurídica e, diferentemente das pessoas naturais, tem uma repercussão no patrimônio propriamente dito, embora de difícil avaliação na maioria das circunstâncias”. (STJ, Resp. 1.637.629-PE)

Partindo-se da premissa que alguns direitos de personalidade são sim aplicáveis às pessoas jurídicas, sem generalizações que possam deturpar o fundamento dos direitos que são exclusivos das pessoas humanas, tem-se que o fato de o dano provocar uma repercussão patrimonial não pode ser suficiente para afastar a possibilidade de reparação na seara extrapatrimonial. (CANTALI, 2011)

Como exemplo, se pode pensar em uma empresa que busca ganhar premiação ou certificação de qualidade e a perde em razão de uma notícia, provocada por seu principal concorrente, que intentava macular a sua reputação. A difamação acarreta não só prejuízos materiais - abalo de crédito - como morais - abalo à credibilidade, à reputação, os quais devem ser compensados.

Não obstante alguma divergência doutrinária, fato é que já não há mais discussão se a pessoa jurídica pode ou não experimentar dano moral, a questão mais premente hoje é saber quando e como isso poderá ocorrer. Nesse ponto, se pode afirmar que a pessoa jurídica somente poderá sofrer dano moral objetivo, decorrente da violação de sua honra objetiva, jamais dano moral subjetivo, o qual seria decorrente da violação da honra subjetiva.

Afirma-se, nesse sentido, que o dano moral sofrido pela pessoa jurídica tutela um direito de personalidade atípico, já que a violação do bom nome, da fama ou reputação, caracteriza o que se vem chamando de honra objetiva. Ou seja, embora a pessoa jurídica não desfrute de direitos tais como integridade psicofísica, intimidade, liberdade, os quais são exemplos de direitos exclusivos das pessoas humanas, ela desfruta de uma reputação no mercado, a qual pode ser abalada em diversas situações

como violação de sua marca, violação de segredo de negócio, concorrência desleal, inscrição indevida em órgão de restrição ao crédito, assim como difamação havida através de declarações inverídicas na rede mundial de computadores, para usar um exemplo bastante atual.

Sérgio Cavalieri (2012) explica que a honra subjetiva é interna ao ser humano, já que se caracteriza pela dignidade, decoro e autoestima. Portanto, é exclusiva do ser humano. Já a honra objetiva é externa a pessoa, sendo refletida na reputação, no bom nome e na imagem perante a sociedade. Dessa forma, a honra objetiva é comum à pessoa natural e à jurídica e esta, poderá ser vítima de fato que atente contra a sua reputação perante o mercado, sendo nesse ponto que se insere a reparação pelo dano moral. Nessa linha de pensamento, distingue-se o dano moral objetivo do subjetivo utilizando a nomenclatura de dano moral em sentido estrito e em sentido amplo:

[...] a pessoa jurídica, embora não seja passível de sofrer dano moral em sentido estrito - ofensa à dignidade, por ser esta exclusiva da pessoa humana -, pode sofrer dano moral em sentido amplo - violação de algum direito da personalidade -, porque é titular de honra objetiva, fazendo jus a indenização sempre que seu bom nome, credibilidade ou imagem forem atingidos por algum ato lícito Modernamente fala-se em honra profissional como uma variante da honra objetiva, entendida como valor social da pessoa perante o meio onde exerce sua atividade. (CAVALIERI, 2012).

Depreende-se, pois, que a pessoa jurídica não tem direito à reparação por dano moral no sentido subjetivo, mas, na medida em que possui, por equiparação, direito à honra, no sentido objetivo de reputação e credibilidade no mercado, poderá sofrer dano moral em sentido amplo, ou ainda dano moral objetivo. (GONÇALVES, 2005).

O precedente que gerou a Súmula 227 (Resp. 134.993-MA) justamente consagrou que a pessoa jurídica pode ser vítima de danos morais, considerados esses como violadores da sua honra objetiva. A editora “O Estado do Maranhão” publicou em seu jornal uma série de reportagens nas quais afirmavam que a empresa “Indústrias Químicas do

Norte S/A” teria vendido ao Governo Federal, sem processo licitatório, uma quantidade considerável de soro, sendo que os produtos estavam com preços superfaturados, e que a empresa teria recuperado suas finanças em razão de tal contrato administrativo. Inconformada com essa divulgação, a empresa de químicos propôs ação indenizatória sustentando ofensa a sua honra e postulando a condenação da editora pelos danos morais causados. A condenação em primeiro grau foi reformada no Tribunal Estadual, sob o argumento de impossibilidade jurídica do pedido. Interposto Recurso Especial, o Ministro Relator Sálvio de Figueiredo Teixeira sustentou a possibilidade de a pessoa jurídica sofrer dano moral e ressaltou que, embora esta não sofra com ofensa à sua honra subjetiva, seu caráter, atributos do direito de personalidade, pode ocorrer a ofensa ao nome da empresa, à sua reputação, que, nas relações comerciais, são de extrema importância.

A questão mais controversa atualmente é saber se o dano moral sofrido pela pessoa jurídica é ou não *in re ipsa*, ou seja, se ele se presume ou se exige prova cabal do prejuízo sofrido.

Recente precedente publicado, o já citado Recurso Especial 1.637.629-PE, de relatoria da Ministra Nancy Andrigli, firma entendimento de que “não se deve admitir que o dano moral à pessoa jurídica se configure *in re ipsa*, sendo necessária a comprovação nos autos do prejuízo sofrido”. Portanto, no âmbito do dano moral em face da pessoa jurídica, excepciona-se a regra geral da sua configuração *in re ipsa*.

O curioso é que a relatora sustenta que mesmo sendo necessária a comprovação dos prejuízos sofridos, ao juiz é dada a possibilidade de “utilização de presunções e regras de experiência para a configuração do dano, mesmo sem prova expressa do prejuízo, o que sempre comportará a possibilidade de contraprova pela parte ou de reavaliação pelo juiz”. Essa afirmação, de certa forma, abre espaço para uma posição não cognitivista, do ponto de vista da metaética, admitindo um espaço de subjetivismo para as decisões judiciais, o que não é salutar. (FERREIRA NETO, 2015).

A necessidade de comprovação está no fato de que a violação ocorre em relação ao bom nome, a reputação, os quais são atributos externos, e, por isso, dependentes de prova específica a seu respeito. A indenização por dano moral sofrido pela pessoa jurídica somente pode ser deferida diante da demonstração de provas concretas que evidenciem que sua honra objetiva sofreu, de fato, graves danos, não se podendo presumir o dano.

Mas, importante mencionar, por fim, que o próprio STJ excepciona o seu entendimento em algumas situações especiais. A hipótese de exceção mais relevante, em que o STJ admite a configuração do dano moral *in re ipsa*, inclusive para pessoas jurídicas é a de uso indevido de marcas alheias. Um exemplo é o Recurso Especial 1327773/MG, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, no qual se discutiu o uso indevido de nome empresarial “CETEMIG”, causando confusão com a marca registrada “COTEMIG”. Ambas as partes exercem atividades no ramo da educação, o que pode causar confusão, induzindo os consumidores em erro. No voto, apontou-se a falta de harmonização jurisprudencial, dado que a maior parte dos julgados vêm determinando que a pessoa jurídica necessita, ainda que indiretamente, comprovar o prejuízo sofrido pelo dano causado. Entretanto, o Ministro argumenta que a utilização inadequada dos signos identificadores de uma empresa atinge diretamente o seu bom nome e sua reputação no mercado, uma vez que a marca, muitas vezes, é o ativo mais valioso da empresa, sendo o meio pela qual o empresário consegue, perante o mercado (consumidores, fornecedores, acionistas, comunidade em geral), distinguir e particularizar o seu produto ou o seu serviço, razão pela qual o simples uso indevido da marca, enseja a responsabilização pelo dano moral.

Outro exemplo de exceção ao posicionamento de que o dano moral à pessoa jurídica não se presume são os casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de proteção ao crédito (AgIn em Resp. nº 1345802/MT).

Por fim, depreende-se que, embora o tema do dano moral à pessoa jurídica traga em si uma série de debates doutrinários interessantes, fato

é que a jurisprudência do Tribunal Superior é pacífica no sentido de sua reparabilidade **quando** a conduta violar sua honra objetiva, mas o **como** fica restrito a uma demonstração cabal do prejuízo, salvo algumas poucas exceções.

Referências

- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da Personalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- CANTALI, Fernanda Borghetti. **Pessoa Jurídica e Direitos da Personalidade**. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. (Coords.) Manual de Teoria Geral do Direito Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- CAVALIEIRI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a Fundamentação do Direito**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. v. I. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 9.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Traduzido por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do Novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

VENOSA, Silvio de Salva. **Direito Civil**: Responsabilidade Civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

Dano moral e a perda de uma chance

*Gabriel Zanatta Tocchetto*¹

*João Augusto Silva Salles*²

1 Conceito de perda de uma chance

Responsabilidade, por si só, caracteriza-se como a consequência de determinada atividade que gerou prejuízo a alguém, por ação cometida por outra pessoa ou coisa, cujo objetivo é restaurar o estado natural anterior, modificado de forma ilegal ou injusta por culpa de terceiro. Para Gonçalves (2012, p. 20), a responsabilidade expressa o dever em se restabelecer o equilíbrio violado por determinado dano. Desta maneira, há de se ter em mente que, sendo múltiplas e infinitas as atividades humanas, de igual multiplicidade e infinitude são as espécies de responsabilidade, que percorrem por todas as situações de relevância jurídica ou simplesmente social.

O objetivo do presente texto, portanto, é expor de maneira breve as principais nuances da responsabilidade civil por perda de uma chance, cujo objetivo, para além da exposição da matéria, é a instigação do leitor no aprofundamento do tema, cujo reconhecimento enquanto instituto civil é recente no sistema jurídico pátrio.

¹ Mestrando em Direito pela Faculdade Meridional IMED. Bolsista CAPES/FAPERGS. Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade Meridional IMED. Pesquisador do projeto “A Proteção Jurídica da Inovação Aberta em Novas Tecnologias: Desafios de Gestão para os NITs”. E-mail: gztocchetto@gmail.com.

² Advogado. Participante do Grupo de Pesquisa: Evolução dos modelos constitucionais autopoieticos na pós-modernidade. Participante do Grupo de Pesquisa: Ética Cidadania e Sustentabilidade no Programa de Mestrado em Direito (PPGD) da Faculdade Meridional - IMED. E-mail: salles071995@gmail.com.

Como se viu nos capítulos anteriores, a responsabilidade civil pressupõe a existência de uma dano juridicamente relevante, de natureza civil (e não penal, ambiental ou fiscal, por exemplo), cujo objetivo é a recomposição do *status quo ante*, que pode se manifestar no dever de o agente causador do dano indenizar pecuniariamente a vítima - como forma de compensação - ou dar conta de trazer a realidade por ele modificada novamente à tona - por meio de obrigação de fazer, não fazer, dar ou entregar, por exemplo -. Tudo isso somente se justifica porque o agente danoso gerou dano em bens materiais ou imateriais do lesado.

Nos casos em que se aplica a, no ordenamento brasileiro, “teoria”³ da perda de uma chance, os pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil (fato ilícito, dano, culpa e nexos causal) não são, de uma maneira rígida, aplicados conjuntamente, conforme até então se lecionou, já que a perda de uma chance não se constitui, de forma estrita, em dano propriamente dito.

A perda de uma chance, como o nome intuitivamente leva a crer, nada mais é que a perda de uma oportunidade, que, num plano hipotético, era razoavelmente aferível. Sua relevância jurídica emerge quando esta oportunidade é frustrada por ação de outros, que não deixaram com que ela se materializasse. Ou seja, não se trata de dano propriamente dito, mas sim da frustração da expectativa sobre a conquista de determinada coisa.

Como não há normatização específica sobre o tema, é difícil definir o que é, de fato, a perda de uma chance, mas, de acordo com a pesquisa exposta nos títulos subsequentes, para sua caracterização, a despeito de cada caso trazer suas específicas circunstâncias, deve-se sempre atentar: (i) à probabilidade da concretização da expectativa frustrada; (ii) a influência da ação do causador sobre o impedimento da hipotética realidade desviada; e (iii) a possibilidade de se chegar ao fim desejado por outra maneira que não a escolhida inicialmente.

³ A ressalva somente se justifica porque, noutras realidades jurídicas, tal pensamento foi adotado pelo legislador processual competente, enquanto, aqui, não passa de importação de uma ideia por parte do Poder Judiciário. Logo, é utilizada não por previsão legal, mas por aplicação jurisprudencial, diferente de outros países (vide, a título exemplificativo, art. 1.346 do Código Civil francês).

Outra característica que difere, em termos práticos, o dever de indenizar consequência da caracterização responsabilidade civil por perda de uma chance das outras modalidades de responsabilidade civil é o fato de que, aqui, a quantificação da indenização não tem por objetivo restabelecer o estado em que a coisa violada se encontrava antes do dano, pois o objeto violado é hipotético e futuro, e não factual e contemporâneo ou pretérito. Isto é, não há nada a ser restaurado ou compensado, logo, não há a constatação objetiva do valor a ser indenizado. Nesse tipo de caso, o que se leva em conta é a estimativa da probabilidade do acontecimento futuro frustrado ter vindo a acontecer, e em que circunstâncias viria. O Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial tombado sob número 1.190.180, julgado pela Quarta Turma daquele tribunal, de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, assentou que:

A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro. (fl. 752)

Disso se conclui que a indenização da chance perdida é inferior ao valor que se pretendia auferir no caso de bem sucedida a tentativa frustrada, diante de a incerteza acerca de seu acontecimento. Caso contrário, não se trataria de perda de chance, mas sim de dano emergente. Neste ínterim, portanto, a quantificação do dano é feita por arbitramento, nos termos do artigo 946 do Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002).

Assim, a perda de uma chance nada mais é que a frustração de um objetivo a que se pretendia chegar, que somente não se consumou por meio de ação ou omissão alheia e, quando a perda da oportunidade de tornar o objetivo anteriormente pretendido foi o único óbice para sua

efetiva concretização, emerge o dever de indenizar aquele que teve sua oportunidade tolhida, por parte de quem a tolheu.

2 A história do instituto da perda de uma chance

É possível encontrar muitas doutrinas conflitantes no que toca o quase-mitológico caso no qual se aloca o surgimento do instituto da perda de uma chance. Apesar de existir um consenso sobre a reparação de dano pela perda de uma chance ser um instituto francês, existem descrições que alocam a inauguração do instituto no ano de 1965⁴, (BOYER-CHAMMARD; MONZEIN, *apud* BOZZI, 2017), da mesma forma que professores como Aurélien Bamdê, professor francês, entende que esse instituto jurídico teve como marco inicial a data de 17 de julho de 1889 (BAMDÊ, 2016).

A história do primeiro caso de perda de uma chance, segundo Bamdê (2016), ocorreu quando um “oficial de justiça” (entenda-se como oficial de justiça o responsável por informar decisões judiciais *in casu*, que trabalhava dentro da esfera de economia privada no presente contexto), privou um cliente da oportunidade de apelar de um julgamento, a oportunidade, por tanto, de vencer esse processo. Assim, o juízo do caso decidiu que existia um dano causado, dano esse de responsabilidade do “oficial de justiça”, que teria sido o primeiro indivíduo responsabilizado por ação que gerou um dano incerto, pela perda de uma chance.

Certas doutrinas associam o surgimento do instituto a algum caso de tratamento médico, como é o caso da doutrina citada acima, que menciona que o primeiro caso, ocorreu na França, quando a Primeira Câmara Cível da Corte de Cassação, em 14 de dezembro de 1965, condenou o médico “Dr. P.” ao pagamento de 65.000 francos à família de “Pierre M.”, menino de oito anos de idade, por tê-lo diagnosticado com “fratura na extremidade inferior do úmero direito”, quando na verdade o garoto tinha apenas uma simples luxação. (BOYER-CHAMMARD; MONZEIN, *apud* BOZZI, 2017). Ao tempo que é pouco provável que esse tenha sido o caso, é verdade que

⁴ Sobre a afirmação, vide (GONÇALVES, 2014, p. 341) e (BOYER-CHAMMARD; MONZEIN, *apud* BOZZI, 2017).

“A doutrina da perda de uma chance é particularmente relevante em casos de negligência médica”⁵ (MORRISON IV, 2015, p. 14), e que a aplicação do instituto de forma mais comum e intensa⁶, tenha ocorrido na segunda metade do século XX, considerando a evolução da medicina tanto na virada do século, quanto no período das duas grandes guerras.

Historicamente, o elemento que define as relações nas quais é possível se falar na perda de uma chance é a ideia de dano em atividade caracterizada como meio, esse é o motivo pelo qual a perda de uma chance se caracteriza por aparições na doutrina, comumente, em casos que envolvem profissões como a advocacia⁷ e o exercício da medicina⁸. É importante verificar, nesse sentido, que certos elementos da jurisprudência tendem à mudança com o passar dos anos, e erros médicos, por exemplo, tendem a ter um significado diferente em momentos históricos diferentes.

Kramer walks in to your office after having been diagnosed with terminal lung cancer. It seems that years earlier he had accepted a job as the next “Marlboro Man” and all of those years of smoking finally caught up with him. Kramer believes that his doctor was late in diagnosing his cancer, that he had exhibited signs and symptoms of cancer for months before it was finally diagnosed, and that this delay in diagnosis warrants a claim for medical malpractice.⁹ (MORRISON IV, 2015, p. 14)

Para além dos elementos processuais/situacionais essenciais à consideração do caso, é necessário observar, historicamente, que a

⁵ Tradução livre de: “The loss of a chance doctrine is particularly relevant in medical malpractice cases.”

⁶ Inclusive, no contexto norte americano, se coloca que “The nearly universal circumstance in which the loss-of-chance doctrine has been employed in the United States has been in the medical malpractice context and involves a patient suffering from a preexisting condition.” (ZILICH, 2002, p. 676). Tradução livre: A circunstância quase universal na qual a doutrina da perda de uma chance tem sido aplicada nos Estados Unidos tem sido a negligência médica e envolvendo sofrimentos de condições preexistentes.

⁷ Vide (GONÇALVES, 2012, p. 253) e (GONÇALVES, 2014, p. 365)

⁸ Vide (GONÇALVES, 2012, p. 241) e (GONÇALVES, 2014, p. 341).

⁹ Tradução livre: Kramer entra em seu escritório depois de ter sido diagnosticado com câncer de pulmão terminal. Parece que anos antes ele teria aceitado um trabalho como o próximo “Homem Marlboro” e todos aqueles anos fumando finalmente afetaram ele. Kramer acredita que seu médico estava atrasado em diagnosticar o câncer, que ele teria exibido sinais e sintomas do câncer por meses antes de ter sido finalmente diagnosticado, e que essa demora no diagnóstico lhe garante o direito de litigar por negligência médica.

situação da ciência médica pode operar o espectro de indenização pelo dano moral pela perda de uma chance de forma absoluta. Isso significa que, por exemplo, em uma situação onde se verificam doenças as quais a temporalidade de diagnóstico pouco importa à chance de cura, é possível que não se verifique a perda de uma chance; ao mesmo tempo que, um erro de diagnóstico em relação a uma situação totalmente tratável frente ao que a ciência médica dispõe como ferramentas, pode gerar um dano em relação ao resultado causado pela negligência médica, situação na qual pode não ser discutido o serviço prestado pelo profissional da saúde como meio, mas como fim.

Na prática, pode ser que no começo do século XX, Kramer não tivesse reconhecido o seu direito à indenização por dano moral causado pela perda de uma chance, pelo fato de o câncer em questão não ser tratável pela medicina à época. Contemporaneamente, situação na qual o paciente, devido ao erro médico, teve sua chance de sobreviver diminuída de 49% para 1% (MORRISON IV, 2015, p. 14), é possível que o mesmo fosse indenizado pela perda de uma chance considerando a perda numérica de sua chance de sobrevivência. É possível que, em um futuro próximo, a chance de sobrevivência de Kramer tenha diminuído de 100% para 1%, e isso significa que a indenização não teria mais como base a perda de uma chance, mas um dano objetivamente colocado.

3 Perda de uma chance e a jurisprudência

O instituto do dano moral causado pela perda de uma chance possui um curto histórico na jurisprudência brasileira. O caso considerado paradigmático na importação do instituto ao direito brasileiro foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no ano de 2005, e os fatos processuais são quase caricatos à descrição do instituto, desde alocação em situação fática até a forma de cálculo indenizatório fixado em sede de Recurso Especial (mesmo considerando a simplificação excessiva feita para calcular os elementos em questão).

O caso (RECURSO ESPECIAL Nº 788.459) narra a história de Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos, participante do programa Show do Milhão que ganhou R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) em certificados de barras de ouro por ter chegado até a questão de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) e desistido de responder. A causa de pedir do caso se encontra no fato de que a última pergunta dirigida à participante não possui resposta dentro do contexto indicado pelo próprio enunciado.

A pergunta feita pelo apresentador Silvio Santos, era (*ipsis literis*) a seguinte: “a Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro?”, e as alternativas indicavam as porcentagens de: 1) 22%, 2) 04%, 3) 08%, e 4) 10%, sendo considerada a alternativa de nº 4 a resposta correta (cf. REsp 788.459). O ponto é, a Constituição Federal de 1988, em seus artigos 231 e 232 (que compõem a íntegra o Capítulo VIII do Título VIII, que trata respectivamente dos índios dentro do título da ordem social), não definem *quantum* do território nacional é destinado às terras indígenas, o que, por acaso, também não é feito em nenhum outro dispositivo do texto constitucional. O ato de formular a questão nos termos expostos foi considerado como má fé.

A defesa dos responsáveis pelo programa, BF Utilidades Domésticas LTDA., arguiu que a pergunta havia sido retirada da enciclopédia BARSA, argumento que não serviu para elidir o fato de que a questão não tinha resposta correta de acordo com a constituição (conforme o enunciado da pergunta). A defesa também levantou a tese de que a desistência em responder a pergunta, ato de pleno exercício de vontade por parte da autora, vicia a pretensão de recebimento de indenização pelo ocorrido, tese que não foi acolhida em nenhum grau de jurisdição no qual o processo foi julgado.

Dessa forma, o pedido da autora fora deferido no primeiro grau, de forma que o *quantum* indenizatório fora definido na cifra de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), a diferença entre o valor recebido pela autora no ato da desistência de responder à última questão, e o valor do prêmio que ela poderia ter ganho no ato de responder corretamente a

resposta. Decisão que foi mantida na apelação que deu origem ao REsp em questão (2005/0172410-9-BA).

É no recurso feito ao STJ, relatado pelo ex Ministro Fernando Gonçalves, que se assentou o modo como se aplicaria, a partir de então, a lógica da perda de uma chance no direito brasileiro – naquele caso, a partir do cálculo da indenização a ser percebida pela vítima. O precedente foi definido pelo voto do relator, que foi seguido pelos ministros Jorge Scartezini, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha.

Como arguido pelos recorrentes (BF Utilidades Domésticas LTDA), a indenização de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), era indevida, uma vez que o dano causado pelo erro cometido na pergunta não seria equivalente ao expurgo dos proventos do valor referente à eventual resposta correta da questão, mas do afastamento da chance de escolha de resposta correta contando com quatro alternativas que possuem, cada uma delas, três quartos de chance de estarem erradas.

No programa do Show do milhão, cada pergunta é seguida de quatro alternativas que possuem, ao menos teoricamente, a mesma chance de estarem certas. Quando o participante do programa responde corretamente, ele passa para a próxima fase, e, se errar, sai do programa. Para o presente contexto, importante saber que na pergunta do milhão, o convidado é colocado frente a uma pergunta a qual, se respondida incorretamente, ele sai do programa sem nenhum prêmio, se decidir não responder, sai com metade do valor máximo do prêmio (opção escolhida pela autora do processo discutido), e caso responda corretamente, recebe o valor total do prêmio, R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) em certificados de barras de ouro.

Nesse contexto, o argumento da defesa de BF Utilidades Domésticas LTDA, que vigorou e gerou o precedente jurisprudencial paradigmático ao instituto do dano pela perda de uma chance, foi o argumento de que o dano sofrido por Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos teria sido equivalente ao valor correspondente à chance que ela teria de acertar a questão que lhe renderia o prêmio milionário. Dessa forma, o *quantum* indenizatório

foi dividido pelo percentual de acerto em situação de escolha aleatória de alternativa no ato de responder a pergunta *sub judice*, sendo o valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) dividido por 4 (quatro) para resultar no valor referente à chance perdida pela ação da ré. Da jurisprudência discutida, é possível extrair a seguinte fórmula matemática: $(v.c=q)$, onde v (valor total), multiplicado por c (chance) resulta em q (*quantum indenizatório*).

Dessa forma, o resultado pecuniário *in casu*, foi uma decisão que alocou o adimplemento dos danos morais pela perda de uma chance à Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos no valor de R\$ 125.000,00 (cento e vinte cinco mil reais), sendo esse o resultado do valor total (R\$ 500.000,00) multiplicado pela chance de obter o valor em questão (1 em 4, ou seja, 0,25). Foi assim que o STJ colocou de forma objetiva a discussão do dano moral pela perda de uma chance ao contexto jurisprudencial brasileiro.

4 Problemáticas existentes em torno do instituto da perda de uma chance

Na prática, a metodologia de cálculo da perda de uma chance pode ser observada como o principal (e, quiçá, mais óbvio) dos problemas que pairam sobre o instituto. Isso significa arguir que, para além de simplificar a situação fática para responder ao litígio de forma objetiva, é muito difícil generalizar o cálculo em questão para a maioria dos casos de perda de uma chance, vez que, em exemplos como o do erro de um advogado, nem sempre ocorre em um caso onde a procedência de um pedido pode ser calculada por meio da demonstração do percentual de procedência em processos análogos, uma vez que mesmo uma análise percentual do total de casos que verse sobre a matéria é incapaz de lidar com a contingência do caso em específico. Nem sempre é possível dividir o valor final pela chance e se chegar em um *quantum* simples e objetivo, ainda mais considerando um sistema processual que permite litigar até os confins do supremo pela alteração de elementos no cálculo de resultados processuais.

Dessa forma, é verificável que o mais presente dos problemas que se verifica no instituto da perda de uma chance é um problema extremamente comum à prática jurídica, a necessidade de responder objetivamente com base em conceitos abstratos. O ponto é que, mesmo considerando o caso vivido por Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos (descrito na seção anterior), é muito difícil afirmar que um contexto no qual a pergunta do milhão tivesse sido feita de forma adequada, a chance dela seria de exatamente $1/4$ em acertá-la, uma vez que é necessário considerar as possibilidades do feitiço de questões que fossem capazes de enganar a candidata, ao mesmo tempo que ela demonstrou capacidade suficiente para chegar até a pergunta milionária.

O ponto é, sempre que o meio jurídico intentar chegar a respostas definitivas e objetivas, é possível observar que a contingência social permitiria a observação de diferentes variáveis e tudo o que o meio pode almejar fazer é alcançar resultados aceitáveis, discutíveis mas aceitáveis somente ao tempo de entender que a variabilidade apresentada pela perda de uma chance não é alcançável pelo sistema jurídico.

Referências

BAMDÉ, Aurélien. **La perte d'une chance**. Publicado em 14 set. 2016. Disponível em: <<https://aurelienbamde.com/2016/09/14/la-perte-de-chance/>>. Acesso em 26 out. 2018.

BOYER-CHAMMARD, Georges; MONZEIN, Paul. **La responsabilité médicale**. Laval: Faculté de droit de l'Université Laval, 1977.

BOZZI, Paula da Cunha. **Aspectos gerais da responsabilidade civil**. Publicado em jun. de 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58301/aspectos-gerais-da-responsabilidade-civil/3>>. Acesso em 26 out. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Lex: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Lex*: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm>.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp N. 788.459**. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Recorrente : Bf Utilidades Domésticas Ltda. Recorrido: Ana Lúcia Serbeto De Freitas Matos. Julgado em 8 nov. de 2005.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp N. 1.190.180**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Recorrente: Manfredo Erwino Mensch. Recorrido: Onofre Dal Piva. Julgado em 16 nov. 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4**: responsabilidade civil 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORRISON IV, Walter C. **Loss of a Chance**: What Is It and What Does It Mean in Medical Malpractice Cases. *Miss. Law*, v. 62, p. 14, 2015.

ZILICH, George J. Cutting through the Confusion of the Loss-of-Chance Doctrine under Ohio Law: A New Cause of Action or a New Standard of Causation. **Cleveland State Law Review**, v. 50, p. 673, 2002.

Dano existencial

*Leonardo Abido*¹

1 Definição

Entende-se por Dano Existencial como um dano de natureza imaterial, o qual causaria na vítima uma impossibilidade dessa de realizar atos cotidianos, alterando seus hábitos, sua forma de relacionar com a sociedade em geral e induzindo essa vítima a uma vida diferente daquela que normalmente teria. Pode-se dizer o dano existencial afeta, de maneira imaterial, a própria noção e realização da personalidade da vítima com o mundo exterior (KHATIB, 2008).

Nesse conceito, é importante ressaltar uma subdivisão, existente no tocante ao Dano Existencial. Esse dano pode afetar a vida da vítima em suas relações interpessoais ou em relação ao seu projeto de vida, seus pensamentos para o futuro de sua vida. Nessa subdivisão, diz-se que o dano existencial ao projeto de vida atinge majoritariamente as expectativas de desenvolvimento da vítima, em suas esferas pessoal, profissional e familiar, com impacto na sua liberdade de decisão acerca do próprio destino, ameaçando o próprio sentido que a pessoa atribui a sua existência (FROTA, 2013).

No que tange à segunda espécie ou modalidade de dano existencial, que afeta as relações interpessoais da vítima, nota-se de certo modo uma

¹ Mestrando em Direito pela Faculdade Meridional - IMED, na linha de pesquisa Fundamentos do Direito, da Democracia e da Sustentabilidade com bolsa CAPES/PROSUP. Bacharel em Direito pela Faculdade Meridional - IMED. Advogado. E-mail: leoabido1@gmail.com

ligação com seu projeto de vida e com a própria existência do ser humano, visto que, sendo o ser humano uma criatura notadamente social, o pleno convívio desse em sociedade é uma parte fundamental de seu desenvolvimento pessoal. O dano existencial às relações interpessoais se caracterizaria, dessa forma, como uma privação da vítima de seu pleno convívio social, seja esse convívio com sua família, com um grupo cultural (como uma religião por exemplo) ou para atividades de lazer (SOARES, 2009).

Nota-se, então que o dano existencial, diferentemente dos danos materiais e até mesmo do dano moral, possui um fundamento filosófico em sua constituição. A noção de objetivo de se perseguir um determinado objetivo a partir da existência humana, ou mesmo do comprometimento que tais danos acarretam, remetem ao pensamento de Reale (1999) acerca da não existência, mas sim coexistência dos seres humanos e da vida em sociedade para que seja alcançado o pleno desenvolvimento das habilidades humanas.

Assim, o dano existencial caracterizar-se-ia como causador de uma significativa e relevante alteração nos aspectos referentes a qualidade de vida da pessoa, na persecução de seus objetivos e em suas relações, obrigando a vítima a agir de forma diferente da que gostaria, ou da que agiria se não sofresse o dano, repercutindo diretamente no aspecto da existência dessa pessoa, fazendo-a questionar quais são realmente seus objetivos.

2 Origem e contexto histórico

O dano existencial possui sua origem no Direito italiano, onde sua aplicação se voltava principalmente a esfera civil. A implementação dessa espécie de dano ao ordenamento jurídico italiano se deu como forma de complementação, visto que, anteriormente, se admitiam tão somente duas espécies de dano indenizável: O dano patrimonial e o dano extrapatrimonial, com a ressalva de que a indenização só seria devida, em

casos de dano extrapatrimonial se a conduta fosse criminosa, excluindo-se assim a possibilidade de reparação do dano causado por um ilícito civil (LORA, 2013).

A discussão acerca do dano existencial no âmbito do ordenamento jurídico italiano deu-se especialmente nos anos 1970 e 1980, sendo que, o caso considerado como paradigma para o reconhecimento desse instituto teve seu julgamento em 7 de Junho de 2000. Trata-se da Decisão nº 7.713, da Suprema Corte Italiana, em uma ação em que um pai respondeu judicialmente por não ter provido, de maneira intencional e tendo condições para tanto, o devido sustento de seu filho ou tendo o feito em quantia menor que a devida (SOARES, 2012).

A Suprema Corte italiana reconheceu que houve uma ofensa por parte do pai à condição jurídica do filho em sua condição de criança ou adolescente, que necessita do respeito dos pais para que se desenvolva, se insira em um contexto social, causando uma alteração na qualidade de vida de seu filho. Por essa razão, o genitor foi condenado ao pagamento de uma indenização a título de dano existencial ao seu filho, o que abriu um precedente importante para que outras ações do mesmo instituto se disseminassem, por diferentes motivos, mas com fundamento no dano existencial (SOARES, 2012).

3 Aplicação no ordenamento jurídico brasileiro

Como visto, o dano existencial tem sua origem no Direito Civil, contudo, no Brasil, esse instituto é frequentemente vislumbrado em um outro ramo do direito, o Direito do Trabalho.

Nesse âmbito, o dano existencial é aplicado sob a mesma definição utilizada para o Direito Civil, ou seja, quando a conduta do empregador gera no empregado uma alteração de personalidade, seja através da impossibilidade de manter relações sociais ou de se realizar um projeto de vida.

Nas relações trabalhistas e na atual *práxis* jurídica da Justiça do Trabalho, se percebe a constatação e a conseqüente indenização por dano existencial em alguns cenários bastante específicos. A primeira situação que ensejaria uma indenização por dano existencial seria a não concessão de férias do empregador ao seu funcionário. Nesse sentido, no Recurso de Revista 76.2011.5.24.0002 do Tribunal Superior do Trabalho (BRASIL, 2013), verifica-se a situação de um empregador impedido de gozar de seu direito de férias por dez anos. Na decisão, o relator, Ministro Hugo Carlos Scheuermann considerou que houve sim um dano existencial ao trabalhador, nos seguintes termos

Com efeito, a lesão decorrente da conduta patronal ilícita que impede o empregado de usufruir, ainda que parcialmente, das diversas formas de relações sociais fora do ambiente de trabalho (familiares, atividades recreativas e extralaborais), ou seja que obstrua a integração do trabalhador à sociedade, ao frustrar o projeto de vida do indivíduo, viola o direito da personalidade do trabalhador e constitui o chamado dano existencial. Na hipótese dos autos, a reclamada deixou de conceder férias à reclamante por dez anos. A negligência por parte da reclamada, ante o reiterado descumprimento do dever contratual, ao não conceder férias por dez anos, violou o patrimônio jurídico personalíssimo, por atentar contra a saúde física, mental e a vida privada da reclamante (BRASIL, 2013).

Outra situação em que o reconhecimento do dano existencial se demonstra com certa regularidade na seara trabalhista são os casos de acidente de trabalho onde se verifica um dano permanente a vítima, como a amputação de algum membro por exemplo. Nesses casos, o dano existencial se justificaria por acarretar uma alteração significativa no cotidiano da vítima, além de uma óbvia influência sobre o projeto de vida que a vítima poderia ter. Sobre esse cenário, traz-se no Recurso de Revista 1292-67.2014.5.09.0094 do TST (BRASIL, 2017), que tratava sobre os danos sofridos por um trabalhador que teve sua mão amputada em um acidente laboral, a seguinte tese

Enquanto a indenização pela angústia mental compensa o choque, o medo, a perturbação emocional e/ou a humilhação gerada pelo ilícito, a indenização pelos *hedonic damages*, **denominado dano existencial pela decisão de origem, compensa a perda de qualidade de vida resultante de uma lesão ilícita** [...] Na prática, os *hedonic damages* - perda de qualidade de vida -, acabam por permitir uma espécie de indenização por "lucros cessantes" no dano moral, não quanto ao aspecto do lucro ou da atividade econômica, **mas sim quanto à reparação pelas consequências e limitações com que o trabalhador terá de conviver pelo resto de sua vida, frutos da atividade laboral** [...] Neste sentido, o dano causado pelas condições de trabalho proporcionadas pela reclamada ao reclamante **atingiram diretamente seu projeto de vida pessoal, bem-estar e felicidade**, acarretando perda direta de sua qualidade de vida, de forma que devida a indenização (BRASIL, 2017) Grifo nosso.

Por fim, pode-se citar o reconhecimento do dano existencial pela realização, por parte do empregado, de jornadas de trabalho excessivas, que em muito superam os limites constitucionalmente estabelecidos. Nesse caso, faz-se mister trazer o exemplo do Recurso de Revista 1355-21.2015.5.12.0047, do Tribunal Superior do Trabalho (BRASIL, 2017).

Em uma breve síntese do caso em tela, o reclamante alega ter trabalhado em jornadas que chegavam a 14 horas diárias, com intervalo de 30 minutos, além de trabalhar em finais de semana alternados. Em primeiro grau, foi deferido somente o pagamento das horas extras, mas não a reparação pelo dano existencial.

Em sede de Recurso de Revista, contudo, foi revertida a decisão inicial e julgado procedente o pedido de indenização por dano existencial. Conforme voto do relator, ministro Maurício Godinho Delgado

O excesso de jornada extraordinária, para muito além das duas horas previstas na Constituição e na CLT, cumprido de forma habitual e por longo período, típica, em tese, o dano existencial, por configurar manifesto comprometimento do tempo útil de disponibilidade que todo indivíduo livre, inclusive o empregado, ostenta para usufruir de suas atividades pessoais, familiares e sociais [...] a realização dos princípios constitucionais humanísticos e sociais (inviolabilidade física e psíquica do indivíduo; bem-estar individual e social) [...] é instrumento importante de garantia e

cumprimento da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica, concretizando sua dignidade e o próprio princípio correlato da dignidade do ser humano [...]Tal situação anômala deflagra, assim, o dano existencial, que consiste em lesão ao tempo razoável e proporcional, assegurado pela ordem jurídica, à pessoa humana do trabalhador, para que possa se dedicar às atividades individuais, familiares e sociais inerentes a todos os indivíduos, sem a sobrecarga horária desproporcional (BRASIL, 2017).

Diante das jurisprudências analisadas, se percebe que o instituto do dano existencial tem cada vez mais ganhado pauta na esfera trabalhista, sendo atribuído a diferentes motivos que causem em sua vítima uma restrição ou alteração em aspectos de sua vida. Com a propagação de ações que versem sobre esse instituto no direito do trabalho, é de se esperar que o mesmo comece a ganhar uma maior atenção também na área cível, de onde se originou, no direito italiano.

4 Diferenciação entre dano existencial, dano moral e perda de uma chance

Primeiramente abordando a diferença entre dano moral e dano existencial se percebe que, em que pese sejam oriundos de um mesmo gênero, qual seja, os danos extrapatrimoniais, existem aspectos pontuais em cada uma das espécies, o que impede que sejam usadas como sinônimos.

O dano moral, consiste em uma lesão na esfera subjetiva do indivíduo, capaz de atingir alguns valores que podem ser considerados inerentes a si enquanto pessoa humana, como a sua honra, sua integridade psíquica e até mesmo sua saúde. O dano moral causa, portanto, naquele que o sofre sentimentos em sua esfera íntima como a dor, a angústia e a vergonha (ALVARENGA; BOUCINHAS FILHO, 2013).

O dano existencial, por outro lado, supera o aspecto íntimo do indivíduo (dor, angústia, sofrimento), trazendo situações como uma frustração ou pressão excessiva para o âmbito prático, impedindo a realização pessoal de sua vítima, causando uma redução na qualidade de

vida e uma modificação no próprio aspecto da personalidade do sujeito (BEBBER, 2009).

Dessa primeira diferenciação entre as duas espécies de dano, decorre uma segunda, relacionada a constatação do dano. Por ser sofrido no âmago da vítima, em seu íntimo, o dano moral é subjetivo, não exigindo-se portanto uma prova acerca de sua ocorrência para o pleito de uma indenização. O dano existencial, por sua vez, possui consequências práticas, sendo passível de uma constatação objetiva, motivo pelo qual são necessárias provas de sua ocorrência para eu haja indenização (BEBBER, 2009).

Faz-se ainda, mister ressaltar as distinções entre o instituto do dano existencial e a indenização por perda de uma chance. A grande diferença é que o segundo parte da premissa da perda de uma oportunidade concreta, o que acarretaria em um prejuízo quantificável monetariamente, enquanto que no dano existencial o que deixou de existir não foi algo objetivamente quantificável, mas sim o direito de participar de uma atividade, como o convívio social ou com sua família, causando uma alteração na personalidade da vítima, razão pela qual não se pode ser um dano quantificado objetivamente, mas sim arbitrado pelo julgador, de maneira semelhante ao que ocorre com o dano moral (ALVARENGA, BOUCINHAS FILHO, 2013).

Por fim, é importante ressaltar que, tanto em relação ao dano moral quanto em relação à indenização por perda de uma chance, há a possibilidade de cumulação desses com o dano existencial. Havendo a ocorrência de ambos os danos, a indenização pela ocorrência de um não substitui a indenização pelo outro, de modo similar àquela cumulação no caso de ocorrência de danos morais e materiais em um mesmo caso.

Referências

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. O Dano Existencial e o Direito do Trabalho. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná - Dano Existencial**. v. 2 - n. 22. Setembro/2013.

BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) - breves considerações. **Revista LTR: legislação do trabalho**, São Paulo, v. 73, n. 1, jan. 2009.

BIÃO, Fernanda Leite; FROTA Hidemberg Alves da. O fundamento filosófico do Dano Existencial. **Revista Jurídica UNIGRAN** - v. 12, n. 24, Jul./Dez.2010.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista - 76.2011.5.24.0002**. Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, 1ª turma do TST. Brasília, 2013.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista - 1292-67.2014.5.09.0094**. Relator Desembargador convocado Marcelo Lamago Pertence. Brasília, 2017.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista 1355-21.2015.5.12.0047**. Relator Ministro Maurício Godinho Delgado, 3ª turma do TST. Brasília, 2017.

FROTA, Hidemberg Alves da. Noções Fundamentais sobre o Dano Existencial. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná – Dano Existencial**. V. 2 - n. 22. Setembro/2013.

KHATIB, Milagros Koteich. La dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño biológico vs. “daño existencial. Milagros Koteich Khatib. **Revista de Derecho Privado**, n. 15, 2008. P. 143-163.

LORA, Ilse Marceline Bernardi. O Dano Existencial no Direito do Trabalho. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná – Dano Existencial**. v. 2, n. 22. Setembro/2013.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade Civil por Dano Existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SOARES, Flaviana Rampazzo. Do caminho percorrido pelo Dano Existencial para ser reconhecido como espécie autônoma do gênero “danos imateriais”. **Revista da AJURIS** - v. 39 - n. 127 - Setembro 2012.

Dano pela perda do tempo útil - teoria do desvio produtivo do consumidor

*Francisco Slaviero*¹

O debate acerca do mercado de consumo e os direitos e deveres impostos aos fornecedores e consumidores possui inegável relevância à sociedade, porquanto influencia de forma direta na economia nacional e está presente nas mais comuns até as mais complexas relações de consumo.

O fornecedor tem a missão de injetar neste mercado produtos e serviços que satisfaçam as necessidades dos consumidores. Quando há a inobservância desse dever é imposta ao consumidor uma árdua missão de solucionar os problemas junto ao fornecedor de forma razoável, o que, na maioria das vezes, não ocorre sem um dispêndio de tempo desproporcional.

O tempo ganha excepcional destaque por força de suas características, pois não pode ser parado e seu fluxo não é passível de reversão, sendo irrecuperável. Assim, levando-se em conta o avanço da sociedade moderna e a incansável busca humana pela prosperidade, o tempo livre é cada vez mais escasso.

Para realizar as mais variadas tarefas impostas pela convivência em sociedade o homem abre mão de parcela de seu tempo, o qual, independentemente do resultado obtido, não poderá ser recuperado.

Quando o consumidor se preocupa ou toma consciência da escassez de seu tempo, tende a valorizar mais o ser do que o ter, isto é, a quantia de coisas que se pretende adquirir perde espaço diante da preocupação da

¹ Graduando em Direito pela Faculdade Meridional - IMED/PF.

qualidade e o sentido delas. Desse modo, em qualquer atividade da vida, o desperdício do tempo de forma desproporcional causa inevitável desgosto do ofendido, pois abre mão de um dos bens mais preciosos.

Por vezes ao homem é imposto o desperdício do tempo de forma imponderada, sendo tais atos injustificáveis diante da atual dinâmica social. Oportuno salientar, nessa linha, que tal abusividade ganha destaque nas relações consumeristas, onde o elemento tempo é irrelevante aos fornecedores quando lhes convêm.

A pretensão voltada à aquisição de produto ou serviço que satisfaça sua legítima expectativa é amparada pelo artigo 4, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, o qual visa assegurar ao consumidor a “garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho”.

Portanto, é direito do consumidor adquirir produto ou contratar serviços livres de falhas e, caso isso não ocorra, é seu direito uma atitude ágil do fornecedor com o intento de satisfazer tais vícios ou defeitos. Por certas vezes uma conduta lesiva do fornecedor impõe ao consumidor desviar-se de suas atividades ordinárias objetivando solucionar situações de mau atendimento geradas pelo fornecedor de produtos ou serviços.

O autor Marcos Dessaune é o responsável por desenvolver os estudos acerca da teoria do desvio produtivo do consumidor, cuja tese introduziu na doutrina brasileira a partir do ano de 2011. O fenômeno tem origem quando os fornecedores descumprem a missão de promover o bem-estar do consumidor, empregando práticas abusivas no mercado, atendendo mal, fornecendo produtos ou serviços com defeitos ou vícios e descumprindo a lei, de modo a criarem um problema de consumo em potencial ou que criem danos efetivos (DESSAUNE, 2017, p. 234).

Por vezes o fornecedor acaba não solucionando de forma rápida e efetiva o problema de consumo. Há vezes que sequer tem intenção de lesar o consumidor, mas por despreparo, desatenção ou descaso acaba por fazê-lo, ainda mais quando se trata de profissionais autônomos e pequenas empresas. No entanto, se aproveitando do poder econômico e de

conhecimento, há empresas nacionais e de grande porte que, por má-fé e com o intento de ganhar mais dinheiro, deixam de assumir a responsabilidade que é sua (DESSAUNE, 2017, p. 235). Desse modo, o desvio produtivo do consumidor fica caracterizado quando

[...] o fornecedor cria um problema de consumo potencial ou efetivamente lesivo e não o resolve espontânea, rápida e efetivamente, deixando para o consumidor o custo temporal, operacional e material de fazê-lo. Significa dizer que o fenômeno lesivo em apreço é deflagrado pela prática abusiva do fornecedor omitir, dificultar ou recusar sua responsabilidade pelo problema primitivo, cujos custos e solução ele tenta transferir veladamente para o consumidor. (DESSAUNE, 2017, p. 246).

Marcos Dessaune prossegue dizendo que o desvio produtivo do consumidor

[...] é o fato ou evento danoso que se consuma quando o consumidor em estado de carência e condição de vulnerabilidade, induzido pelo “modus solvendi” abusivo do consumidor, despense tempo vital, adia ou suprime algumas de suas atividades e, muitas vezes, assume deveres e custos do fornecedor. (DESSAUNE, 2017, p. 246).

Evidencia-se que ao empregar o seu tempo a fim de solucionar problemas criados por maus fornecedores, o consumidor sofrerá, ainda que minimamente, a violação do seu tempo produtivo, o qual deixará de ser direcionado na forma que lhe convém.

Diante disso o consumidor se vê obrigado a adiar ou até mesmo suprimir algumas de suas atividades, que normalmente são existenciais, como o estudo, trabalho, descanso, lazer, convívio social e cuidados pessoais (DESSAUNE, 2017, p. 200). Para Marcos Dessaune (2017, p. 193), o tempo vital faz parte da personalidade e merece ampla proteção, em razão da aplicação do princípio da dignidade humana, previsto no art. 1º, III, da CF/1988.

Como afirma Marcos Dessaune, *apud* Anderon Schreiber (2017, p. 191),

[...] embora o Código Civil brasileiro tenha tratado apenas de alguns direitos de personalidade e não tenha tido o cuidado de ressaltar a existência de outros tantos além daqueles que contempla em seus arts. 11 a 21, essa omissão não impede que outras manifestações da personalidade humana sejam consideradas merecedoras de tutela, por força da aplicação direta do art. 1, III, da Constituição.

Verifica-se que o rol de atributos da personalidade do Código Civil não é taxativo, sendo que a [...] “lesão antijurídica ao tempo, que dá suporte à vida, na qualidade de atributo da personalidade tutelado no elenco dos direitos da personalidade, configura um dano titular do direito violado, sujeito à reparação” (DESSAUNE, 2017, p. 193).

Portanto, tratando o tempo como um recurso produtivo finito, pode-se dizer que ocorre um prejuízo ao consumidor quando desperdiça o seu tempo vital, existencial ou produtivo de modo que não deseja (DESSAUNE, 2017, p. 193).

Uma pesquisa empírica realizada por Marcos Dessaune, na faculdade de Vitória/ES, em 2008, demonstrou que quando precisam resolver problemas de consumo criados pelos próprios fornecedores, 33,8% dos respondentes faz desviando-se do trabalho, 21,2% afastando-se dos estudos e 20,7% afastando-se do descanso. Na mesma pesquisa, Dessaune questionou aos entrevistados “o que essas situações de desvio de atividades de desperdício representam”. 7,5% referiram que essas situações representam um “mero dissabor ou um contratempo normal na vida de qualquer pessoa”, enquanto que 92,5% dos entrevistados consideraram que tais situações se tratam de “algum tipo de dano efetivo, que deveria ser punido e/ou indenizado”.

Da pesquisa elaborada pelo autor nota-se a pretensão de ver o mau fornecedor punido por conta de problemas por ele criados e que fazem os consumidores se desviarem de suas atividades existenciais.

A teoria do Desvio Produtivo do Consumidor defende que tais abusos não se tratam de meros aborrecimentos decorrentes da vida em sociedade, uma vez que há dano efetivamente suportado pelo lesado que busca solução para problemas dos quais é vítima.

Para Sérgio Cavalieri Filho (2009, p. 83-84), o mero dissabor está fora da órbita do dano moral, pois faz “[...] parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo”.

No entanto, Dessaune entende que ao enfrentar problemas de consumo criados pelo fornecedor, o consumidor sofre dano moral passível de indenização, sendo que tais circunstâncias ultrapassam a esfera do “mero dissabor ou aborrecimento”.

“O dano extrapatrimonial é ressarcível porque a lesão ao tempo e às atividades cotidianas da pessoa consumidora é real e efetiva, ou seja, há um dano certo; porque esse prejuízo de índole existencial é consequência direta e imediata de um ato desleal e não cooperativo do fornecedor, que leva o consumidor carente e vulnerável a um evento de desvio produtivo, isto é, há um dano imediato; e porque a ofensa ao tempo e às atividades cotidianas da pessoa consumidora, que são respectivamente bem e interesses existências juridicamente relevantes e tutelados, é indevida, ou seja, há um dano injusto” (Marcos Dessaune, 2017, p. 32).

O doutrinador prossegue com sua tese afirmando que

“[...] o conceito de dano moral enfatizaria as consequências emocionais da lesão, enquanto ele já evoluiu para centrar-se no bem ou interesse jurídico atingido; ou seja, o objeto do dano moral era a dor, o sofrimento, a humilhação, o abalo psicofísico, e se tornou qualquer atributo da personalidade humana lesado; (...) nos eventos de desvio produtivo, o principal bem ou interesse jurídico atingido seria a integridade psicofísica da pessoa consumidora, enquanto, na realidade, são o seu tempo e as suas atividades cotidianas; (...) é que esse tempo não seria juridicamente tutelado, enquanto, a prior, ele se mostra resguardado no elenco dos direitos da personalidade. Por conseguinte o lógico seria concluir que as situações do desvio produtivo do consumidor acarretam, no mínimo, dano moral indenizável [...]” (Marcos Dessaune, p. 135-136).

O dano extrapatrimonial deixou de ser visto como o sofrimento, abalo físico e humilhação e passou a ser qualquer atributo da personalidade do

ofendido. O autor prossegue explicando que o bem jurídico atingido nos casos de desvio produtivo é o tempo vital e as atividades existenciais do consumidor e não a sua integridade psicofísica. Outrossim, que o tempo existencial possui amparo no rol exemplificativo dos direitos da personalidade e no âmbito do direito fundamental à vida (DESSAUNE, 2017, p. 276).

O autor afirma que o evento de desvio produtivo configura ao consumidor um dano de natureza existencial, pois:

[...] o tempo é um recurso produtivo limitado que não pode ser acumulado nem recuperado ao longo da vida das pessoas; e ninguém pode realizar, simultaneamente, duas ou mais atividades de natureza incompatível ou fisicamente excludentes, do que resulta que uma atividade preterida no presente, em regra, só poderá ser realizada no futuro suprimindo-se de outra atividade. Ou seja, o dano em questão resulta da lesão ao tempo vital do consumidor que, enquanto bem econômico escasso e inacumulável, nessa situação sofre um desperdício irrecuperável; do mesmo modo, tal dano decorre da lesão a qualquer atividade planejada ou desejada do consumidor que, enquanto interesse existencial suscetível de prejuízo quando deslocado no tempo, nessas circunstâncias sofre uma alteração danosa inevitável.” (DESSAUNE, 2017, p. 276).

Desse modo, para que haja a configuração da responsabilidade civil por desvio produtivo do consumidor, que em regra é objetiva, há que se preencher alguns requisitos, segundo a doutrina do autor Marcos Dessaune.

O primeiro deles é a existência de um “problema de consumo potencial ou efetivamente danoso ao consumidor”. Este requisito é obrigatório e é:

representado pelo fornecimento de um produto ou serviço com vício ou defeito ou pelo emprego de uma prática abusiva no mercado de consumo, o que enseja a responsabilidade civil do fornecedor de sanar o problema ou indenizar o consumidor espontânea, rápida e efetivamente. (DESSAUNE, 2017, p. 250).

O segundo pressuposto obrigatório é “a prática abusiva do fornecedor se esquivar da responsabilidade pelo problema de consumo”. Para Marcos Dessaune, esse requisito é caracterizado pelo

[...] “*modus solvendi* veladamente imposto pelo fornecedor de se valer das mais variadas justificativas ou artifícios para atenuar, impossibilitar ou exonerar sua responsabilidade pelo problema de consumo potencial ou efetivamente lesivo que ele mesmo criou. (DESSAUNE, 2017, p. 250)

Outro requisito obrigatório trata-se do “fato ou evento danoso de desvio produtivo do consumidor”, cujo pressuposto é representado

[...] pelo dispêndio do tempo vital do consumidor, pelo adiamento ou supressão das suas atividades existenciais planejadas ou desejadas, pelo desvio de suas competências dessas atividades e, muitas vezes, pela assunção de deveres e custos do fornecedor, seja porque não há solução imediatamente ao alcance para o problema, seja para buscar a solução que na hora se apresenta possível, seja para evitar o prejuízo que poderá advir, seja para conseguir a reparação dos danos que o problema causou, conforme o caso. (DESSAUNE, 2017, p. 250)

O quarto pressuposto obrigatório para a configuração da responsabilidade civil por desvio produtivo do consumidor diz respeito à “relação de causalidade existente entre a prática abusiva do fornecedor e o evento danoso dela resultante”, a qual Marcos Dessaune (2017, p. 250) afirma que é representada pela “esquiva abusiva do fornecedor de se responsabilizar pelo problema de consumo primitivo, que causa diretamente o evento do desvio produtivo do consumidor”.

Um dos mais importantes requisitos é a existência de um “dano extrapatrimonial de natureza existencial sofrido pelo consumidor”. Tal pressuposto é conceituado como:

[...] perda definitiva de uma parcela do tempo total de vida do consumidor, pela alteração prejudicial do seu cotidiano ou do seu projeto de vida e pela instalação em sua vida de um período de inatividade existencial, o que evidencia a lesão antijurídica ao tempo existencial e à vida digna da pessoa consumidora; esse bem e esse interesse jurídicos, respectivamente, estão sintetizados na expressão existência digna e tutelados no âmbito do direito fundamental à vida, que por sua vez é sustentando pelo valor supremo da dignidade humana; o tempo vital, existencial ou produtivo, enquanto suporte

implícito da própria vida, também é um atributo da personalidade protegido no elenco exemplificativo dos direitos da personalidade; na perspectiva da melhor doutrina atual, a lesão antijurídica ao tempo que dá suporte à vida, enquanto atributo da personalidade humana, caracteriza o dano moral, ao passo que a lesão antijurídica às atividades existenciais da pessoa consumidora configura o dano existencial; ocorre que a vida, que dura certo tempo e nele se desenvolve, constitui-se das próprias atividades existenciais que nela se sucedem; conseqüentemente um evento de desvio produtivo traz como resultado para o consumidor, acima de tudo, um dano existencial, que, sendo certo, imediato e injusto, é indenizável *in re ipsa*. (DESSAUNE, 2017, p. 250-251).

O “dano emergente e/ou lucro cessante sofrido pelo consumidor” é o sexto requisito. É, no entanto, facultativo para a configuração da responsabilidade civil por desvio produtivo do consumidor. Segundo Dessaune (2017, p. 251), esse pressuposto é representado pela “diminuição patrimonial efetiva sofrida pelo consumidor ao assumir os deveres operacionais e custos materiais que o CDC impõe exclusivamente ao fornecedor”.

Há outro pressuposto facultativo, o qual consiste em um “dano coletivo”, o qual lesiona direitos individuais homogêneos (DESSAUNE, 2017, p. 251).

Portanto, demonstrados estes requisitos, verifica-se a necessidade de responsabilizar o fornecedor pelo desvio produtivo do consumidor, o qual deve responder, em regra, de forma objetiva. Em se tratando de profissional liberal, no entanto, deverá ser comprovada a existência do elemento culpa, consoante exigência do artigo 14, parágrafo 4, do CDC.

Infere-se que a teoria do desvio produtivo do consumidor não tem por objetivo banalizar situações infortunas do cotidiano, pois busca a reparação pelo tempo gasto em situações causadas pela omissão, despreparo e desídia do fornecedor, situações estas que devem ser desproporcionais, desarrazoadas ou intoleráveis. Paulatinamente o tema “desvio produtivo do consumidor” foi sendo objeto de debate nos tribunais e verifica-se uma nascente jurisprudencial.

Foi a partir do ano de 2011 que o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do AgRg no AREsp 60866/RS, de relatoria da ministra Maria Isabel Gallotti, admitiu indenização por dano moral no caso específico em que o consumidor despendeu significativo tempo para tentar solucionar vícios apresentados em seu veículo novo adquirido junto à concessionária.

Ao julgar o REsp 1218497 MT 2010/0184336-9, de relatoria do Ministro Sidnei Beneti o STJ reconheceu que houve dano moral indenizável porque restou provado que a consumidora, no dia do fato, estava com a saúde debilitada e ficou esperando, em pé, durante muito mais tempo do que a lei local estabelecia, sem que houvesse um banheiro que ela pudesse utilizar. A indenização foi fixada em R\$ 3.000,00.

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ESPERA EM FILA DE BANCO POR MAIS DE UMA HORA. TEMPO SUPERIOR AO FIXADO POR LEGISLAÇÃO LOCAL. INSUFICIÊNCIA DA SÓ INVOCAÇÃO LEGISLATIVA ALUDIDA. PADECIMENTO MORAL, CONTUDO, EXPRESSAMENTE ASSINALADO PELA SENTENÇA E PELO ACÓRDÃO, CONSTITUINDO FUNDAMENTO FÁTICO INALTERÁVEL POR ESTA CORTE (SÚMULA 7/STJ). INDENIZAÇÃO DE R\$ 3.000,00, CORRIGIDA DESDE A DATA DO ATO DANOSO (SÚMULA 54/STJ). 1.- A espera por atendimento em fila de banco quando excessiva ou associada a outros constrangimentos, e reconhecida faticamente como provocadora de sofrimento moral, enseja condenação por dano moral. 2.- A só invocação de legislação municipal ou estadual que estabelece tempo máximo de espera em fila de banco não é suficiente para desejar o direito à indenização, pois dirige a sanções administrativas, que podem ser provocadas pelo usuário. 3.- Reconhecidas, pela sentença e pelo Acórdão, as circunstâncias fáticas do padecimento moral, prevalece o julgamento da origem (Súmula 7/STJ). 4.- Mantém-se, por razoável, o valor de 3.000,00, para desestímulo à conduta, corrigido monetariamente desde a data do evento danoso (Súmula 54/STJ), ante as forças econômicas do banco responsável e, inclusive, para desestímulo à recorribilidade, de menor monta, antealudidas forças econômicas. 5.- Recurso Especial improvido. (STJ - REsp: 1218497 MT 2010/0184336-9, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 11/09/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/09/2012).

Em outra situação, o STJ reconheceu que houve dano moral na hipótese em que o consumidor ficou aguardando 2ho7m para ser atendido na agência bancária. O STJ afirmou que tal período de tempo configura uma espera excessiva, que é causa de danos extrapatrimoniais. A indenização foi fixada em R\$ 5.000,00.

CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ESPERA EM FILA DE BANCO. LEGISLAÇÃO LOCAL. PERÍODO EXCESSIVO PARA RECEBER ATENDIMENTO. CONFIGURAÇÃO. 1. Ação ajuizada em 16/08/2013. Recurso especial interposto em 12/08/2015 e distribuído a este gabinete em 25/08/2016. 2. Danos morais: grave ofensa à personalidade. Precedentes. 3. A mera invocação de legislação municipal que estabelece tempo máximo de espera em fila de banco não é suficiente para ensejar o direito à indenização. Precedentes. 4. Contudo, a espera por atendimento em fila de banco quando excessiva ou associada a outros constrangimentos pode causar danos morais. 5. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1662808 MT 2016/0075262-3, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 02/05/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/05/2017).

O mais recente precedente é exarado por meio do REsp 1737412/SE, oriundo da terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 05/02/2019, de relatoria da ministra Nancy Andrighi.

No caso em comento a Defensoria Pública do Estado de Sergipe aforou ação coletiva de consumo em face do Banco do Estado de Sergipe S/A postulando o cumprimento das regras de atendimento presencial em suas agências bancárias relacionadas ao tempo máximo de espera em filas, à disponibilização de sanitários e ao oferecimento de assentos a pessoas com dificuldades de locomoção, além da compensação dos danos morais coletivos causados pelo não cumprimento de referidas obrigações.

O propósito recursal era determinar se o descumprimento de normas municipais e federais que estabelecem parâmetros para a adequada prestação do serviço de atendimento presencial em agências bancárias é capaz de configurar dano moral de natureza coletiva.

Em seu brilhante voto a ministra Nancy Andriighi afirmou que “o dever de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho que é atribuído aos fornecedores de produtos e serviços pelo art. 4º, II, d, do CDC, tem um conteúdo coletivo implícito, uma função social, relacionada à otimização e ao máximo aproveitamento dos recursos produtivos disponíveis na sociedade, entre eles, o tempo”.

A eminente ministra também consignou em seu voto que “o desrespeito voluntário das garantias legais, com o nítido intuito de otimizar o lucro em prejuízo da qualidade do serviço, revela ofensa aos deveres anexos ao princípio boa-fé objetiva e configura lesão injusta e intolerável à função social da atividade produtiva e à proteção do tempo útil do consumidor”, conforme se pode extrair do julgado do Tribunal da Cidadania:

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. TEMPO DE ATENDIMENTO PRESENCIAL EM AGÊNCIAS BANCÁRIAS. DEVER DE QUALIDADE, SEGURANÇA, DURABILIDADE E DESEMPENHO. ART. 4º, II, "D", DO CDC. FUNÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE PRODUTIVA. MÁXIMO APROVEITAMENTO DOS RECURSOS PRODUTIVOS. TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR. DANO MORAL COLETIVO. OFENSA INJUSTA E INTOLERÁVEL. VALORES ESSENCIAIS DA SOCIEDADE. FUNÇÕES. PUNITIVA, REPRESSIVA E REDISTRIBUTIVA. 1. Cuida-se de coletiva de consumo, por meio da qual a recorrente requereu a condenação do recorrido ao cumprimento das regras de atendimento presencial em suas agências bancárias relacionadas ao tempo máximo de espera em filas, à disponibilização de sanitários e ao oferecimento de assentos a pessoas com dificuldades de locomoção, além da compensação dos danos morais coletivos causados pelo não cumprimento de referidas obrigações. 2. Recurso especial interposto em: 23/03/2016; conclusos ao gabinete em: 11/04/2017; julgamento: CPC/73. 3. O propósito recursal é determinar se o descumprimento de normas municipais e federais que estabelecem parâmetros para a adequada prestação do serviço de atendimento presencial em agências bancárias é capaz de configurar dano moral de natureza coletiva. 4. O dano moral coletivo é espécie autônoma de dano que está relacionada à integridade psico-física da coletividade, bem de natureza estritamente transindividual e que, portanto, não se identifica com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), amparados

pelos danos morais individuais. 5. O dano moral coletivo não se confunde com o somatório das lesões extrapatrimoniais singulares, por isso não se submete ao princípio da reparação integral (art. 944, caput, do CC/02), cumprindo, ademais, funções específicas. 6. No dano moral coletivo, a função punitiva - sancionamento exemplar ao ofensor - é, aliada ao caráter preventivo - de inibição da reiteração da prática ilícita - e ao princípio da vedação do enriquecimento ilícito do agente, a fim de que o eventual proveito patrimonial obtido com a prática do ato irregular seja revertido em favor da sociedade. 7. O dever de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho que é atribuído aos fornecedores de produtos e serviços pelo art. 4º, II, d, do CDC, tem um conteúdo coletivo implícito, uma função social, relacionada à otimização e ao máximo aproveitamento dos recursos produtivos disponíveis na sociedade, entre eles, o tempo. 8. O desrespeito voluntário das garantias legais, com o nítido intuito de otimizar o lucro em prejuízo da qualidade do serviço, revela ofensa aos deveres anexos ao princípio boa-fé objetiva e configura lesão injusta e intolerável à função social da atividade produtiva e à proteção do tempo útil do consumidor. 9. Na hipótese concreta, a instituição financeira recorrida optou por não adequar seu serviço aos padrões de qualidade previstos em lei municipal e federal, impondo à sociedade o desperdício de tempo útil e acarretando violação injusta e intolerável ao interesse social de máximo aproveitamento dos recursos produtivos, o que é suficiente para a configuração do dano moral coletivo. 10. Recurso especial provido. (REsp 1737412/SE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 08/02/2019).

O julgamento acima colacionado ganhou destaque inclusive no informativo de jurisprudência nº 0641 do STJ, publicado em 01/03/2019 no qual ficou registrado que o descumprimento de normas municipais e federais que estabelecem parâmetros para a adequada prestação do serviço de atendimento presencial em agências bancárias, gerando a perda do tempo útil do consumidor, é capaz de configurar dano moral de natureza coletiva.

Em 05/03/2018, Marcos Dessaune realizou uma pesquisa quantitativa de jurisprudência no site de todos os Tribunais de Justiça brasileiros, a qual revelou que 20 tribunais estaduais e 1.785 acórdãos já estavam aplicando expressamente a Teoria do Desvio Produtivo nos julgamentos:

Sigla do tribunal	Quantidade de acórdãos encontrados
TJSP	905
TJAM	271
TJSE	136
TJPR	94
TJMG	83
TJRJ	69
TJPE	57
TJRS	40
TJSC	28
TJMT	22
TJRO	21
TJDFT	20
TJMA	15
TJMS	10
TJBA	09
TJAC	01
TJAL	01
TJPA	01
TJGO	01
TJTO	01
Total de tribunais	Total de acórdãos encontrados
20	1785

Figura 1 Relação tribunais X decisões sobre desvio produtivo do consumidor²

Em 31/05/2019 foi realizada nova pesquisa quantitativa de jurisprudência junto ao site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, momento em que se procurou por “desvio produtivo do consumidor” no mecanismo de busca. O resultado da pesquisa apontou 77 acórdãos que abordaram o tema “desvio produtivo do consumidor”.

Revela-se que em pouco mais de um ano desde a pesquisa realizada pelo autor Marcos Dessaune os acórdãos que trataram sobre o tema do desvio produtivo do consumidor quase duplicaram. Verifica-se, portanto, uma adesão dos tribunais à aplicabilidade da teoria do desvio produtivo do consumidor, não obstante ainda se tenha parte da jurisprudência se posicionando no sentido de que ao enfrentar problemas criados pelos fornecedores o consumidor estaria sujeito apenas a um “mero dissabor, aborrecimento, percalço ou contratempo normal na vida” e que tais condutas não são aptas a configurar dano extrapatrimonial passível de indenização.

² Disponível em <http://www.marcosdessaune.com.br>. Acesso em 09 de maio de 2019.

Segundo dados do Anuário da Justiça Rio de Janeiro 2019, disponibilizados no site “O Globo”, entre 2014 e 2018, o número de sentenças no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que fixaram indenização aos consumidores pelas horas gastas para resolver conflitos criados por fornecedores aumentou em 1.400%.

Como visto os tribunais pouco a pouco vêm reconhecendo a possibilidade de responsabilização civil em face do desvio dos recursos produtivos do consumidor, medida que auxilia na expansão da tutela dos direitos dos consumidores e desmotiva tal prática recorrente por parte nos fornecedores.

Referências

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor.**

Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 22 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Jurisprudência.** Disponível

em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=%22desvio+produtivo+do+consumidor%22&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=desvio+produtivo+do+consumidor&site=juris&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 31 maio 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 8. ed. ver. e ampl. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

DESSAUNE, Marcos. **Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada.** 2. ed. ver. e ampl. Vitória: edição especial do autor, 2017.

NÓBREGA, Bárbara. Empresas pagam por tempo ‘roubado’ de clientes que tentam resolver problemas. **O Globo**, 2019. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/empresas-pagam-por-tempo-roubado-de-clientes-quetentam-resolver-problemas-23642826>>. Acesso em: 07 mai. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1737412/SE 2019**. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento 05/02/2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=91900399&num_registro=201700670718&data=20190208&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 08 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1218497 MT 2010/0184336-9**. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Data do julgamento 17/09/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1177343&num_registro=201001843369&data=20120917&formato=PDF>. Acesso em: 08 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1662808 MT 2016/0075262-3**. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento 05/05/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=159875&num_registro=201600752623&data=20170505&formato=PDF>. Acesso em 08/05/2019.

Dano cultural

*Tamiris A. Gervasoni*¹

O conceito de cultura tem sido objeto de estudo de inúmeras áreas do conhecimento moderno², desenvolvido há séculos, desde as sociedades consideradas primitivas até a atualidade, a cultura é elemento sempre presente em qualquer sociedade. Distante de sua etimologia, o conceito de cultura transformou-se contemporaneamente a partir do século XVIII, no período iluminista³, transmitindo daí a noção de vida civil e política, como espécie de padrão ou critério de civilização (CHAUI, 2008, p. 55). Em tal contexto, cultura passou a ser compreendida como um conjunto de práticas, costumes e tradições que pautavam a vida de determinado grupo diante de valores reconhecidos.

Tal perspectiva de cultura introduz a noção de evolução e progresso na análise de diferentes grupos e sociedades, com um teor altamente ideológico e eurocêntrico no conceito iluminista de cultura, já que o padrão

¹ Mestra em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Graduada em Direito pela mesma instituição. Professora do Curso de Direito da Antonio Meneghetti Faculdade - AMF. Graduação em psicologia em andamento na Faculdade Meridional - IMED.

² Na antropologia, área que se dedica aos estudos do homem e suas relações culturais, a primeira da tentativa de conceituar “cultura” foi em 1871, quando “Tylor definiu cultura como sendo todo o comportamento aprendido, tudo aquilo que independe de uma transmissão genética, como diríamos hoje” (LARAIA, 2001, p. 32).

³ “Vinda do verbo latino *colere*, na origem cultura significa o cultivo, o cuidado. Inicialmente, era o cultivo e o cuidado com a terra, donde agricultura, com as crianças, donde puericultura, e com os deuses e o sagrado, donde culto. Como cultivo, a cultura era concebida como uma ação que conduz à plena realização das potencialidades de alguma coisa ou de alguém; era fazer brotar, frutificar, florescer e cobrir de benefícios. No correr da história do ocidente, esse sentido foi-se perdendo até que, no século XVIII, com a Filosofia da Ilustração, a palavra cultura ressurgiu, mas como sinônimo de um outro conceito, torna-se sinônimo de civilização. Sabemos que civilização deriva-se de *idéia* [sic] de vida civil, portanto, de vida política e de regime político. Com o Iluminismo, a cultura é o padrão ou o critério que mede o grau de civilização de uma sociedade” (CHAUI, 2008, p. 55).

a ser seguido como modelo ideal nas comparações culturais era o europeu capitalista, tido como exemplo de cultura desenvolvida e civilizada. Assim, de acordo com a presença de elementos específicos⁴ “próprios do ocidente capitalista e a ausência desses elementos foi considerada sinal de falta de cultura ou de uma cultura pouco evoluída” (CHAUI, 2008, p. 56).

Com o passar do tempo, da segunda metade do século XX em diante, os antropólogos começaram a abandonar essa compreensão extremamente ocidentalizada e hegemônica sobre cultura⁵, considerando-a, então, como algo mais simbólico e histórico, construído e valorizado por cada grupo em determinado espaço e tempo. Assim, o termo cultura passou a abranger uma série de novos elementos antes ignorados em sua estrutura conceitual e própria (im)compreensão, possibilitando ser (res)significada por cada grupo ou sociedade de acordo com suas individualidades.

Desse modo, cultura pode estar representada na própria comunicação, linguagem, vestimentas, tradições, sexualidade, religião, gastronomia, música, arquitetura, folclore, noções de amor, família, vida, morte, meio ambiente, dentre tantos outros elementos que constituem os valores a *habitus* das sociedades. Tais características étnicas darão contorno à cultura de um povo, construída por suas práticas, costumes e tradições. É por meio da cultura que cada grupo social irá se comportar, pensar e sentir, construído seus códigos, regras e símbolos, consolidando um imaginário social coletivo, já que, a cultura de grupo será compartilhada coletivamente por seus membros.

Do sentido extraído de seu próprio conceito, percebe-se a importância da cultura para uma sociedade, haja que vista que esta

⁴ “Que elementos são esses? O Estado, o mercado e a escrita. Todas as sociedades que desenvolvessem formas de troca, comunicação e poder diferentes do mercado, da escrita e do Estado europeu, foram definidas como culturas “primitivas”. Em outras palavras, foi introduzido um conceito de valor para distinguir as formas culturais. A noção do primitivo só pode ser elaborada se for determinada pela figura do não-primitivo, portanto pela figura daquele que realizou a “evolução” (CHAUI, 2008, p. 56).

⁵ “É essa concepção ampliada da cultura que, finalmente, será incorporada a partir da segunda metade do século XX, pelos antropólogos europeus. Seja por terem uma formação marxista, seja por terem um profundo sentimento de culpa, buscarão desfazer a ideologia etnocêntrica e imperialista da cultura [...]” (CHAUI, 2008, p. 57).

consolida e transmite historicamente valores considerados importantes. Tal relevância é muitas vezes reconhecida concretamente através da simbologia inserida na construção de monumentos históricos, no significado mitológico atribuído a rios, árvores ou região natural, em determinada manifestação em período específico do ano, em pinturas e esculturas, entre outras possíveis construções humanas. Daí emerge a ideia de patrimônio cultural⁶, a partir do conjunto de manifestações, crenças, bens, costumes, tradições (materiais e imateriais) que são reconhecidos historicamente com profundo significado simbólico e representativo de um povo de determinada região/país/comunidade.

No cenário jurídico brasileiro, diante do reconhecimento do valor da cultura e do respectivo patrimônio cultural, inúmeros dispositivos tratam deste tema, inclusive a própria Constituição Federal de 1988. No artigo 23, inciso III, do texto constitucional⁷, fica determinada a competência de todos os entes federativos quanto à proteção do patrimônio cultural brasileiro, sendo que na seção II da Constituição, reservada especialmente para abordar a temática cultural, determinou-se em seu artigo 216 a própria definição de patrimônio cultural para o ordenamento jurídico:

Art. 216. Constituem **patrimônio cultural brasileiro** os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores

⁶ Observa-se que existem diferentes sentido para o conceito de patrimônio cultural, ainda que não sejam aprofundando neste trabalho, não desconsidera-se sua importância: “As línguas românicas usam termos derivadas do latim *patrimonium* para se referir à “propriedade herdada do pai ou dos antepassados, uma herança”. Os alemães usam *Denkmalpflege*, “o cuidado dos monumentos, daquilo que nos faz pensar”, enquanto o inglês adotou *heritage*, na origem restrito “aquilo que foi ou pode ser herdado” mas que, pelo mesmo processo de generalização que afectou as línguas românicas e seu uso dos derivados de *patrimonium*, também passou a ser usado como uma referência aos monumentos herdados das gerações anteriores. Em todas estas expressões, há sempre uma referência à lembrança, *moneo* (em latim, “levar a pensar”, presente tanto em *patrimonium* como em *monumentum*), *Denkmal* (em alemão, *denken* significa “pensar”) e aos antepassados, implícitos na “herança”. Ao lado destes termos subjectivos e afectivos, que ligam as pessoas aos seus reais ou supostos precursores, há, também, uma definição mais económica e jurídica, “propriedade cultural”, comum nas línguas românicas (cf. em italiano, *beni culturali*), o que implica um liame menos pessoal entre o monumento e a sociedade, de tal forma que pode ser considerada uma ‘propriedade’. Como a própria definição de “propriedade” é política, “a propriedade cultural é sempre uma questão política, não teórica” [...]” (FUNARI, 2001, p. 23).

⁷ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológico”. (BRASIL, 1988).

da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. (BRASIL, 1988).

Além disso, ainda na seção II da Constituição Federal de 1988, está expressamente disposto os fundamentos e organização do Sistema Nacional de Cultura, com diretrizes e orientações para promoção cultural e preservação do patrimônio cultural brasileiro. Todavia, caso não ocorra tal preservação, mas ao contrário, haja deterioração ou destruição do patrimônio cultural, o texto constitucional previu em seu artigo 5º, inciso LXXIII, a possibilidade de qualquer cidadão propor uma ação popular com o objetivo de anular possível ato lesivo⁸. Não obstante, caso o ato lesivo já tenha ocasionado danos ao patrimônio cultural, existem outras possibilidades jurídicas a partir da ideia de responsabilização civil.

Ao verificar-se a ocorrência de ato lesivo ao patrimônio cultural, em termos de responsabilidade civil, estar-se-á tratando de um dano moral coletivo, já que um dano cultural, ou ao patrimônio cultural, atinge uma coletividade de indivíduos com interesses e valores comuns representados imaterialmente na cultura lesionada (BLANK, 2013, p. 81). Tal violação danosa ao patrimônio cultural afeta valores intangíveis e imateriais de uma comunidade, representados e significados no valor cultural compartilhado coletivamente. Desta forma, ao evidenciar-se um dano cultural, constitui-se também um dano moral coletivo, pois a moral de uma coletividade é lesionada, atingido seus valores, sua identidade e memória.⁹ Outrossim, ainda quanto à caracterização jurídica do dano

⁸ “Art. 5º. LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência” (BRASIL, 1988).

⁹ “O patrimônio cultural de um povo pode ser compreendido como uma seleção de emblemas relevantes ou essenciais de uma determinada comunidade, que reforça identidades, promove solidariedade, recupera memórias, ritualiza sociabilidades, destaca bens culturais e transmite legados para o futuro”. (MIRANDA, 2018).

cultural, tem-se que tal dano viola a fruição de um patrimônio cultural e histórico garantido constitucionalmente, que constitui um direito fundamental intergeracional, difuso e indisponível de terceira geração (dimensão)¹⁰.

Não obstante, destaca-se que o patrimônio histórico e cultural brasileiro não fica adstrito ao seu local de presença mesmo quando tratar-se de bem tangível, logo, não pertence ao município, região ou estado, mas integra um bem coletivo nacional, que represente uma identidade e memória que constituem a história brasileira, ainda que mais significativa para determinados grupos (BLANK, 2012, p. 34). Destarte, o patrimônio cultural, enquanto direito difuso, deve ser observado tanto pelo Poder Público, como pelos particulares, sendo que qualquer conduta degradante ou lesiva ao patrimônio cultural, seja realizada pelo Estado ou por qualquer cidadão, será passível de ação judicial para reparação do dano cultural, no sentido de recuperar os danos reversíveis e compensar os danos irrecuperáveis e/ou indenização em dinheiro, sem olvidar os danos morais coletivos advindos inerentes ao dano cultural.

Desta forma, aquele que de qualquer maneira contribuir ou efetuar conduta causadora de dano ao patrimônio cultural, constituindo daí um dano cultural, por força da responsabilidade civil, deverá, obrigatoriamente, reparar tal dano, “prioritariamente fazendo o patrimônio retornar ao estado anterior e, em caso de impossibilidade técnica de recuperação do bem, parcial ou total, tornando-se irreversíveis os danos causados, caberá a compensação pelos danos irrecuperáveis ou indenização em dinheiro” (BLANK, 2013, p. 82). Observa-se que tal reparação não exclui a possibilidade de indenização por danos morais coletivos¹¹.

¹⁰ “[...] a fruição de um patrimônio cultural hígido é corolário da própria dignidade da pessoa humana e da cidadania (fundamentos da República Federativa do Brasil) e constitui direito fundamental de terceira geração, sendo incontestado que a tutela desse direito satisfaz a humanidade como um todo (direito difuso), na medida em que preserva a sua memória e seus valores, assegurando a sua transmissão às gerações futuras” (MIRANDA, 2018).

¹¹ “[...] o sujeito que deteriora bens de valor cultural pode ser absolvido no juízo criminal em face da prática de um fato inicialmente considerado delituoso e, todavia, ser obrigado à reparação do dano no juízo cível. O agente, da mesma forma, pode ser civilmente obrigado à reparação do dano, muito embora o fato causador da lesão seja

Em observação a possibilidade de responsabilização civil no caso de dano cultural, é necessário que haja nexos causal entre o ato realizado e o dano a partir dele causado sobre o patrimônio cultural praticado pelo agente, seja por ação ou omissão, haverá obrigatoriedade de reparação. A discussão que paira sobre tal temática refere-se a viabilidade, ou não, de aplicação da responsabilidade civil objetiva em relação ao dano cultural, muito em vista das seguintes implicações: “a) irrelevância da intenção danosa; b) irrelevância da mensuração do subjetivismo; c) irrelevância da licitude da atividade; e d) inaplicabilidade do caso fortuito e da força maior como excludentes de responsabilidade” (BLANCK, 2012, p. 63).

Sobre tal celeuma, o ordenamento jurídico brasileiro, na Lei 6.938/81¹² (Política Nacional do Meio Ambiente) determina no artigo 14, §1º, que os danos causados ao meio ambiente serão indenizados e reparados independentemente de culpa do agente, logo, evidencia-se como regra geral a aplicação da responsabilidade civil objetiva. Observa-se aqui a importância de reconhecer que, a despeito de não haver menção expressa ao dano cultural, o ordenamento jurídico, a prática jurídica brasileira bem como a doutrina, não realizam uma divisão da proteção legal sobre o dano cultural e o dano ambiental, ainda que hajam institutos que os representem por vezes de modo individual (como faz a Constituição Federal de 1988).

Desta forma, a supracitada lei de Política Nacional do Meio Ambiente, ainda que não apresente posicionamento explícito, alcança a proteção do

penalmente atípico. Por isso, via de regra a responsabilidade do ofensor em uma esfera não implica a responsabilidade em outra” (BLANK, 2013, p. 83).

¹² “Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: I - à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTNs, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a sua cobrança pela União se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios. II - à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público; III - à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito; IV - à suspensão de sua atividade. § 1º - **Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa**, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente”. (Grifo nosso) (BRASIL, 1981).

patrimônio histórico e cultural brasileiro, aplicando a lógica da responsabilidade civil aos danos culturais, pois, reitera-se, “o meio ambiente e o patrimônio cultural são proposições incindíveis sob a ótica do direito” (BLANK, 2012, p. 35), abrangendo todo o ecossistema de interação e diversidade da vida humana e sociocultural. Essa interpretação sobre a presente temática encontra respaldo doutrinário e jurisprudencial pelo próprio Supremo Tribunal Federal (STF)¹³.

No sentido de atestar de maneira ainda mais precisa a conexão entre cultura e meio ambiente, pode-se descrever que: o legislador constituinte incluiu os sítios de valor ecológico e paisagístico (que, de início, seriam apenas bens naturais) como integrantes do patrimônio cultural do Brasil (artigo 216, inciso VI, da CF/1988); o Decreto-lei n° 25/1937, que organiza a defesa do patrimônio histórico e artístico nacional, viabiliza o tombamento (que é um instrumento de proteção cultural) de monumentos, sítios e paisagens dotados pela natureza de feições notáveis (artigo 1°, parágrafo 2°). Ainda, a Lei de Crimes Ambientais traz uma seção cuidando especificamente dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural (artigos 62 a 656 da Lei n° 9.605/1998), bem como o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) tem como um de seus propósitos “[...] proteger as características relevantes de natureza geológica, geomorfológica, espeleológica, arqueológica, paleontológica e cultural” (artigo 4°, inciso VII, da Lei n° 9.985/2000). (BLANK, 2012, p. 36-37).

Diante dessa perspectiva, constituindo um dano cultural, o nexo de causalidade entre o ato e o dano já são suficientes para que haja responsabilização civil (objetiva) do agente, seja de conduta ilícita ou de atividade de risco. Registre-se a existência de posicionamento jurisprudencial pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), reconhecendo a aplicação da responsabilidade civil objetiva aos danos cometidos contra o patrimônio cultural, especialmente quando decorrentes de um dano ambiental que também representa dano ao patrimônio cultural.

¹³ [...] a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral [...] (BRASIL, 2005, p. 36).

MEIO AMBIENTE. **Patrimônio cultural.** Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao **meio ambiente cultural** (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. [...] em se tratando de dano ambiental, tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm entendido que **a responsabilidade expressa no artigo 14, §1º, da Lei 6.938/81 é objetiva, logo, independe da comprovação de culpa.** (BRASIL, 2002b, p. 1/3).

Neste sentido, a responsabilidade objetiva em relação aos danos culturais para além da observação do artigo 14, §1º, da Lei 6.938/81 (Polícia Nacional do Meio Ambiente) e da teoria do risco integral¹⁴ (artigo 927¹⁵ do Código Civil de 2002), está alinhado ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o qual tem sido aplicado desde o ano de 2002 até à atualidade.

Referências

BLANK, Dionis Mauri Penning. A judicialização do dano moral coletivo do patrimônio cultural. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.10, n.20, Julho/Dezembro de 2013, p. 79-110.

BLANK, Dionis Mauri Penning. **Possibilidade jurídica de dano moral coletivo pela destruição de bens culturais:** exame da jurisprudência estadual brasileira. Dissertação. 94f. Programa de Pós-Graduação em Memória Social e Patrimônio Cultural da Universidade Federal de Pelotas – UFPEL. 2012.

¹⁴ “A teoria do risco integral é a mais enérgica e aceita jurisprudencialmente, porque a reparação do dano é devida somente pelo fato de existir a atividade da qual adveio o dano, não admitindo excludentes de responsabilidade como a força maior, o caso fortuito, a ação da própria vítima ou de terceiros.” (BLANK, 2012, p. 64).

¹⁵ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (BRASIL, 2002a).

BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Política Nacional do Meio Ambiente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 115599/RS.** Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 27 de junho de 2002b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3540 MC/DF – Distrito Federal, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade.** Relator: Min. Celso de Mello, Julgamento em 01/09/2005, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3540-MC.pdf>>. Acesso em: 15 jan. de 2019.

CHAUI, Marilena. Cultura e democracia. **Crítica y Emancipación**, v. 1, p. 53-76, junho de 2008.

FUNARI, Pedro Paulo A. Os desafios da destruição e conservação do Patrimônio Cultural no Brasil. **Trabalhos de Antropologia e Etnologia**, Porto, n. 41, 2001, 23-32.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico.** 14. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Direito à reparação de danos ao patrimônio cultural é imprescritível.** Conjur. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-02/direito-reparacao-danos-patrimonio-cultural-imprescritivel>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

Dano à imagem e à privacidade

*Vinícius Borges Fortes*¹

*Diogo Dal Magro*²

A primeira diretiva a ser analisada no que concerne ao dano à imagem e à privacidade, seja no espaço físico, seja na internet, é analisar as disposições legais que tutelam a proteção desses direitos. Assim sendo, a Constituição Federal de 1988, em seu rol de direitos e garantias fundamentais presentes no artigo 5^o³, trouxe, no inciso X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Depreende-se que, já no texto da Constituição Federal há previsão expressa para a proteção do dano, seja moral ou material, em caso de ofensa à intimidade, à vida privada e à imagem da pessoa. Entretanto, é

¹ Pós-Doutor em Direito pela VUB - Vrije Universiteit Brussel (Bélgica). Doutor em Direito pela UNESA/RJ, linha de pesquisa “Direitos Fundamentais e Novos Direitos”, Mestre em Direito pela UCS/RS. Coordenador e Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado em Direito da IMED - Faculdade Meridional. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito e Desenvolvimento, certificado pela IMED e pelo CNPq. Pesquisador visitante na Universidad de Zaragoza (Espanha) (2014-2015). Professor visitante na VUB - Vrije Universiteit Brussel (Bélgica), no LSTS - Law, Science, Technology and Society Research Group no âmbito do projeto Brussels Privacy Hub (2016). Advogado com experiência nas áreas Direito e Novas Tecnologias, Direito do Trabalho e Direito Empresarial. Contato: vinicius.fortes@imed.edu.br

² Graduando do Curso de Direito da Faculdade Meridional - IMED. Membro dos Grupos de Pesquisa “Ética, Cidadania e Sustentabilidade” e “*Latin America Privacy Hub*”, vinculados ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado em Direito - da Faculdade Meridional - IMED. Bolsista PIBIC - CNPq/IMED (2017/2018). Bolsista PROBIC - FAPERGS/IMED (2018/2019). Membro Efetivo da RDL (Rede Brasileira de Direito e Literatura). E-mail: diogodalmagro@gmail.com.

³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]” (BRASIL, 1988).

no Código Civil que encontram-se as normas que definem as situações de dano, seja por ato ilícito⁴ ou por abuso de direito⁵. Desse modo, ocorrendo um dano material ou moral, cabe à vítima o direito de reparação.

Uma das situações intrincadas na tutela desses direitos diz respeito à conceituação, uma vez que, para que se possa assegurar o direito à reparação ao dano sofrido, é necessário antes que se adote uma compreensão acerca do que consiste a imagem e a privacidade.

A privacidade deriva dos termos – do texto constitucional – que referem-se à intimidade e à vida privada. Por intimidade, importa “[...] à proteção de um âmbito de vida confortável, a resguardo da intromissão de estranhos. Por isso, a intimidade é aquela parte de sua existência não comunicável, ou de reserva.” (LORENZETI, 1998, p. 492). Trata-se, portanto, de um espaço onde o próprio sujeito detém o controle daquilo que pode ou não se tornar público ou social. De modo diverso, a proteção à vida privada refere-se à dicotomia de divisão entre as situações da vida pública e da vida privada (DONEDA, 2006, p. 109).

A privacidade, a par do exposto, pode ser adotada como “[...] conceito amplo para determinar a proteção do direito fundamental à proteção da vida privada e da intimidade, bem como a inviolabilidade de dados pessoais [...]” (DONEDA, 2006, p. 109).

Em que pese a possibilidade – já protagonizada pela doutrina – de incluir nesse conceito a proteção à imagem, opta-se tratar o direito à imagem em separado, uma vez que a imagem apresenta-se como uma das manifestações da personalidade e, por isso, é comumente tratada como um dos direitos da personalidade (DONEDA, 2006, p. 109).

Historicamente, o direito à proteção à imagem e à privacidade surgiram em um mesmo contexto, no qual intentava-se garantir à pessoa o direito de possuir uma vida reservada, sem intromissões por terceiros. Visava-se, assim, garantir a pessoa o *right to be let alone* (DONEDA, 2006,

⁴ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” (BRASIL, 2002).

⁵ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” (BRASIL, 2002).

p. 109), sendo que o surgimento dessa expressão remonta a análise das violações da imagem ou da privacidade, num contexto em que as violações eram realizadas por meio de fotografias.

O dano à imagem é entendido como a violação do direito que a pessoa tem de zelar por sua imagem (imperativo que visa a preservação das condições de honra e respeitabilidade da pessoa, abarcados pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana), sendo que essa violação pode se realizar por ausência de autorização do titular para a captação, reprodução ou divulgação da imagem, bem como pelo uso para além do limite autorizado (DONEDA, 2006, p. 109).

Importante assinalar que, quando da violação da imagem da pessoa atingir-se também a honra, vida privada, à intimidade (abarcados pela ideia da privacidade enquanto conceito amplo), estar-se-á diante de uma violação conjunta da imagem, da honra, da intimidade. Desse modo, o dano à imagem, quando restrito somente a esta, apenas se verifica nas hipóteses de uso (divulgação) da imagem sem autorização. Dado que os direitos da personalidade são direitos fundamentais, a autorização concedida pelo sujeito não pode ser absoluta, eis que uma das características desses direitos é a sua irrenunciabilidade.

O *leading case* (precedente) emblemático da jurisprudência brasileira foi o caso conhecido como Daniela Cicarelli, modelo e apresentadora de televisão que foi gravada em cenas de sexo com seu então namorado, Tato Malzoni, na praia espanhola de Cadiz. As cenas íntimas foram obtidas por um paparazzi, sendo veiculadas na internet. O ex-casal entrou com ação para que o Google e o YouTube eliminassem o conteúdo.

A celeuma jurídico consistiu na análise a fim de saber se houve violação ao direito de imagem, uma vez que a cenas foram gravadas em local público e de pessoas notadamente públicas. Na apreciação da apelação pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, entendeu-se que ocorreu a violação, sendo que esta não se restringiu apenas à imagem das pessoas envolvidas, mas também à intimidade, confirmando a divergência

entre as tutelas do direito à imagem e do direito à intimidade, por quanto o conteúdo deveria ser excluído (BRASIL, 2019).

No decorrer do voto, o relator do caso também registrou que a “[...] dimensão de publicidade legitimadora de algumas restrições ao direito à imagem não deve, porém, transferir-se para a esfera da intimidade [...]” e, ainda, que “é preciso eliminar a confusão que se faz do direito à vida privada, mesmo de pessoa célebre ou notória, com preservação do direito à reserva da intimidade.” (BRASIL, 2019).

No dano à privacidade, este fica caracterizado em toda e qualquer situação de intromissão da intimidade, da vida privada da pessoa, ou ainda dos seus dados pessoais⁶, desde que não legitimada em lei. Casos como os de interceptação de e-mails, invasão de dispositivos ou de contas digitais, coleta de imagens do interior de casas e apartamentos sem autorização, coleta ou compartilhamento de dados pessoais sem a autorização, são alguns exemplos de situações que podem ser visualizadas como violação e, conseqüentemente, dano à privacidade.

Um ponto considerável que deve ser exposto é a não necessidade de comprovação de dano para que haja a reparação por dano à imagem ou por dano à privacidade. Dito de outro modo, a reparação por esses danos surge da simples não observância da norma que preconiza a necessidade de autorização para uso (captura, divulgação e reprodução) da imagem, ou então da simples violação da privacidade, sendo desnecessária a comprovação do dano moral (ou material) efetivamente sofrido.

Evidentemente, por serem direitos fundamentais, o direito à imagem e o direito à privacidade não são absolutos. Isso se verifica, a título de exemplo, no caso de pessoa notadamente públicas, como cantores, atores, pessoas investidas em cargos do Estado, etc. Nesses casos, há uma flexibilização desses direitos, muitas vezes fruto de uma colisão entre direitos fundamentais, como direito à imagem e liberdade de imprensa ou então, direito à privacidade (na dimensão da vida privada) e liberdade de

⁶ Isso deve-se ao fato de se adotar um conceito amplo para privacidade, como já exposto, a fim de abarcar as dimensões de proteção da intimidade, da vida privada e também dos dados pessoais.

informação. Entretanto, mesmo nos casos de colisão, a interpretação da jurisprudência segue a linha que preconiza a proteção da honra e da dignidade da pessoa humana como limite a ser observado.⁷

A proteção a esses direitos, permitindo a reparação por danos, assume um grau de necessidade maior, visto a transformação das relações sociais a partir da difusão da internet. Assim, também o ciberespaço torna-se cenário de relações sociais, econômicas, políticas, culturais, de modo que os direitos fundamentais também incidem, inevitavelmente, nesse novo campo (FONTES, 2016, p. 21). Logo, a mesma proteção à imagem e à privacidade (intimidade, vida privada e dados pessoais) que antes se dava em um plano puramente físico, material, agora encontra-se presente no ciberespaço, demandando a proteção, em última análise, à dignidade da pessoa humana.⁸

Um caso de repercussão, no Brasil, foi protagonizado pela apresentadora Xuxa Meneghel, que ajuizou ação pedindo que o Google deveria excluir de seu mecanismo de buscas e, portanto, deixar de apresentar qualquer resultado toda vez que uma pesquisa ligasse a apresentadora ao termo “pedófila”⁹. Para dar embasamento ao pedido, suscitou-se o direito ao esquecimento¹⁰, entendido como o liberdade que a

⁷ “A informação de relevância pública e social é tratada de modo diferente caso a condição pública ou privada do implicado seja objeto da informação. No entender do TC [Tribunal Constitucional], os personagens públicos assumem a possibilidade de vulneração de que os direitos da personalidade sejam afetados. Assim, o direito de informação alcança um alto grau de eficácia, já que a vida e conduta moral desses indivíduos são de interesse geral, diferentemente das pessoas sem projeção pública. Contudo, tal informação deve estar “referida a assuntos públicos que sejam de interesse geral pelas matérias a que se referem e pelas pessoas que neles intervêm.” (LIMBERGER, 2007, p. 134).

⁸ “As novas tecnologias convertem a informação em uma riqueza fundamental da sociedade. A função da intimidade no âmbito informático não é apenas proteger a esfera privada da personalidade, garantindo que o indivíduo não seja incomodado devido à má utilização de seus dados. Pretende-se evitar, outrossim, que o cidadão seja transformado em números, tratado como se fosse uma verdadeira mercadoria, sem a consideração de seus aspectos subjetivos.” (LIMBERGER, 2007, p. 60).

⁹ O caso possui o seguinte plano de fundo: “(i) Xuxa Meneghel em 1982 participou do filme denominado “Amor, estranho amor”, onde protagonizava uma cena de sexo com um menor de 12 anos; (ii) tempos depois a Autora alcançou sucesso nacional, passando a ser reconhecida como apresentadora de programas infantis; (iii) com o intuito de deletar a impressão contraditória que poderia repercutir entre sua condição de ídolo infantil e o polêmico filme, Xuxa procurou, ao longo de vários anos, inibir a reprodução e circulação do filme; (iv) e, diante disso, viu seu nome ser constantemente aliado à prática de pedofilia, prejudicando a sua imagem, firmada por meio de diversos programas e ações sociais infantis.” (SANTANA; SILVA, 2019, 123-138).

¹⁰ “[...] considerando os aspectos que envolvem o direito ao esquecimento, o conceito que lhe parece melhor representar é o de direito autônomo da personalidade, por meio do qual o indivíduo pode exigir a exclusão de informações a seu respeito quando tenha decorrido lapso temporal suficiente para tornar inútil tal informação,

pessoa tem de proibir que um acontecimento ocorrido no passo – e portanto verídico – seja exposto, de forma ampla e geral, uma vez que a pessoa não é obrigada a conviver com perpetuamente com o seu passado.¹¹

Na análise do caso, o Superior Tribunal de Justiça não reconheceu o direito ao esquecimento. O fundamento para a decisão consubstanciou-se na de impossibilidade técnica do motor de busca em eliminar o conteúdo pretendido pela autora, sendo que não foram utilizados fundamentos jurídicos ou o sopesamento entre o direito ao esquecimento e a liberdade de informação (FORTES, 2016, p. 99). Isso causa estranheza, uma vez que, a nível de Tribunal de Justiça da União Europeia, o direito ao esquecimento foi observado, em decisão de situação semelhante, proferida no caso Mario Costeja, obrigando o Google a proceder com a exclusão de informações pessoais, ao deletar um artigo de jornal *La Vanguardia*, de 1998 (FORTES, 2016, p. 187/201).

Dada a conjuntura de difusão das relações sociais (em seu sentido geral) no ambiente virtual, novos fenômenos passam a ser inseridos no rol de situações novas que merecem a atenção e proteção jurídica, em termos de proteção da imagem e da privacidade na internet. Entre esses, cita-se os fenômenos crescentes de *revenge porn*¹² e *sexting*¹³, situações que exigem um eficiente aparato para possibilitar a reparação à vítima.

No tocante aos casos de *revenge porn*, entende a jurisprudência do Estado do Rio Grande do Sul que, ainda que a pessoa tenha consentido em

atentando-se para a necessidade de sopesamento de direitos quando houver conflito entre os direitos ao acesso à informação e o direito às liberdades de expressão, científica, artística, literária e jornalística.” (SILVESTRE; BENEVIDES, 2016, p. 99-122).

¹¹ Consta do Enunciado 531, da VI Jornada de Direito Civil: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.” Como justificativa, consta: “Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.” (CJF, 2019).

¹² Traduzido como “pornografia da vingança”, trata-se do compartilhamento de fotos e vídeos íntimos, pelo(a) ex-companheiro(a) da vítima, a fim de atingir sua honra, imagem e dignidade, sendo que configuram-se como vítimas, em sua maioria, mulheres.

¹³ Traduzido como “sexo por mensagem”, trata-se do compartilhamento de fotos e vídeos íntimos, geralmente por meio de aparelhos celulares, durante conversas.

deixar-se gravar ou fotografar em cenas de sexo, não se pode presumir que esta tenha consentido com a posterior publicização. Ainda, que dada a intimidade do material coletado, não é crível a concepção de que a autorização para a posse do material permaneça durante o término da relação e, ainda menos, para que se conceba a divulgação do material.¹⁴ Desse modo, a reparação por danos morais decorrentes da violação da intimidade (diga-se, privacidade) da vítima é apurada a partir do grau de exposição desta, sendo desnecessário a comprovação do dano, eis que este é presumido.

O entendimento do Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul também permanece nos casos de *sexting*, sendo enfatizado que “em situações tais os danos morais se presumem, verificam-se “*in re ipsa*”, ou seja, decorrem da força dos próprios fatos, pouco importando inexistência de prova quanto ao efetivo prejuízo sofrido pela vítima em face do evento danoso.” (BRASIL, 2019).

Referências

BOLESINA, Iuri. **O Direito à Extimidade**: as inter-relações entre identidade, ciberespaço e privacidade. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Brasília: Senado Federal, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 mar. 2019.

¹⁴ “Em primeiro lugar, porque, mesmo que se esteja diante de relacionamento afetivo – a envolver, portanto, muito mais a emoção do que a razão –, não se afigura crível ou lógico que a parte exposta tenha consentido com a exposição pós-relacionamento de sua intimidade. Em segundo lugar, consentir com tirar fotos íntimas na constância do relacionamento amoroso não se confunde com consentir com que o ex-amante permaneça com as fotografias em seu poder no pós-término. Isso significa dizer que, salvo prova em contrário, não há consentimento para o compartilhamento de imagens íntimas a terceiros, seja durante a constância do relacionamento ou mesmo, e mais comumente, no pós-término. Em terceiro lugar, é natural que se pense, *a priori*, que, dada a intimidade de fotografias do tipo, somente os envolvidos diretamente no relacionamento – no caso, tão somente os amantes – fiquem na posse de tais imagens. Isso quer dizer que, uma vez compartilhadas as fotografias íntimas, e excluída a parte exposta, somente resta o outro amante como responsável pelo vazamento. No mínimo, este agiu temerariamente: se não dolosamente, o ilícito configura-se pela culpa. Exemplificativamente, age com culpa o ex-amante que, tendo fotos do tipo em poder, permite o uso de celular por terceiros que, ao final, vêm a divulgar tais imagens. Esta é uma alegação comum em casos como o que se está a julgar.” (BRASIL, 2019).

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 531, VI Jornada de Direito Civil.**

Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em: 16 mar. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 08 mar. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 556.090.4/4-00.**

Quarta Câmara de Direito Privado. Rel.: Ênio Santarelli Zuliani. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº**

70058941691. Nona Câmara Cível. Rel.: Miguel Ângelo da Silva. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.\(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A30|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null\)&t=s&pesq=juris.#main_res_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A30|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null)&t=s&pesq=juris.#main_res_juris)>. Acesso em: 16 mar. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº**

70078417276. Décima Câmara Cível. Rel.: Catarina Rita Krieger Martins. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.\(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A30|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null\)&t=s&pesq=juris.#main_res_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A30|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null)&t=s&pesq=juris.#main_res_juris)>. Acesso em: 16 mar. 2019.

DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais.** Rio de Janeiro: Renovar,

2006.

FORTES, Vinícius Borges. **Os direitos de privacidade e a proteção de dados pessoais na**

internet. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de**

proteção de dados pessoais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado.** São Paulo: Revista dos

Tribunais, 1998.

SANTANA, Patrícia Mylla do Nascimento; SILVA, Wladimir Correa e. **Direito ao**

Esquecimento: uma análise do caso Xuxa Meneghel vs. Google Search sob a

perspectiva dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade. **Caderno de Graduação - Ciências Humanas e Sociais - UNIT**, Aracaju, v. 5, n.1, p. 123-138. Disponível em: <<https://periodicos.set.edu.br/index.php/cadernohumanas/article/view/5709>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; BENEVIDES, Nauani Schades. O Papel do Google na Eficácia do Direito ao Esquecimento – Análise Comparativa Entre Brasil e Europa. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 17, n. 70, p. 99-122, out. 2016. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/biblioteca/conteudo-revistas-juridicas/revista-de-direito-privado-2013-rdpriv/2016-v-17-n-70-out>>. Acesso em: 16 mar. 2019.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, [fac. símile], V.4, N. 5. (Dec. 15, 1890), p. 192-220. Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2019.

Dano por abandono afetivo

*Lívia Copelli Copatti*¹

A temática acerca do dano por abandono afetivo é pauta de discussões jurídicas recentes, especialmente no âmbito do Poder Judiciário, já que se viu obrigado a dar uma resposta aos casos submetidos a julgamento.

O legislador de 1916, ao redigir o Código Civil, acabou por reconhecer efeitos jurídicos somente à família que decorria do casamento, prevalecendo o patriarcalismo e a procriação como objetivo do casamento, que tinha o caráter de perpetuidade da família, sendo esta, a célula do Estado. A Constituição Federal de 1988 trouxe novos valores à ordem jurídica e inclusive à família e que já vinham sendo considerados antes mesmo de sua promulgação, resultando assim, na superação de paradigmas, de dogmas impostos pela história e que até então eram insuperáveis.

O enfoque constitucional da família passa a ser sobre os vínculos afetivos e não mais, apenas patrimoniais, estabelecendo uma nova ordem de valores, ou seja, a pluralidade das entidades familiares, prevista no art. 226, a igualdade dos filhos, descrita no art. 226, § 6º e a igualdade entre homens e mulheres, enquanto direito fundamental e constitucional da família, na previsão do art. 5º, I e art. 226, § 6º (BRASIL, 1988).

Este novo viés constitucional surgiu em decorrência da função social da propriedade, prevista no texto constitucional no art. 5º, inciso XXIII,

¹ Doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Docente na Faculdade Meridional - IMED. Advogada. E-mail: livia_dto@yahoo.com.br

limitando o exercício da propriedade para o atendimento de sua função social, ou seja, o patrimônio não pode e nem deve ser o fim de todas as relações humanas, oponível em qualquer situação.

Nesse sentido, também as relações entre pais e filhos passaram – e ainda passam – por substanciais mudanças, diferenciando-se das décadas anteriores à Constituição Federal principalmente pela presença em maior grau da afetividade, decorrendo essa, da dignidade humana insculpida no texto constitucional.

No âmbito familiar, alguns princípios devem ser destacados para que se compreenda a questão do dano pelo abandono afetivo. Tendo em vista ser a dignidade humana princípio fundante na Constituição, outros princípios podem ser destacados como oriundos daquele. A solidariedade está prevista constitucionalmente no art. 3º, inciso I e também nos arts. 229 e 239 (BRASIL, 1988), significando o vínculo de sentimento que compele a oferta de ajuda. Destacam-se as palavras de Madaleno (2008, p. 64), sobre a origem deste princípio quando “A solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente [...]”.

Tal princípio refere-se à assistência, ao auxílio e cooperação entre os membros da família, seja dos cônjuges entre si, seja para com os filhos, ou destes para com os pais; importa é a reciprocidade e a fraternidade, a assistência moral, patrimonial e principalmente afetiva de uns com os outros, visando sempre dar condições de vida digna para os demais membros da família.

Outro princípio que decorre da dignidade humana é o princípio da igualdade, previsto no art. 5º; art. 226 e parágrafos 5º e 7º; art. 227, parágrafo 6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e em diversos artigos do atual Código Civil como, arts. 1565, 1566, 1567, 1677 e 1511 (BRASIL, 2002). Deste princípio decorre estar assegurado o tratamento isonômico e a proteção igualitária com direitos recíprocos e colaboração mútua entre

cônjuges e igualando os filhos, sejam pelo vínculo sanguíneo ou pelo vínculo afetivo.

Extremamente ligados à dignidade humana encontram-se os princípios da paternidade responsável, descrito no art. Art. 226, § 7º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e art. 1565, do Código Civil (BRASIL, 2002) e o princípio da proteção integral a crianças, adolescentes, juventude e idosos, conforme art. 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), a Lei 8.069 de 1990 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990).

A paternidade responsável implica na livre decisão em ter filhos e, se assim for, que seja de forma responsável e com plenas condições de desenvolver e garantir a dignidade humana, evitando a formação de núcleos familiares sem condição mínima de sustento e manutenção, principalmente tendo em vista crianças que foram geradas e que logo são postas em situação de abandono justamente pela ausência de planejamento e responsabilidade familiar.

A proteção à família somente se justifica para que se implemente a tutela avançada da pessoa humana, desde seu nascimento até o fim da vida, efetivando no plano concreto e real, a dignidade afirmada abstratamente. É a família servindo como instrumento para o desenvolvimento da personalidade humana e para a realização plena de seus membros.

Neste contexto, assume relevância o afeto ou princípio da afetividade, destacado como o principal elemento fundante das relações familiares, merecendo “ser visto como uma realidade digna de tutela” (DIAS, 2015).

O afeto está constitucionalmente reconhecido, embora não expressamente, no art. 226, § 3º, quando reconhece a união estável entre homem e mulher e, também, no art. 227, §§ 5º e 6º, quando estabelece igualdade de filiação (BRASIL, 1988). No Código Civil, percebe-se, a importância para o estudo dos arts. 1593 e 1596, no tocante à filiação (BRASIL, 2002).

Com o reconhecimento do afeto como um princípio do direito de família e como direito fundamental, há uma quebra de paradigmas, dando-se valor e lugar para o afeto, para o que permeia cada uma das relações familiares. É por esta razão que diz-se que as relações de consanguinidade são menos importantes que as oriundas de laços de afetividade e convivência familiar, despontando a afetividade como elemento nuclear e definidor da união familiar, com consequente aproximação desta da instituição social.

Feita a breve análise acerca do afeto como norteador das relações familiares é importante desenvolver-se a análise acerca das responsabilidades parentais de acordo com as previsões legais acerca do poder familiar, denominado antigamente como pátrio poder, representativo do poder e autoritarismo que os pais tinham sobre e perante os filhos.

Deve-se recordar que a igualdade no exercício do poder familiar somente ocorreu com a Constituição Federal, que em seu art. 226, § 5º preconizou: “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidas igualmente pelo homem e pela mulher” (BRASIL, 1988) cuja previsão foi também feita pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, de forma que o poder familiar deve ser exercido por ambos os pais mesmo sem ter havido qualquer relação conjugal entre esses.

A igualdade parental está em consonância com os princípios e direitos da criança e do adolescente, bem como, com a paternidade responsável. Disso decorre que os pais assumirão a guarda unilateral ou compartilhada para proporcionar aos filhos os direitos que já estão garantidos nos textos de lei, sempre visando o melhor interesse e a proteção integral dos filhos.

Por isso, é essencial referir que quando se trata da natureza do poder familiar, ora como direito, ora como dever, possibilita ampliar o “papel dos pais no processo de desenvolvimento e amadurecimento dos filhos, onde prover simplesmente as necessidades econômicas dos filhos tornou-se insuficiente”, reforçando-se a importância de que o “afeto, apoio e

acompanhamento” também estejam presentes na sua formação (CARDIN, 2017, p. 47).

O Código Civil (BRASIL, 1988), no art. 1634 traz os deveres relacionados aos pais para com seus filhos, referindo Venosa (2012, p. 308) que os deveres dos pais estão essencialmente relacionados à criação, educação e sobrevivência dos filhos, de forma que “A atitude dos pais é fundamental para a formação da criança”, e a falta de cumprimento dos deveres pode acarretar a responsabilização dos pais, tanto civil quanto criminalmente, decorrente do abandono material, moral, intelectual e afetivo.

No âmbito familiar o dano pode abranger diferentes perspectivas, desde a decorrente da relação conjugal até a decorrente da relação parental, sendo pertinente referir que quando se trata de responsabilidade civil nesse âmbito, “todo o cuidado é pouco”, especialmente em razão da intimidade e do subjetivismo que permeiam as relações familiares (ALMEIDA, 2015, p. 59).

Também no aspecto familiar, a responsabilização civil e sua reparação por dano moral demandam a existência dos fatos geradores do dever de indenizar conforme prescrito na Constituição Federal, art. 5º, incisos V e X (BRASIL, 1988), e no Código Civil, no art. 186 (BRASIL, 2002).

Nesse ponto da responsabilização e das indenizações civis nas relações familiares, não há uma conceituação clara a respeito do dano, mas sim, a necessidade de preenchimento dos requisitos gerais para a responsabilidade civil, caracterizando a prática do ato ilícito.

Especificamente quanto ao abandono afetivo, tem-se opiniões dissonantes na doutrina e na jurisprudência, adiantando-se, desde já, que a apresentação a seguir desenvolver-se-á, inicialmente, no sentido de pontuar os dois posicionamentos sobre o reconhecimento (ou não) doutrinário da indenização por abandono afetivo e, ao fim, serão analisadas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em ambos os sentidos, ou seja, pela concessão ou não da indenização.

No que diz respeito à parentalidade e à reparação dos danos nesse âmbito, verifica-se a responsabilização em razão da parentalidade responsável, ou seja, pela omissão quanto aos deveres previstos em lei. E como refere Cardin (2017, p. 52), “não trata de penalizar o pai ou a mãe por não amar a prole, a culpa averiguada nesta esfera é a negligência para com o filho que ultrapassa a normalidade [...]”.

Os deveres inerentes ao Poder Familiar sustentam o dever de convívio dos pais para com seus filhos, possibilitando, assim, o seu desenvolvimento por completo. Por isso, a “omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz **danos emocionais** mercedores de reparação”. (DIAS, 2015, p. 97, grifo da autora).

Os princípios constitucionais da solidariedade, da paternidade responsável e da proteção integral da criança e do adolescente são os principais fundamentos para que a responsabilização ocorra, pois, como refere Rosa (2016, p. 319), “a paternidade provoca o surgimento de deveres, entre eles, o dever do pai e da mãe de ter o filho em sua companhia e educá-lo, o chamado dever de convivência [...]”.

Dias (2015, p. 97) dá destaque para o afeto como elemento central das relações familiares que exige o dever de os pais criarem e educarem os filhos sem omissões, não apenas do material, mas inclusive, de carinho. Esse é o norte do princípio da paternidade responsável, que reconhece o cuidado como valor jurídico.

Nesse contexto, quando se trata de exercício da maternidade e da paternidade, entende-se que é indisponível para o Direito de Família, eis que a “ausência propositada ou o seu desleixo e descompromisso tem repercussões e consequências psíquicas sérias”, de forma que a legislação deve amparar o cuidado parental por meio da imposição de sanções pelo seu descumprimento (ROSA, 2016, p. 319-320).

Então, a opção por ter filhos – conscientemente ou não – gera, necessariamente, o dever de cuidado, que não pode ser afastado dos

preceitos constitucionais já elencados e, por isso, reforça Ibias (2012, p. 126 *apud* ROSA, 2016, p. 324):

O motivo de a responsabilidade civil passar a fazer parte das demandas de família dá-se pelo fato de que o dever de assistência e convivência familiar passou a ser encarado como um direito dos filhos, no sentido de oportunizar seu desenvolvimento sadio. Assim, sendo indispensável a convivência com ambos os pais para o completo desenvolvimento do filho, no caso da omissão de um deles ocorre o dano moral, passível de reparação.

É relevante mencionar que as posições doutrinárias contrárias à possibilidade de indenizar pelo abandono afetivo estão calcadas no entendimento de que não é possível reparar o afeto, ou seja, a recomposição financeira não fará o afeto se restabelecer (ROSA, 2016, p. 318).

Giardini e Leite (2017) afirmam que as correntes contrárias à indenização estão alicerçadas na impossibilidade de monetarização das relações afetivas e, ainda, que a intervenção do Poder Judiciário nessas situações somente acarretaria por publicizar o “desafeto e a falta de amor vividos por aquele filho”.

A discussão sobre a indenização é vasta e polêmica, já que de extremo impacto na vida pessoal de cada um dos envolvidos. No entanto, como refere Almeida (2015, p. 72), há três questões que devem estar presentes para a caracterização do abandono e da possibilidade indenizatória, ou seja: a) a ocorrência de ato ilícito; b) se os danos alegados têm relação com o referido ato ilícito; c) de que forma se dará a indenização, se admitida.

Em que pese os posicionamentos da doutrina da área familista sejam pela possibilidade de indenização, as decisões dos Tribunais Superiores têm ido, em sua maioria, pela negativa de indenização. Na presente pesquisa adota-se como fonte as decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, lançando-se como parâmetro de busca “abandono afetivo”.

As decisões encontradas no site do STJ versam sobre prescrição da pretensão de reparação do dano, sobre a impossibilidade de discussão

probatória naquele âmbito, sobre a impossibilidade de se reconhecer abandono afetivo antes do reconhecimento da paternidade e, por fim, sobre a possibilidade de indenização quando comprovado o ato ilícito.

Especificamente quanto ao mérito, em 2012, no âmbito do Recurso Especial nº 1.159.242 - SP, foi reconhecida a possibilidade da indenização. No caso, em primeiro grau foi negada a indenização sob o argumento de que o afastamento entre pai e filha deu-se por culpa da genitora e sua agressividade. Já em segundo grau o TJ/SP deu provimento ao recurso para fixar a condenação em danos morais pelo abandono afetivo. Ao chegar no STJ (2012, p. 9-10), o Recurso Especial foi relatado pela Ministra Nancy Andrighi que manifestou-se da seguinte forma:

Colhe-se tanto da manifestação da autora quanto do próprio senso comum que o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas um fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania.

A manifestação da relatora na decisão referida acima deixa claro que a discussão não é sobre o amar, mas sim, sobre o dever jurídico do cuidado, que é inerente à liberdade das “pessoas gerarem ou adotarem filhos”, ou seja, quando se discute o amor, ingressa-se nos limites da subjetividade e, no caso, o que está sendo discutido é violação dos elementos objetivos inerentes ao contato: “presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem [...]”. **Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever**”. (STJ, 2012, p. 11, grifo da autora).

Ainda, no REsp 1.087.561 – RS (STJ, 2017, p. 27) a Ministra Maria Isabel Galloti destacou que o posicionamento da 3ª Turma e da 4ª Turma do STJ são em sentido semelhante: na primeira, somente em casos excepcionais, com descaso gravíssimo em relação ao filho é que torna-se

possível indenizar – como é o caso do REsp anteriormente referido – e, na segunda, entende-se que não há cabimento para a indenização por abandono afetivo, mas apenas, material e que, em havendo descumprimento dos “deveres de sustento, guarda e educação dos filhos, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar”.

No TJRS dentre as decisões encontradas² percebe-se que em todas não ocorreram condenações pelo abandono afetivo, de forma que no julgamento do mérito dos recursos a manifestação dos desembargadores que mais se fez presente foi a de que “o mero distanciamento entre pais e filhos não constitui, por si só, situação capaz de gerar dano moral”, razão pela qual não existe ato ilícito indenizável (TJRS).

As decisões do TJRS foram bastante claras no sentido de que há uma dificuldade de encontrar parâmetros que sejam autorizativos no sentido de concessão da indenização, seja porque na maior parte das decisões analisadas os desembargadores entenderam que foram as genitoras que dificultaram aos genitores – todos os pedidos foram contra os pais – o convívio com os filhos ou, porque, os pedidos foram realizados após tardios exames de DNA que comprovaram a paternidade, não cabendo indenização enquanto não reconhecido o vínculo biológico ou, ainda, que a simples ausência de convivência, por vezes, até mesmo do pagamento de alimentos, não possibilitaria o dano moral, mas apenas, a destituição do poder familiar, o que não ocorreu nos casos analisados.

No entanto, apesar das decisões terem sido majoritariamente improcedentes para o pedido indenizatório, fica claro que quando concedida a indenização, não se está tratando de indenizar o afeto omitido, mas sim, da violação dos princípios da solidariedade, da paternidade responsável e da proteção integral da criança e do adolescente, bem como, dos deveres inerentes ao Poder Familiar, em especial, o dever de cuidado.

² A pesquisa foi realizada em 07 de abril de 2019 e localizou 232 acórdãos contendo o termo “abandono afetivo”, sendo que dessas, apenas 97 diziam respeito ao mérito da discussão, ou seja, se houve ou não o abandono afetivo indenizável. As demais versavam sobre prescrição, incompetência da Câmara para julgamento ou destituição de poder familiar.

Referências

- ALMEIDA, Felipe Cunha de. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**: angústias e aflições nas relações familiares. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.html>. Acesso em: 11 abr. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.html>. Acesso em: 11 abr. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 abr. 2019.
- CARDIN, Valéria Silva Galdino. Da responsabilidade civil pelos danos decorrentes da quebra dos deveres parentais. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues; CARDIN, Valéria Silva Galdino; BRUNINI, Bárbara Cossentin Costa. **Famílias, Psicologia e Direito**. 1 ed. Brasília: Zakarewicz, 2017.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- GIARDINI, Isabella Pereira; LEITE, Ana Paula Parra. O abandono afetivo inverso e suas consequências jurídicas e psicossociais. In: PEREIRA, Dirce do Nascimento; CONSALTER, Zilda Mara (org). **Arranjos familiares e alguns temas correlatos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.
- MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2016.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1159242/SP**, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 11 abr. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1087561/RS**, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 13/06/2017, DJe 18/08/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em 11 abr. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em 11 abr. 2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 12^a e.d. São Paulo: Atlas, 2012.

Dano pelo fim do noivado e dano pela traição conjugal

*Djéssica Kossmann da Silva*¹

*Leonardo Castelli Vanz*²

Amor, alegria, companheirismo, parcerias, brincadeiras, brigas, perdão, traição, término, mágoas, tristeza, dor, felicidade, constrangimento, raiva, humilhação. Notório o fato de que as relações humanas (amorosas) envolvem uma enxurrada de sentimentos. No entanto, nem todas se revelam positivas aos indivíduos. O fim do noivado ou a quebra da fidelidade, em virtude da traição de um dos cônjuges, podem ser motivos que impulsionam aquele que se sentiu danosamente atingido pela conduta do (a) parceiro (a) a ajuizar ação, perante o Poder Judiciário, com o fito de buscar ressarcimento civil.

A entidade familiar foi modificada pelos avanços ocorridos na sociedade: modernizou-se, trazendo novos parâmetros de igualdade entre aqueles que a compõem. Inicialmente, apresentava características patriarcais, “o viés marcadamente hierarquizado da família levava a atribuir, ao homem, a representação da família. Assim, era ele o chefe da sociedade conjugal, o “cabeça” do casal, com uma série de privilégios a comprovar sua superioridade. A mulher tinha de se submeter à vontade do marido” (DIAS, 2011, p. 25).

Nesse sentido, o viés patriarcal refletia na elaboração da legislação vigente. Assim, quando instituído o Código Civil de 1916, a única forma de

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Meridional – IMED. E-mail: kossmann.djessica@gmail.com

² Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Meridional – IMED. E-mail: leonardo.vanz@hotmail.com

constituir uma família era por meio do casamento. Sendo indissolúvel, o desquite era o meio buscado para que este fosse rompido. O vínculo, porém, não era dissolvido, motivo pelo qual havia impedimento à constituição de novas núpcias. Nesse contexto, o Estado, representante da sociedade, repudiava qualquer outra forma de relacionamento, senão aquela oriunda do matrimônio (DIAS, 2011, p. 146).

De acordo com Carlos Filho (2002, p.19), vários fatores contribuíram para o fim do instituto familiar nos moldes patriarcais, são exemplos: a urbanização de modo eficaz e rápida, a emancipação dos jovens e das mulheres, os avanços tecnológicos. Em razão das transformações sociais, no ano de 1988, com o advento da Constituição Federal, foi consagrada uma série de direitos individuais, dentre os quais a liberdade e a igualdade de direitos e obrigações entre os homens e mulheres (BRASIL, 1988).

Dessa maneira, depreende-se que atualmente a entidade familiar busca a felicidade, não havendo motivos que ensejem a união dos indivíduos se ambos estiverem infelizes, apenas para manter o vínculo do casamento.

A família atual e suas novas formas de entidades familiares se fundam principalmente na força do afeto e respeito entre seus membros, em que a regra é a felicidade. Atualmente, com a autonomia, a liberdade e a igualdade dos parceiros aumentou-se o número de separações onde não se encontra mais amor, sendo a família atual mantida somente quando houver harmonia entre seus membros, não justificando mais manter as aparências. (COELHO, 2010, p. 02)

Segundo Gonçalves (2017, p. 84), culturalmente, o casamento ocorre após uma promessa de núpcias. No século XVII, período da pré-codificação no Brasil, tais promessas eram conhecidas como esponsais e ratificadas de maneira pecuniária, sendo que, com o rompimento injustificado da promessa, aquele que deu causa seria penalizado monetariamente.

Hodiernamente, diversos países têm regulamentados os esponsais, a exemplo dos Códigos Civis alemão, suíço, espanhol, holandês, etc., Nesses ordenamentos, o descumprimento injustificado faz surgir a obrigação de indenizar (Gonçalves, 2017, p. 88). Em contrapartida, no que tange à

regulamentação dos sponsais no Brasil, verifica-se que o Código Civil de 1916 olvidou-se em regulamentar, extinguindo-o permanentemente da legislação brasileira, porquanto a legislação subsequente também silenciou em relação ao tema. (BRASIL, 1916).

No que concerne ao casamento, observa-se que o mencionado Código elencava uma série de direitos e deveres aos cônjuges, no entanto, conforme se depreende da leitura dos artigos 233 a 255, existia clara distinção de direitos conjugais entre homens e mulheres. Contudo, em 2002, com a elaboração do novo Código Civil, houve a atribuição de diversas obrigações a ambos os cônjuges na vigência do matrimônio, elencados no artigo 1.566, são eles: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; e V- respeito e consideração mútuos. (BRASIL, 2002).

No âmbito do casamento, Coelho F. (2012, p. 67) salienta que a fidelidade corresponderia a atos envolvendo relacionamento sexual com terceiros, sendo, assim, fiel aquele que se abstém de praticar quaisquer atos sexuais, se não com seu cônjuge. Todavia, ressalta que em diversos casamentos denominados como “abertos”, o dever imposto pela legislação, não possui importância, vez que alguns cônjuges acordam em não limitar as relações sexuais entre si. Contudo, em não sendo o caso, depreende-se que a inobservância do dever configura o adultério, conduta que já foi inclusive considerada crime no Brasil, gerando responsabilidade penal, descriminalizada tão somente com a Lei nº 11.106/2005. (BRASIL, 2005). Já na esfera civil, Venosa afirma que “a transgressão do princípio implica sanções, como a separação dos cônjuges com reflexos patrimoniais” (2011, p.147).

Para Diniz (2012, p. 148), é preciso não é somente o adultério (ilícito civil) que viola o dever de fidelidade recíproca, mas também atos injuriosos, que, pela sua licenciosidade, com acentuação sexual, quebram a fé conjugal, p. ex.: [...] namoro virtual, inseminação artificial heteróloga não consentida [...]”. Dessa forma, a fidelidade estaria relacionada com a ideia da confiança, ou seja, não se limitaria à perspectiva de conjunção

carnal extraconjugal, mas sim à ideia de respeito, lealdade, moralidade com o seu consorte.

Para Dias (2011, p. 262), o Estado possui interesse em estabelecer esta regra na vigência do casamento porque busca manter os indivíduos dentro de uma estrutura familiar. Assim é possível realizar, por exemplo, as presunções de paternidade, nos termos do artigo 1.597 CC/2002. Dessa maneira, a preocupação estatal possui cunho patrimonial, visto que assegurada a fidelidade, presume-se a transmissão do patrimônio aos sucessores legítimos.

O segundo dever previsto no artigo supracitado, corresponde à convivência em comum no domicílio conjugal. Sobre ela, Gonçalves (2017, p. 189) relata que os cônjuges possuiriam a obrigação de viver sob o mesmo teto, contudo tal regra não seria absoluta. No que concerne ao terceiro dever, Lôbo (2018, n.p) afirma que ele seria decorrente do princípio da solidariedade familiar, envolvendo, assim, aspectos morais e materiais. No âmbito da moralidade, clamaria pelo amparo em momentos tidos como bons e difíceis, tais como: desvelo de doença, tristeza, apoio ao sucesso, etc. Já assistência material, estaria relacionada ao sustento da família, dividindo tarefas de acordo com as condições de cada cônjuge a fim de assegurar a manutenção do casamento.

O quarto dever corresponde à obrigação dos cônjuges em relação ao sustento, guarda e educação dos seus filhos. Segundo Gonçalves (2017, p. 192), o dever de sustento estaria relacionado à subsistência material dos filhos; o dever de educação corresponderia a sua oferta de acordo com a situação financeira dos pais; e o dever de guarda refletiria na assistência moral, espiritual e material aos filhos.

Por fim, o último dever elencado no dispositivo trata do respeito entre os cônjuges. Tal norma visa assegurar a dignidade da pessoa humana, visto que engloba aspectos como os direitos de personalidade de cada cônjuge. Dessa maneira, incumbe-lhes o dever de não agravar a imagem-atributo do outro, seja por meio de condutas ou falas, mesmo que minimamente (COELHO F., 2012, p. 66). Além disso, Lôbo (2018, n.p)

afirma que “o dever de respeito e consideração mútuos abrange a inviabilidade da vida, da liberdade, da integridade física e psíquica, da honra, do nome, da imagem, da privacidade do outro cônjuge”.

Diante do exposto, observa-se que o dever de fidelidade mútuo seria uma norma de caráter negativo, pois visa coibir a realização de uma conduta dos cônjuges, enquanto os demais seriam deveres de comportamentos positivos (GONÇALVES, 2006, p. 59).

O Código Civil não se limitou a regulamentar o casamento, de modo que no âmbito da união estável, estabeleceu alguns deveres (art. 1.724), são eles: lealdade, respeito, assistência, guarda, sustento e educação dos filhos (BRASIL, 2002). Antes de tal previsão, a união somente era vigiada no amparo da Lei nº 8.971/94 (BRASIL, 1944) e 9.278/96. (BRASIL, 1996). De tal modo, verifica-se que na união estável foi substituído o termo fidelidade, prevista no âmbito do matrimônio, por lealdade. No entanto, o significado não é o mesmo. Dessa maneira, seria vedado aos indivíduos manter união estável com duas pessoas de forma simultânea, sendo que caso ocorresse, somente seria reconhecida uma. (ANDRADE *et al*, 2014, p. 08).

À vista disso, questiona-se os efeitos jurídicos da violação dos deveres supracitados, especialmente ao de fidelidade e respeito mútuo, bem como quanto a possibilidade de aplicar ao caso concreto o instituto da responsabilidade civil como uma forma de buscar ressarcimento de eventual dano decorrente do ato, uma vez que o Código Civil não previu expressamente tal situação.

Na aceção do casamento, Venosa (2011, p. 149) salienta que a transgressão dos deveres conjugais poderá ensejar indenização aos danos sofridos ao cônjuge inocente, nos termos do artigo 186 do Código Civil, dependendo, assim, da análise do caso concreto. Contudo, afirma que não são todos os casos em que se presumiria a existência de um dano moral em virtude da violação dos deveres, o que consequentemente acarreta dizer que não haverá nenhuma forma de indenização. No que concerne a união estável e casamento, Dias (2011, p. 121) aduz que somente a inobservância dos

deveres, anteriormente já mencionados, não constituem o dever de reparar por danos morais, pois não atinge a honra e a dignidade do consorte.

No mesmo cenário, indaga-se quanto à aplicabilidade de sanções impostas ao nubente que descumprir o compromisso quando do vínculo do noivado. Nesse diapasão, Coelho F. (2012, p. 61) salienta que considerando os efeitos advindos da constituição do matrimônio, as partes devem contrair núpcias de forma espontânea e livre, repudiando, assim, o casamento contra a vontade dos indivíduos. Sendo, nesse caso, totalmente lícita a desistência, embora já tenha iniciado o processo de habilitação ao casamento. Quanto ao instituto do noivado, não há previsão legal regulamentando tal situação. Diniz (2012, p. 61) aduz que:

[...] com a Lei do Casamento Civil de 1890, o Código Civil de 1916 e o novo diploma legal deixou tal promessa de ser regulamentada, surgindo então dúvidas sobre a sua validade, sobre os casos em que se admite sua ruptura, sobre a questão de saber se seu rompimento acarreta ou não reparação de danos, sobre o prazo de prescrição de sua cobrança, etc.

No âmbito da violação dos deveres conjugais em contraposição à doutrina majoritária, Stoco (2014, p. 1064) aduz que a inobservância do dever de fidelidade é motivo suficiente para ensejar indenização por danos morais e materiais ao cônjuge traído, vez que o comportamento se amolda no conceito de ato ilícito descrito no artigo 186 CC o que faz incidir o dever reparação. Nesse sentido, questiona-se acerca da definição do dano moral, afirmando que seriam sentimentos intrínsecos a pessoa, constituindo desrespeito ao direito à dignidade.

A principal ideia do instituto da responsabilidade civil seria realizar um ressarcimento em prol da vítima ante o dano por ela experimentado. Tal entendimento assenta-se de acordo com as normas positivadas nos artigos. 186, 187 e 927 do Código Civil os quais regem que aquele que por ato ilícito ou abuso de direito causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, fica obrigado a repará-lo (BRASIL, 2002). Para Tartuce (2015, p. 371-372), o ato ilícito seria caracterizado pela conduta humana que fere direitos subjetivos de ordem privada, causando danos a

alguém, agindo contrariamente ao que dispõe a ordem jurídica. Já o abuso de direito, seria uma ampliação do ato ilícito, considerando responsável civilmente aquele que exerce atos irregulares ao direito, sendo previamente lícita a conduta, excede os limites do fim social, do fim econômico, da boa-fé e dos bons costumes.

Segundo Franchini (2004, p. 205), no âmbito familiar, a análise do ressarcimento seria realizada considerando o que dispõe a doutrina da responsabilidade civil subjetiva. Nesse caso, é necessária a presença de determinados elementos para configuração da responsabilidade, quais sejam ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, danos e relação de causalidade entre ambos.

Gonçalves (2017, p. 67) salienta que a responsabilidade por conduta omissiva ou comissiva poderá ser oriunda de ato próprio, de ato de terceiro, ou também de coisas ou animais que estejam sob a vigilância do agente. Nesse sentido, aduz que o Código prevê hipóteses de responsabilidade por ato próprio, como por exemplo, nos casos de calúnia, de injúria, de difamação, de abuso de direito, dentre outros. De tal modo, observa-se que somente o ato próprio possui relevância na presente pesquisa, vez que se tratando de fim do noivado ou traição conjugal, não seria admissível que a conduta seja de terceiro que não esteja na relação.

No que concerne ao dolo e culpa, Tartuce (2015, p.383-384) aduz que a culpa em sentido amplo (*latu sensu*) abrangeria o dolo e a culpa (*stricto sensu*). O dolo seria caracterizado quando o indivíduo age intencionalmente com o fito de causar dano a outrem, apresentando, assim “[...] a violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico”, (GONÇALVES, 2017, p.67). Já a culpa em sentido *stricto* se relevaria quando da inobservância do cuidado devido, sendo que “a falta de cautela exterioriza-se através da imprudência, da negligência e da imperícia. Não são, como se vê, espécies de culpa, nem elementos desta, mas formas de exteriorização da conduta culposa. (FILHO, Sérgio. 2012, p. 38).

Outro requisito previsto é a ocorrência de dano seja ele patrimonial (material) ou extrapatrimonial (moral), sendo que sem a prova do dano

não poderá um indivíduo ser responsabilizado (GONÇALVES, 2011, p.382). Ainda, será preciso a comprovação do nexos de causalidade entre a conduta do agente e o dano causado, de modo que este é “elemento referencial entre a conduta e o resultado. É um conceito jurídico-normativo através do qual poderemos concluir quem foi o causador do dano” (FILHO, Sérgio. 2012, p. 49). Dito isso, observa-se que Coelho T. (2010, p. 02-03) expõe que enquanto perpetuava as regras da família patriarcal era impossível se falar em dano moral, contudo, ocorreram avanços no instituto da responsabilidade civil, que adentra no âmbito familiar, imputando danos a serem ressarcidos, fato que gera muitas polêmicas acerca do tema. Nessa senda:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

Dessa maneira, o dano moral somente deverá ser reconhecido quando verificados sentimentos de dor, de sofrimento, de vexame ou de humilhação os quais fogem da normalidade, interferindo no comportamento do indivíduo. Assim, os meros dissabores, como aborrecimentos, mágoas, irritações que pertencem ao cotidiano, não deverão ser reconhecidos para a configuração do dano, pois se assim não se entender haverá banalização do mesmo (FILHO, Sérgio. 2012, p. 93). Nessa senda, denota-se que uma vez configurados os requisitos acima elencados o dever de reparação se origina com o objetivo de ressarcir aquele que se encontra prejudicado em decorrência da conduta do outro.

Com efeito, as decisões judiciais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul refletem o posicionamento doutrinário majoritário, senão vejamos:

Na apelação cível nº 70012349718 (TJRS), N.B.F. ajuizou ação de indenização por danos morais em face de C.R.L.A. Argumentou a parte autora que os litigantes mantiveram relacionamento amoroso por 14 anos e que compraram imóveis com o intuito de efetivar o casamento, e que de

forma inesperada o noivado foi rompido. Por outro lado, a parte ré negou ter havido união estável e obtenção de patrimônio comum.

A sentença de primeiro grau reconheceu o sofrimento da parte autora com o rompimento, porém considerou mero dissabor do cotidiano, motivo pelo qual fora julgada improcedente. Em segundo grau, os desembargadores confirmaram a sentença, asseverando ser descabida a indenização por dano moral decorrente de término de noivado quando tal fato não é marcado por violência física ou moral ou não havendo ofensa contra a honra ou dignidade da pessoa.

No mesmo sentido foi julgado o acórdão da Apelação Cível nº 70079105318 (TJRS). No caso, R.W.B.M. e B.C.P. litigavam em ação de dissolução de união estável cumulada com partilha de bens e indenização por danos materiais e morais. No que tange à indenização, B.C.P. pleiteava pelo ressarcimento das despesas decorrentes do casamento e indenização por danos morais. Em primeiro grau o juiz prolator condenou R.W.B.M. ao ressarcimento das despesas feitas por B.C.P. com os preparativos do casamento e danos morais no valor de R\$10.000,00. Em segundo grau foi afastada a condenação por danos morais, sob argumento de que a ruptura da relação amorosa não marcada pela violência física ou moral, não constitui motivos que ensejem o dever de reparação.

Já na Apelação Cível nº 70071198915 (TJRS) E.L.M. ajuizou ação indenizatória em face de F.A.S.S. alegando terem os dois vivido maritalmente durante 10 anos. Aduziu a parte autora que presenciou a traição da parte ré com terceiro em sua própria casa. Requereu a condenação da parte requerida ao pagamento de indenização por danos morais. O juízo *a quo* julgou a demanda parcialmente procedente, condenando a parte requerida ao pagamento de indenização por dano moral em favor da parte autora no valor de R\$15.000,00.

Em sede recursal, os desembargadores acordaram em prover o recurso da parte requerida a fim de reformar a sentença, declarando a improcedência da ação. Nos votos, o desembargador relator afirmou que as mazelas conjugais relatadas trataram de meros aborrecimentos e

transtornos, inexistindo motivo à indenização pois não atingiu o decoro pessoal da parte autora.

Do exposto, cumpre ressaltar que o estudo busca ofertar uma reflexão acerca da aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil no ambiente familiar. Desse modo, observa-se que o posicionamento jurisprudencial brasileiro reflete a doutrina que defende a possibilidade de reparar pecuniariamente o indivíduo quando este sofreu abalo moral, decorrente do fim do noivado ou da traição conjugal. No entanto, tal aferição encontra-se atrelada à perspectiva de vivência do cônjuge a momentos vexatórios que lhe atingiram a honra e sua integridade, violando seus direitos personalíssimos.

Ou seja, no âmbito do casamento, somente a violação dos deveres estabelecidos no Código Civil não acarretará dizer que o consorte deverá ressarcir o cônjuge inocente, vez que por exemplo não poderá ser presumido um dano decorrente da infidelidade. Tal prática se repete quando se fala em união estável. De tal modo, depreende-se que dentre todos os deveres elencados o de fidelidade recíproca e respeito mútuo são considerados mais graves/importantes pelos doutrinadores e jurisprudências pátrias.

Na seara do noivado, os indivíduos criam a expectativa de constituir um matrimônio, assim, podem exercer seu direito de arrependimento e, conseqüentemente romper tal obrigação, sem necessidade de ressarcir a outra parte da relação. Nessa perspectiva, somente existirá o dever de reparar por dano moral quando o indivíduo foi induzido ao erro/engano ou sofreu ofensas, humilhações, violações de sua imagem e de sua dignidade, caso que será configurado o abuso de direito ante ao desrespeito aos limites delimitados para realização do ato. Já os danos patrimoniais resultantes do fim do noivado serão passíveis de indenização, como por exemplo, os gastos oriundos dos preparativos do casamento.

Logo, considerando todas as informações dispostas na presente pesquisa, entende-se imprescindível a realização de uma análise minuciosa de cada caso, observando todas suas peculiaridades, a fim de serem evidenciados danos passíveis de reparação.

Referências

- ANDRADE. Rovena Almeida Pinto; CALHAU, Giovana Prado; ATAÍDE, José Nazareno; SIQUEIRA, Gustavo Lima. A dissolução da união estável e a responsabilidade civil. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas**. v.1, nº3. 2014. Disponível em: <<http://fadipa.educacao.ws/ojs-2.3.3-3/index.php/cjuridicas/article/view/147/pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2018.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 28 nov. 2018.
- BRASIL. Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994. **Regula o direitos dos companheiros a alimentos e à sucessão**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 29 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8971.htm>. Acesso em: 28 nov. 2018.
- BRASIL. **Lei nº 9.278**. Brasília, 10 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9278.htm>. Acesso em: 28 nov. 2018.
- BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm>. Acesso em: 29 nov. 2018.
- BRASIL. **Lei nº 11.106**. Brasília, 10 janeiro 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 28 nov. 2018.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível 70012349718**. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 07/12/2005. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70012349718&ano=2005&codigo=94328>. Acesso em 10 dez. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível 70079105318**. Relator: Des. Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julgado em 31/10/2018. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site.php/consulta/download/Eexibe_documento_att.php?numero_processo=70079105318&ano=2018&codigo=1944444>. Acesso em: 10 dez. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível 70071198915**. Relator: Des. Relator: Luís Augusto Coelho Braga. Julgado em 30/03/2017. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70071198915&ano=2017&codigo=442954>. Acesso em 12 dez. 2018.

COELHO, Thais Câmara Maria Fernandes. Danos morais nas relações conjugais. **Revista Pensar Jurídico**. Vol. 4, n. 4, jul/2010. Disponível em: <<http://www3.promovebh.com.br/revistapensar/art/artigo.php?no=42>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. Família. Sucessões. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FRANCHINI, João Gisberto. Da ocorrência de danos morais entre cônjuges ou conviventes e da sua reparabilidade no direito brasileiro. **Revista Jurídica Cesumar**. v. 4, n.1, 2004. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/prevjuridica/article/viewFile/371/448>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

FILHO, Carlos Alberto Bittar. **Direito de família e sucessões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

FILHO, Sérgio Cavaliéri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil esquematizado**. 1 ed. Parte geral obrigações e contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 5 ed. São Paulo: Método, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

Dano ao erário e dano ao patrimônio público

*Leandro Caletti*¹

1 Conceituação e diferenciação

O enunciado do capítulo pode induzir a erro o leitor, fomentando a crença de que “dano ao erário” e “dano ao patrimônio público” se qualificam em símiles institutos; não o são. Emanam de legislações de regência diferentes e discrepam também quanto à proteção jurídica que tutelam.

Enquanto o “dano ao patrimônio público” emerge do artigo 1º, parágrafo 1º, da Lei nº 4.717/65, conhecida como Lei da Ação Popular (LAP)², o “dano ao erário” tem assento no artigo 10 da Lei nº 8.429/92, também chamada Lei de Improbidade Administrativa (LIA)³.

Igual modo, a extensão dos bens jurídicos tutelados em ambas as espécies de danos difere, substancialmente. O vocábulo “erário” engloba os recursos financeiros provenientes dos cofres públicos da Administração Pública direta e indireta, bem como aqueles destinados pelo Estado às

¹ Mestre em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. Professor da Escola de Direito (Graduação) e do Programa de Pós-Graduação “Lato Sensu” em Direito da Faculdade Meridional – IMED. Membro dos Grupos de Pesquisas “Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos”, “Ética, Cidadania e Sustentabilidade” e “Direitos Culturais e Pluralismo Jurídico”, vinculados ao Programa de Pós-Graduação “Stricto Sensu” em Direito da Faculdade Meridional/IMED. Advogado (OAB/RS).

² “§ 1º - Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”.

³ “Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:”

demais entidades mencionadas no artigo 1º da LIA. Por outro lado, aponta Oliveira (2018, p. 887), a expressão “patrimônio público” possui conotação mais ampla e compreende não apenas os bens e interesses econômicos, mas também aqueles com conteúdo não econômico, como pode se depreender mesmo da referência legal (artigo 1º, parágrafo 1º, da LAP) a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico ou turístico.

É de se perceber, no ponto, que a própria LIA, no artigo 21, alude a essa diferenciação, referindo que a aplicação das sanções ali previstas não depende da efetiva ocorrência de “dano ao patrimônio público”, considerando, aqui, todos os aspectos – monetários, estéticos, artísticos, paisagísticos, morais, históricos etc. –, que envolvem o interesse público instalado. Já as condutas ímprobas arroladas no artigo 10 da LIA prescindem, para sua configuração, da efetiva lesão aos cofres públicos, não a simplória e genérica ao patrimônio público⁴.

Quais as implicações dessa diferenciação? Em se tratando de “dano ao erário”, a conduta danosa corresponde a ato de improbidade administrativa, sujeitando o infrator – pessoa física ou jurídica – às sanções do artigo 12 da LIA⁵ – sem prejuízo da concessão de medida cautelar de indisponibilidade de bens. Se o dano, de outra parte, atacar o

⁴ Em sentido diverso, advogando a ocorrência de ato de improbidade (artigo 10 da LIA) por dano ao patrimônio público, em sentido amplo: Garcia e Alves (2011, p. 311) e Carvalho Filho (2011, p. 995).

⁵ “Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos; II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido. Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”.

“patrimônio público”, o ato lesivo correspondente pode ser censurado pela LAP (se não constituir, ao mesmo tempo e pela amplitude de gênero, “dano ao erário”), sujeitando-se à anulação ou à declaração de nulidade.

Há abissal diferença entre os dois tratamentos jurídicos; enquanto a teleologia da LIA se refere ao sancionamento dos agentes ativos do ato ímprobo (servidor público e terceiro, pessoa física ou jurídica) e da reparação integral do “dano ao erário”, a LAP se preocupa com o ato lesivo e seus efeitos, prevendo a sua anulação ou declaração de nulidade.

Esse contexto não autoriza, todavia, ilações segundo as quais o advento da LIA teria esvaziado o conteúdo e a incidência da LAP.

Em primeiro lugar, como já escrito, os diplomas legais, embora subsequentes, não se sobrepõem, desvelando proteções jurídicas diversas. O que sucede, portanto, em verdade, é mera especialização de matéria pela LIA, que destacou do “patrimônio público” os bens e direitos de “valor econômico”, inserindo-os no “erário” e sujeitando-os a nova legislação de regência, específica, sofisticada e qualificada.

Em segundo lugar, as leis em questão, antes de tudo, se complementam, visto que a LAP tem o intuito de declarar nulo ou anulável o ato lesivo ao “patrimônio público”, ao passo que a LIA se ocupa de sancionar os agentes ativos do ato de improbidade, com repercussões patrimoniais e em direitos políticos.

Por último, é de rigor não confundir o “dano ao erário” do artigo 10 da LIA com o conceito de “lesão ao patrimônio público”, combatido pela Lei Complementar nº 64/90 (Lei das Inelegibilidades); este último – como já sucede com o “dano ao patrimônio público” da LAP – é mais amplo, abarcando qualquer ato ilegal, principalmente, a concessão de privilégio por interesse meramente particular, com o emprego de dinheiro público.

Ao fim e ao cabo, se pode definir “dano ao erário” como qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de

Território ou de entidade para cuja criação ou custeio o Estado haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

1.2 Problemáticas decorrentes da tutela jurídica

A primeira pontuação a ser realizada, no que pertine com o “dano ao erário”, é a não taxatividade de seu rol. De fato, as condutas arroladas no *caput* e nos incisos do artigo 10 da LIA representam enumeração aberta (vide o advérbio “notadamente” do *caput*).

Semelhante concordância não há, no entanto, na pauta jurídica do “dano ao patrimônio público”; quando o parágrafo 1º do artigo 1º da LAP considera “patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico” está enumerando tais bens e direitos de forma taxativa? A controvérsia pode ser ilustrada com um caso concreto sobremodo peculiar: a ação popular nº 5003643-37.2012.404.7104. Nela, o autor popular, procurador federal, demanda a União, catorze pessoas jurídicas ligadas ao Governo Federal (empresas públicas federais, sociedades de economia mista, sociedades anônimas, subsidiárias integrais e empresas binacionais) e treze pessoas físicas ocupantes de cargos de ministros de Estado no Governo Federal. Segundo a petição inicial, os ministros de Estado réus receberam remuneração superior ao teto constitucional (jetons), as quais deveriam ser cessadas ou devolvidas, em razão de (a) acumulação indevida do cargo de Ministro com a função de integrante de Conselhos de Administração e Fiscais de organizações vinculadas ao Governo e de (b) impossibilidade de violação ao teto remuneratório constitucional para o cargo de Ministro de Estado. No dizer da petição inicial, tais condutas constituiriam “dano ao patrimônio público”, nos termos do artigo 1º, *caput* e parágrafo 1º, ambos da LAP.

No caso em foco, para proceder parcialmente o pleito, o magistrado sentenciante não considerou “patrimônio público” os bens e direitos de valor econômico, mas, sim, o “patrimônio ético e moral consagrado pelo

senso comum da sociedade”, consubstanciado no princípio da moralidade. Noutras palavras, a norma jurídica individualizada abriu o rol do predito parágrafo 1º do artigo 1º da LAP para abarcar bens e direitos não insertos nas noções de “patrimônio público” constantes do texto normativo.⁶

Seja, portanto, no tocante ao “dano ao patrimônio público”, seja no tangente ao “dano ao erário”, há abertura sistêmica do rol de condutas e de bens e valores.

1.3 Veículos de responsabilização: ação de ressarcimento *versus* ação por improbidade administrativa

O “dano ao patrimônio público”, censurado com a anulação ou a nulidade do ato lesivo não acarreta, *de per si*, o ressarcimento do dano (excetuada a hipótese de prática do ato por agente público, caso em que o ressarcimento decorrerá de desconto em folha de pagamento – artigo 14, parágrafo 3º, da LAP).

Por outro lado, a ação de improbidade administrativa oriunda de “dano ao erário” (artigo 10) tem como consectário obrigatório, à inteligência do artigo 12, inciso II, da LIA, o ressarcimento integral do dano. Aliás, todos os tipos legais de improbidade elegeram o “ressarcimento integral do dano” como sanção obrigatória, consectário que encontra fundamento no artigo 5º da LIA, pelo qual “ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano”. No entanto, nem sempre os danos produzidos contra o erário são oriundos de comportamentos omissivos ou comissivos qualificados como “ato de improbidade” a justificar a aplicação da LIA e, por consequência, o ajuizamento de ação por improbidade administrativa. Casos existem em que há a produção de “dano ao erário”, capitulado no artigo 10 da LIA, sem que seja possível o ajuizamento de ação de improbidade administrativa.

⁶ No momento presente, o feito aguarda o julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, da Apelação Cível nº 46.

A despeito, portanto, da umbilical a ligação entre o “dano ao erário” e a LIA, posto que esta o conceitua e lhe dá vida jurídica, o dever de reparar o dano não emerge de esse último se constituir ou não em ato ímprobo. Noutras palavras, utiliza-se a LIA para a gênese e a identificação do “dano ao erário”, todavia, poderá ocorrer de tal dano não ser ímprobo, mas necessitar reparação. O dever de reparar o dano, esclarece Martins (2017, p. 66), decorre da prática de ato ilícito que produziu dano ao erário, ainda que este ato não se qualifique como ato ímprobo. Vale dizer, o dever de reparação decorre diretamente do parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição Federal e do artigo 5º da LIA, ainda que não seja caso de incidência dos artigos 9º, 10, 10-A e 11 da LIA.⁷

Precisamente nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, apreciando o recurso especial 977.093/RS, assentou que a reparação dos prejuízos causados aos cofres públicos não é medida sancionatória, constituindo-se, antes, em consequência civil decorrente do dano causado pelo agente ou por terceiro (pessoa física ou jurídica) ao erário.

Esse dever de reparação dá azo à consequente ação de ressarcimento, que, nas hipóteses em que o “dano ao erário” não se qualifica como ato ímprobo, é ação autônoma, diversa da ação por improbidade administrativa – na qual, como já se escreveu, a reparação integral do dano é ínsita. É o caso, por exemplo, de particular que, transitando com seu veículo em via pública, invade rua preferencial em cruzamento e abalroa viatura da Polícia Federal. De forma evidente, há “dano ao erário” sem que a conduta culposa do terceiro possa ser enquadrada como ato de improbidade administrativa.

Nem sempre, contudo, a diferenciação – entre o ressarcimento decorrente de ato de improbidade e o oriundo de dano simples ao erário – é simplória e bem delimitada. Tome-se o seguinte exemplo: Joana, filha de Paula, é procuradora desta última para o recebimento de pensão militar

⁷ Divergindo quanto às fontes, mas concordando com a inexorabilidade da reposição ao erário, Bezerra Filho (2006, p. 33) advoga que o dever jurídico de ressarcimento do dano causado ao erário, em verdade, tem como fonte inspiradora o artigo 186 do Código Civil, que define a ilicitude proveniente de ação ou omissão voluntária como pressupostos à obrigatoriedade do direito de indenização estabelecido pelo artigo 927 do mesmo Código.

paga pelo Exército Brasileiro. A pensionista vem a óbito em 12/10/2018, mas a Organização Militar somente cessa os pagamentos na competência 01/2019, quando ocorre o cruzamento de dados com o sistema de óbitos dos cartórios brasileiros. Em suma, durante três meses o erário pagou pensão militar a pessoa falecida, recebida (sacada) pela procuradora. Em sindicância aberta pela Organização Militar, se conclui pela boa-fé da procuradora (que fizera os saques sem saber que tinha a obrigação de noticiar o falecimento).

Pense-se, agora, que a procuradora, para continuar recebendo a pensão militar, forja prova de vida à organização militar, levando sua tia e o documento de identidade da falecida genitora à diligência, de forma a ludibriar a caserna e prosseguir recebendo os proventos. A sindicância, nesta hipótese, atesta o comportamento ardiso da procuradora, evidenciando o agir doloso.

Em quais das situações hipotéticas há dano simples ao erário e dano decorrente de ato de improbidade administrativa? No primeiro exemplo, há agir culposo e dano simples ao erário; na segunda ilustração, agir doloso e ato de improbidade.

Não obstante ambos os “danos” tenham espeque na mesma regra (*caput* do artigo 10 da LIA), há manifesta discrepância quanto à tutela jurídica da recomposição ao erário: no primeiro caso, os autos administrativos serão encaminhados à Advocacia-Geral da União para que promova a ação de ressarcimento; na segunda hipótese, os autos administrativos serão encaminhados à Advocacia-Geral da União para que promova a ação por improbidade administrativa (lembre-se de que, à inteligência do artigo 17 da LIA, há legitimidade concorrente entre a União, enquanto pessoa jurídica interessada, e o Ministério Público – Federal, em concreto – para o ajuizamento da ação por improbidade).

A propósito, aliás, dessa legitimidade concorrente disjuntiva e do caráter possivelmente dúplice de reparação do dano (ação de ressarcimento – ação de improbidade), mostra-se salutar observar singularidades processuais que podem decorrer do entendimento

conflitante dos legitimados para a exigência de reparação do “dano ao erário”.

Imagine-se que o Ministério Público Federal ajuíza ação civil de improbidade administrativa contra inúmeros servidores públicos e particulares, inclusive pessoas jurídicas, visando a condenação dos requeridos nas sanções previstas nos incisos I, II e III do artigo 12 da LIA. Por ocasião da petição inicial, quantificou o dano a ser ressarcido em R\$ 1.286.153.935,90. A União, pessoa jurídica interessada, intimada acerca do interesse em compor a lide na qualidade de assistente litisconsorcial, aquiesce à oportunidade e, em adendo, adita a petição inicial para corrigir o valor do dano a ser ressarcido, quantificado por ela (Tribunal de Contas da União) em R\$ 26.987.456.943,00. Tal emenda é juridicamente válida? Deve ser aceita pelo juízo processante?

Ab initio, deve-se rememorar que a intimação para a pessoa jurídica interessada manifestar interesse jurídico para ingresso na demanda decorre do disposto no artigo 17, parágrafo 3º, da LIA, que, por sua vez, faz referência à regra do parágrafo 3º do artigo 6º da LAP. É indene de dúvidas que as preditas regras permitem o ingresso da pessoa jurídica de direito público ou privado, prejudicada pelo ato de improbidade, ladeando o *Parquet* no polo ativo da ação. No entanto, essa reunião se constitui em litisconsórcio ativo facultativo e ulterior, compatível com a figura do assistente litisconsorcial prevista no artigo 54 do Código de Processo Civil vigente. Sucede que, como tal – assistente litisconsorcial –, este último recebe o processo no estado em que se encontra, afigurando-se ilegítima a modificação do pedido ou da causa de pedir na ação em curso. Por essa razão, é ilegítima a emenda vindicada pela União, devendo o juízo rechaçá-la também sob o argumento de que a diferença encontrada para o dano a ser ressarcido pode e deve ser demandada em ação de ressarcimento autônoma, a ser ajuizada pela interessada.

A ação de ressarcimento, portanto, não se constitui em figura processual antagônica à ação de improbidade administrativa. Não obstante ambas sirvam ao propósito da reparação do “dano ao erário”, a

ilustração indigitada desvela a possibilidade de a primeira complementar a segunda, evitando prejuízo ao erário, no que se pode chamar, em direito administrativo, de microsistema de proteção quanto ao integral ressarcimento dos danos – “ao erário” e “ao patrimônio público”.

1.4 “Dano ao erário” e prescrição: o recurso extraordinário 852.475

Em agosto de 2018, o Supremo Tribunal Federal finalizou o julgamento do recurso extraordinário 852.475, afetado com repercussão geral. Discutia-se, no recurso (que, agora, serve de precedente vinculante), a (im)prescritibilidade da ação de ressarcimento decorrente de ato de improbidade administrativa. Por ocasião do julgamento, fixou-se a seguinte tese: “são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”. As demais – ações de ressarcimento decorrentes de atos culposos de improbidade e as oriundas de atos não ímprobos –, portanto, prescrevem em cinco anos, de acordo com o artigo 23 da LIA e com comando analógico do artigo 1º do Decreto nº 20.910/32.

1.5 Dano praticado por pessoa jurídica e a “Lei Anticorrupção”

A Lei nº 12.846/13, também chamada de “Lei Anticorrupção”, inaugurou, no ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilização civil e administrativa das pessoas jurídicas envolvidas em atos lesivos à Administração Pública, notadamente os que importam na prática de corrupção. A citada lei previu, no artigo 16, como instrumento de consecução dessa responsabilização, a celebração de “acordos de leniência”, os quais objetivam alcançar a identificação de todos os envolvidos na infração e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. Em se tratando, portanto, de “Lei

Anticorrupção”, os “danos ao erário” cuja responsabilização civil e administrativa ela visa proteger são praticados por pessoas jurídicas.⁸

As coisas se complicam quando, de forma concomitante, tenha determinada pessoa jurídica praticado ato de improbidade indutor de “dano ao erário” (artigo 10 da LIA) e “ato lesivo à Administração Pública” (artigo 5º da “Lei Anticorrupção”). O leitor deve perceber que uma única conduta – como a de oferecer propina a servidores públicos ou o pagamento de comissões para a obtenção de contratos administrativos – pode acarretar uma dupla incidência de sancionamento, a saber, o da LIA (artigo 10, combinado com o artigo 12, inciso II) e o da “Lei Anticorrupção” (artigo 5º, inciso I). Isso, todavia, não é novidade em direito administrativo: as esferas de responsabilização, aqui, são absolutamente independentes (civil, penal, administrativa, de improbidade, de controle externo e, quanto às pessoas jurídicas, ainda a da “Lei Anticorrupção”).

O que se poderia ventilar, isto, sim, seria um possível confronto entre o artigo 16 da “Lei Anticorrupção”, que prevê e normatiza os “acordos de leniência”, e o artigo 17, parágrafo 1º, da LIA, que veda transações, acordos ou conciliações nas ações de improbidade administrativa. Em condutas danosas de pessoas jurídicas que, ao mesmo tempo, se constituem em “atos de improbidade” e em “atos danosos à Administração Pública”, se admite a celebração de “acordo de leniência”? Ao passo que a “Lei Anticorrupção” admite, a LIA os proscreve. Para alguns (MARTINS, 2017, P. 224), solveu-se a questão com o artigo 30, inciso I, da “Lei Anticorrupção”, pelo qual a aplicação das sanções previstas na Lei nº 12.846/13 não afeta os processos de responsabilização e a aplicação de penalidades decorrentes da LIA.

Na opinião deste escrito, entretanto, malgrado a composição expressa do artigo 30, inciso I, da “Lei Anticorrupção”, há manifesto prejuízo ao sancionamento por improbidade administrativa, inclusive com reflexo nas demandas já ajuizadas. Exemplificativo dessa perda é o caso concreto

⁸ A Lei nº 12.846/13 não se aplica às pessoas físicas, malgrado não exclua a responsabilidade individual dos dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito (artigo 3º).

oriundo da ação de improbidade administrativa 5051170-64.2016.4.04.7000/PR, ajuizada pela União, no âmbito da chamada “Operação Lava-Jato”, e que persegue a condenação de todos os réus (sete pessoas jurídicas e sete pessoas físicas), dentre outras, às sanções do artigo 12, inciso II, da LIA. Em defesa prévia, inúmeras pessoas jurídicas componentes do polo passivo argumentaram ter firmado “acordo de leniência” com o Ministério Público Federal, os quais englobariam, inclusive, eventuais ações de improbidade administrativa, motivo por que não poderiam figurar como réus (faltaria interesse de agir quanto a elas). No concreto, examinando os teores dos acordos juntados aos autos eletrônicos pelo *Parquet*, o juízo processante reconheceu a ausência de interesse de agir dos réus que firmaram “acordos de leniência”, extinguindo, quanto a eles, a ação de improbidade administrativa, sem resolução do mérito, forte no inciso VI do artigo 485 do Código de Processo Civil.

Portanto, no confronto entre os “acordos de leniência” firmados por pessoas jurídicas no âmbito da “Lei Anticorrupção” e a responsabilização dessas últimas por improbidade administrativa decorrente de “dano ao erário”, transparecem duas conclusões firmes: (1) a norma do artigo 30, inciso I, da “Lei Anticorrupção” é pró-forma (porém, inócua); e, (2) a Lei nº 12.846/13 efetivamente altera, de forma substancial e, não raro, prejudicial, o regime de responsabilização por improbidade administrativa.

Referências

BEZERRA FILHO, Aluizio. **Lei de improbidade administrativa aplicada e comentada**. Curitiba: Juruá, 2006.

BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 jul. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4717.htm>.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá

outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 2 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial** nº 977093, da Segunda Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorridos: João Rosalino Brissotto e Outros. Brasília, 2 de outubro de 2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200701950170&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 31 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário** 852475, do Plenário. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Antônio Carlos Coltri. Brasília, 20 de agosto de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4670950>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Ação civil de improbidade administrativa** nº 5051170-64.2016.4.04.7000, da Quinta Vara Federal de Curitiba. Autor: União. Réus: Camargo Correa S/A e Outros. Interessada: Petróleo Brasileiro S/A - Petrobrás. Curitiba, 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50511706420164047000&selOrigem=PR&chkMostrarBaixados=&todaspartes=S&selForma=NU&todasfases=&hdnReflid=12cao7da5b059f22f6587ed5288b7ab6&txtPalavraGerada=MnaN&txtChave=&numPagina=0>. Acesso em: 19 dez. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Ação popular** nº 5003643-37.2012.4.04.7104, da Segunda Vara Federal de Passo Fundo. Autor: Marcelo Roberto Zeni. Réus: União e Outros. Passo Fundo, 29 de janeiro de 2015. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtPalavraGerada=uxyt&hdnReflid=28b10cb9b4e0376a0ea53eb7fee3f3cc&selForma=NU&txtValor=50036433720124047104&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=RS&sisistema=

&codigoparte=&txtChave=&paginaSubmeteuPesquisa=letras. Acesso em: 2 nov. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARTINS, Tiago do Carmo. **Anotação à lei de improbidade administrativa**. 2. ed. Itajaí (SC): Verbo Jurídico, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Dano de lesa-humanidade e danos de guerra

*Tássia A. Gervasoni*¹

Segundo o conceito formulado por Hedley Bull, “guerra é a violência organizada pelas unidades políticas entre si”. Logo, a violência em si não é a guerra, a menos que seja empregada em nome de uma unidade política. De igual modo, os atos que se cometem em uma guerra, como o ato de matar, por exemplo, distinguem-se do assassinato, pois no primeiro caso se trata de um ato autorizado e oficial, cuja responsabilidade é da unidade política a que pertence o agente. Também é importante ressaltar que nem toda violência exercida em nome de uma unidade política corresponde à guerra (como a violência empregada pelo Estado na execução de uma pena capital, ilustrativamente), mas apenas, nos termos do conceito inicialmente esboçado, “a violência que uma unidade política emprega contra outra unidade política”.²

Com efeito, uma noção inicial e mais abrangente sobre “danos de guerra” compreende todo o tipo de prejuízos que alguém sofre em decorrência da violência organizada advinda do conflito de uma unidade política contra outra.

¹ Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, com período sanduíche na Universidad de Sevilla (Espanha). Mestre e Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Professora de Direito Constitucional e Teoria do Estado na Faculdade de Direito da Faculdade Meridional - IMED. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Estado e Constituição, vinculado ao CNPq. E-mail: tassiangervasoni@gmail.com

² “War is organised violence carried on by political units against each other. Violence is not war unless it is carried out in the name of a political unit; what distinguishes killing in war, from murder is its vicarious and official character, the symbolic responsibility of the unit whose agent the killer is. Equally, violence carried out in the name of a political unit is not war unless it is directed against another political unit; the violence employed by the state in the execution of criminals or the suppression of pirates does not qualify because it is directed against individuals” (BULL, 2002, P. 178).

A questão da lesa-humanidade, por sua vez, está mais diretamente associada a crimes contra a humanidade, tais como tortura, genocídio, entre outras condutas que estão definidas em instrumentos internacionais como a Convenção de Haia, Estatuto de Roma e Estatuto do Tribunal de Nüremberg (que inaugura essa discussão após os horrores vividos na Segunda Guerra Mundial). Esses crimes não necessariamente dependem da existência de uma guerra³, ao menos se mantido o conceito aqui sustentado, já que é possível o seu cometimento no âmbito interno de uma única unidade política, como um Estado que investe de modo ilegítimo e violento contra os seus próprios cidadãos.

Os crimes contra a humanidade são um tipo de delito reconhecido pelo Direito Internacional, ao lado dos crimes de guerra, genocídio, escravidão e crime de agressão. Assim, o seu conteúdo, sua natureza e as condições de sua responsabilidade são igualmente definidos pelo Direito Internacional, independentemente do que se possa estabelecer no direito interno de cada Estado. Segundo definições trabalhadas pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, “a característica fundamental de um delito de Direito Internacional é que ameaça à paz e a segurança da humanidade porque choca a consciência da humanidade”. Quando se fala em crimes contra a humanidade refere-se a crimes de Estado, que são planejados e que fazem “parte de uma estratégia ou política manifesta contra uma população ou grupo de pessoas”. Seus autores, “tipicamente, devem ser agentes estatais encarregados do cumprimento dessa política ou plano, que participam de atos de assassinato, tortura, estupro e outros atos repudiáveis contra civis, de maneira sistemática ou generalizada” (CIDH, 2018).

O caso mais recente, e um dos mais emblemáticos, de reconhecimento de crime de lesa-humanidade envolvendo o Estado

³ A própria previsão da “Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade de 1968” evidencia a possibilidade de que tais crimes ocorram, inclusive, em tempos de paz: “artigo 1º, §2º - Os crimes contra a humanidade, sejam cometidos em tempo de guerra ou em tempo de paz, como tal definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas Resoluções nº3 (I) e 95 (i) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946; a evicção por um ataque armado; a ocupação; os atos desumanos resultantes da política de “Apartheid”; e ainda o crime de genocídio, como tal definido na Convenção de 1948 para a prevenção e repressão do crime de genocídio, ainda que estes atos não constituam violação do direito interno do país onde foram cometidos”. (ONU. 1968).

brasileiro acarretou na sua condenação, em março de 2018, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em razão da prisão, tortura e morte do jornalista Vladimir Herzog, cuja imagem do (falso) suicídio é um dos símbolos da ditadura militar.

Segundo a narrativa dos fatos constante na própria decisão da Corte: “Na noite de 24 de outubro de 1975, dois agentes do DOI/CODI apresentaram-se na sede da TV Cultura, onde Vladimir Herzog se encontrava trabalhando. O senhor Herzog foi intimado a acompanhá-los à sede desse organismo, a fim de prestar declaração testemunhal. Após a intervenção da direção do canal, as forças de segurança aceitaram notificar o senhor Herzog para que ‘voluntariamente’ depusesse na manhã do dia seguinte. Vladimir Herzog se apresentou na sede do DOI/CODI na manhã do sábado, 25 de outubro, voluntariamente. Ao chegar, foi privado de sua liberdade, interrogado e torturado. [...] Na tarde desse mesmo dia, Vladimir Herzog foi assassinado pelos membros do DOI/CODI que o mantinham preso. Segundo perícia da Comissão Nacional da Verdade, determinou-se que foi estrangulado. Vladimir Herzog tinha 38 anos. Nesse mesmo dia, o Comando do II Exército, mediante comunicado, divulgou publicamente a versão oficial dos fatos. Afirmou que Vladimir Herzog se suicidara, enforcando-se com uma tira de pano” (CIDH, 2018).

Reconhecer os atos praticados contra Vladimir Herzog como crimes contra a humanidade foi decisivo para que a Corte pudesse receber e examinar o caso (afastando, inclusive, a questionável Lei de Anistia⁴⁻⁵ - Lei 6.683/79), que culminou na condenação do Estado brasileiro, pois estes

⁴ Conforme pronunciamento da Corte no Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”), reiterado no julgamento do Caso Herzog: “Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil” (CIDH, 2010, p. 174).

⁵ Para um aprofundamento crítico acerca da posição do Estado brasileiro com relação à Lei de Anistia, recomenda-se VENTURA, Deyse. **A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional**. Disponível em: <http://fes.org.br/brasilnomundo>. Acesso em: 10 Jan. 2019.

crimes, tal como sublinhado pela própria Corte, são considerados imprescritíveis.

Em termos de reparações, o artigo 63.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos estabelece que quando ficar constatado que houve violação de um direito amparado pela Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo desse direito ou liberdade que foram violados. Poderá determinar, ainda, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que tenha configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização à parte lesada (OEA, 1969).

Outro fator relevante quanto às previsões e formas de reparação previstas para esse tipo de crime é que a “reparação do dano ocasionado pela infração de uma obrigação internacional exige, sempre que possível, a plena restituição (*restitutio in integrum*), que consiste no restabelecimento da situação anterior”. Infelizmente, na maioria dos casos de violações de direitos humanos isso não se faz possível, de modo que compete, então, ao Tribunal determinar medidas para garantir os direitos violados e reparar as consequências que as infrações provocaram. Ademais, “as reparações devem ter um nexos causal com os fatos do caso, as violações declaradas e os danos comprovados, bem como com as medidas solicitadas para reparar os danos respectivos” (CIDH, 2018, p. 91).

No caso *Caso Herzog e outros vs. Brasil*, concretamente, a sentença (que constitui por si mesma uma forma de reparação segundo a Corte) determinou as seguintes medidas de reparação e indenização ao Brasil: a) a retomada diligente das investigações e instauração de processo penal cabível quanto aos fatos ocorridos em 25 de outubro de 1975 “para identificar, processar e, caso seja pertinente, punir os responsáveis pela tortura e morte de Vladimir Herzog, em atenção ao caráter de crime contra a humanidade desses fatos e às respectivas consequências jurídicas para o Direito Internacional”; b) a adoção de medidas idôneas para o reconhecimento, sem exceções, da imprescritibilidade das ações relativas a crimes contra a humanidade; c) a realização de um ato público em reconhecimento da responsabilidade internacional pelos fatos, em desagravo à memória de

Vladimir Herzog e à omissão na investigação e punição dos responsáveis por sua tortura e morte; d) a publicação e divulgação da sentença⁶; e) o pagamento de US\$20.000,00 (vinte mil dólares), a título de dano emergente, diretamente à senhora Clarice Herzog (esposa da vítima), em representação de todas as vítimas do presente caso; f) o pagamento de US\$ 40.000,00 (quarenta mil dólares), a título de dano imaterial, em favor de Clarice, André, Ivo e Zora Herzog (filhos da vítima); g) o pagamento de US\$25.000,00 (vinte e cinco mil dólares) ao CEJIL (organização petionária), a título de custas e gastos; h) o reembolso ao Fundo de Assistência Jurídica a Vítimas, no montante de US\$4.260,95 (quatro mil duzentos e sessenta dólares e noventa e cinco centavos), pelos gastos efetuados durante a tramitação do caso (CIDH, 2019, p. 102).

Resta evidente, portanto, “o dever de o Estado brasileiro não só reconhecer e investigar as violações praticadas no presente caso e responsabilizar os seus agentes públicos envolvidos, como também o de reparar psicologicamente os familiares, equiparados à condição de vítimas”. Daí que se fala na necessidade, nesse tipo de situação, para além de uma reparação pecuniária, de uma reparação moral e simbólica, que constituem importantes aspectos do que vem sendo chamado de reparação psíquica (SILVA FILHO [et al], 2018, p. 84).

Nesse sentido, é válido mencionar o Programa Brasileiro de Reparações e Memória, vinculado à Comissão de Anistia e ao Ministério da Justiça (Lei n. 10.559/2002), cuja finalidade é “reestabelecer as condições econômicas, morais e simbólicas dos perseguidos políticos pela Ditadura civil-militar no Brasil”. Referida reparação articula-se em cinco eixos: “reparações restitutivas - direito à conclusão de curso interrompido por punição ou ao registro de diploma obtido em instituição fora do país,

⁶ “[...] que o Estado publique, no prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença: a) a Sentença integral, uma só vez, no Diário Oficial, em corpo de letra legível e adequado; b) o resumo oficial da presente Sentença, elaborado pela Corte, uma só vez, em jornal de grande circulação, em âmbito nacional, em corpo de letra legível e adequado; e c) a totalidade da presente Sentença e seu Resumo, por um período de pelo menos um ano, nas páginas eletrônicas oficiais da Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério da Justiça e Cidadania e do Exército brasileiro, de maneira acessível ao público, e sua divulgação nas redes sociais, da seguinte maneira: as contas das redes sociais Twitter e Facebook da Secretaria Especial de Direitos Humanos e do Exército devem promover a página eletrônica onde figure a Sentença e seu Resumo, por meio de um post semanal, pelo prazo de um ano” (CIDH, 2019, p. 95).

direito à reintegração dos servidores públicos e empregados públicos - ; reparações econômicas - indenizações pecuniárias - ; reparações simbólicas e morais - atos de reconhecimento, pedidos de desculpa pelo Estado, Caravanas da Anistia - ; reparações coletivas e transindividuais - ações educativas, projeto Marcas da Memória, construção do Memorial da Anistia-; e reparação psíquica, através do Projeto Clínicas do Testemunho” (SILVA FILHO [et al], 2018, p. 84).

Como se pode perceber, situações envolvendo crimes contra a humanidade e graves violações de direitos humanos são complexas e extremamente delicadas, sendo difíceis de serem reparadas por envolverem aspectos que vão muito além da indenização que se discute em sede dano extrapatrimonial.

Um desses aspectos que precisa ser considerado é que esse tipo de trauma, como o sofrido pela família de Herzog, é transmitido de geração em geração. “Ainda que os pais tentem esquecer os fatos e mesmo que nunca tenham falado sobre os episódios traumáticos a seus filhos [...], os traumas são transmitidos inconscientemente, assimilados e transformados pelos filhos em atos, como forma de lembranças”. Conseqüentemente, as sequelas psíquicas dos crimes cometidos em um período da ditadura ou de uma guerra repercutem em âmbito pessoal, familiar, transgeracional, social e coletivo. Por dano psíquico transgeracional compreende-se “aqueles transmitidos silenciosamente pelos ascendentes e se estendem às futuras gerações. Sendo seus efeitos, portanto, reproduzidos em ações, como forma de repetição no real daquilo que não pode ser simbolizado” (SILVA FILHO [et al], 2018, p. 89).

Outro indicativo da complexidade das reparações a danos dessa natureza pode ser demonstrado a partir do ocorrido na Primeira e Segunda Guerras Mundiais. Nestes casos, as indenizações são destinadas também aos países que acabam devastados pelos conflitos. Em razão da Primeira Guerra Mundial, que se estendeu de 1914 a 1918 e pela qual foi considerada culpada pelo Tratado de Versalhes (1919), a Alemanha teve de arcar com as conseqüências e prejuízos da guerra, assumindo o compromisso de pagar a

título de reparações a quantia de 269 bilhões de marcos de ouro, equivalentes a 96 mil toneladas de ouro. Em 1929, um acordo reduziu essa dívida a 112 bilhões de marcos de ouro. Como os pagamentos foram suspensos em 1931 por conta da crise financeira global e, em 1933, sob o comando de Adolf Hitler, houve a recusa de retomá-los, foi apenas no ano de 2010, 92 anos depois da guerra, que a Alemanha efetuou o último pagamento das reparações de guerra (MARTINS, 2019). Já por ocasião da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), ainda hoje são despendidas quantias bilionárias destinadas a pensões e indenizações às vítimas do Holocausto espalhadas pelo mundo, e que, ainda assim, jamais compensarão os horrores do episódio que marcou para sempre a história mundial.

Além da perspectiva da responsabilização e reparação de vítimas individuais, a responsabilização dos Estados é um dos grandes desafios do direito internacional, assumindo uma dupla finalidade: a) coagir psicologicamente os governantes dos Estados para que não deixem de cumprir com seus compromissos e obrigações internacionais (finalidade preventiva); b) atribuir ao Estado prejudicado por ato ilícito de outro uma justa e devida reparação (finalidade repressiva) (MAZZUOLI, 2008, 184).

Segundo previsão da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (OEA, 1969), que serviu de parâmetro para a decisão do *Caso Herzog e outros vs. Brasil*, inclusive, “a reparação de dano ocasionado pela infração de uma obrigação internacional exige, sempre que possível, a plena restituição”. Trata-se da já mencionada *restitutio in integrum*, “que consiste no restabelecimento da situação anterior. Caso isso não seja viável, como infelizmente ocorre na maioria dos casos de violações de direitos humanos, o Tribunal determinará medidas para garantir os direitos violados e reparar as consequências que as infrações provocaram” (CIDH, 2018, p. 91).

Quanto aos elementos constitutivos da responsabilidade estatal, a doutrina internacionalista é unânime em apontar três elementos que compõem o instituto: a) a existência de um ato ilícito internacional (violação de norma do direito internacional por ação ou omissão); b) a

presença de imputabilidade (vínculo jurídico entre o Estado transgressor e o Estado prejudicado); c) existência de prejuízo ou dano a outro Estado (material ou moral) (MAZZUOLI, 2008, 186).

De um modo geral, o cenário jurídico que permitiu as negociações de paz ao término das guerras e as fixações de indenizações a serem pagas pelos responsáveis é antigo, mas segue experimentando desafios. A partir do século XX e, sobretudo, desde o Tratado de Versalhes, que demarca o fim da Primeira Guerra Mundial, vem sendo rechaçado o caráter arbitrário das indenizações, cujo entendimento é de que devem estar vinculadas ao grau de responsabilidade de cada envolvido e serem estabelecidas na presença de ambas as partes. Inclusive, para evitar abusos ou injustiças, essas indenizações são limitadas pela capacidade de pagamento do Estado responsável (CHEMILLIER-GENDREAU, 2019).

Contudo, no contexto atual, essas atribuições vêm sendo conduzidas pelo Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, de modo centralizado e, não raras vezes, criticado por sua arbitrariedade. Prova disso é que “o Iraque foi obrigado a pagar todas as indenizações da guerra que travou no Kuwait, em 1990-1991, com a receita de seu petróleo controlado pelas Nações Unidas”, enquanto “os Estados Unidos nunca depositaram um centavo pela guerra que travaram contra o Vietnã de 1964 a 1975”, além de terem se recusado a assumir as indenizações fixadas pela Corte Internacional de Justiça em razão da guerra contra a Nicarágua sandinista no início da década de 80, para mencionar apenas alguns poucos exemplos (CHEMILLIER-GENDREAU 2019).

Em síntese, muito embora o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, no âmbito do qual se insere a discussão sobre os crimes de lesa-humanidade e os danos de guerra, tenha avançado em muitos aspectos ao longo dos anos, ainda persistem inúmeras dificuldades e desafios para que essa proteção e, na sua impossibilidade, a reparação, sejam justas e efetivas.

Referências

BULL, Hedley. **The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics**. 3rd ed. London: Palgrave Macmillan, 2002.

CHEMILLIER-GENDREAU, Monique. Danos de guerra: uma contabilidade variável. **Le Monde Diplomatique Brasil**. Disponível em: <https://diplomatique.org.br>. Acesso em: 11 Jan. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Herzog e outros vs. Brasil**. Sentença de 15 de março de 2018. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 09 Jan. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 09 Jan. 2019.

MARTINS, Renato. 1ª Guerra termina em outubro com pagamento alemão. **Estadão Internacional**. Disponível em: <https://internacional.estadao.com.br/noticias>. Acesso em: 11 Jan. 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Internacional Público**: parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OEA. **Convenção Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org>. Acesso em: 11 Jan. 2019

ONU. **Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade de 1968**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em: 09 Jan. 2019.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. [et al.]. **Caso Vladimir Herzog na Corte Interamericana de Direitos Humanos**: escrito de amicus curiae elaborado pelo grupo de pesquisa Direito à Memória e à Verdade e Justiça de Transição da PUCRS. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

VENTURA, Deyse. **A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional**. Disponível em: <http://fes.org.br/brasilnomundo>. Acesso em: 10 Jan. 2019.

Dano processual

*Jéssica Cindy Kempfer*¹

A responsabilidade civil trata-se de tema que interessa a todos os ramos do direito, uma vez que, via de regra, ao gerar prejuízo para outrem, no desempenho de qualquer atividade, estar-se-á diante de uma obrigação ressarcitória. Assim, de modo geral, podem e devem ser aplicadas as regras gerais da responsabilidade civil para a reparação dos danos eventualmente causados pela atividade processual.²

Nesse contexto, considera-se dano processual todo prejuízo causado a outrem por aquele que, de má-fé, pleitear, em juízo, como autor, réu ou interveniente conforme inteligência do art. 79 do Código de Processo Civil (CPC/2015). Ou seja, na prática, acaba sendo todo prejuízo que a parte sofre como consequência direta de uma ação danosa de outro litigante no processo.

O sujeito processual de má-fé terá a obrigação de reparar, com prestação pecuniária, os prejuízos causados pelo comportamento incorreto à outra parte. É a obrigação reparatória decorrente do dano causado a outrem em virtude de um processo. Essa responsabilidade processual deve ser vista não apenas com o objetivo de retorno ao estado anterior, mas também como um estabelecimento de consequências

¹ Especialista e Mestra em Direito pela Faculdade Meridional (IMED) Passo Fundo.

² Embora a responsabilidade civil construída sob matizes do direito privado influencie a construção da teoria sobre a responsabilidade processual, isto, por si só, não retira a autonomia desta última. Há apenas um reconhecimento da existência de características marcantes em ambas que podem ligá-las a características mais genéricas, sem que percam os diferenciais próprios das espécies. (IOCOHAMA, 2006, p. 77)

jurídicas pela prática de determinados atos contrários ao Direito. (IOCOHAMA, 2006)

A responsabilidade dos sujeitos do processo, principais ou secundários, por danos causados à parte ou a terceiro, em virtude de conduta processual comissiva ou omissiva, divide-se em duas grandes categorias: subjetiva, a pressupor má-fé (dolo ou culpa), e objetiva, resultante do simples fato do dano, oriunda do risco ou do ônus assumido pelo agente, sem qualquer conotação subjetiva³. Este capítulo irá se ater a seção específica do Código de Processo Civil relativo ao dano processual (art. 79 e seguintes).

A denominada incorreção do comportamento pode ser verificada tanto com referência ao conteúdo das alegações por elas feitas em juízo, quanto com relação à forma por que atuam no processo, pessoalmente ou através de seus procuradores. O primeiro aspecto relaciona-se com um reconhecimento de um “dever” de veracidade e o segundo está relacionado com a obrigação de respeitar as “regras do jogo”.

O artigo 77 do Código de Processo Civil estabelece alguns deveres processuais das partes, para a condução de um processo ético e cooperativo. Além disso o art. 5º do Código de Processo Civil, dispõe que, “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.”

Nesse sentido, a má-fé está relacionada com “o comportamento em desacordo com as regras, que faz nascer a presunção da má intenção, do espírito malicioso e da dissimulação, é o que basta para caracterizar a má fé processual” (WAMBIER, 2015, p. 61) É a parte ou interveniente que age com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o ‘*improbis litigator*’, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou de prolongar deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito (NERY JÚNIOR, 1999). A necessidade de

³ O CPC 2015 manteve a regra da responsabilidade objetiva em casos de deferimento de tutela antecipada (art. 300 e seguintes). Dessa forma, ocorrendo dano a parte adversa, independentemente de culpa, o causador do dano deverá arcar com os prejuízos apurados.

comprovação do agir doloso da parte está presente na jurisprudência do Tribunal Gaúcho:

DANO MATERIAL. ACORDO CELEBRADO SEM ANUÊNCIA DA PARTE. RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. INOCORRÊNCIA. ADOÇÃO DOS BALANCETES MENSAIS. REPARAÇÃO INDEVIDA. A teoria da "perda de uma chance" leva em consideração as reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da alegada negligência e desídia do advogado. Acolhimento da tese dos balancetes mensais em sede de recurso especial, que afasta a alegada expectativa de ganho, que teria sido frustrada pela celebração de acordo, com renúncia de metade do valor em execução. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ AFASTADA. **Inexistência de dolo processual no agir da parte recorrente capaz de ensejar a aplicação da penalidade por litigância de má-fé prevista no artigo 79 do Código de Processo Civil.** APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE. (BRASIL, TJRS, Apelação Cível Nº 70079740262) (grifei).

A norma do art. 79 e seguintes do CPC/2015 se dirige às partes do processo (autor e réu) e aos terceiros (assistente, assistente litisconsorcial, chamado ao processo e denunciado à lide), não aos advogados, ao defensor público, ao magistrado e aos membros do Ministério Público, que se sujeitam a regras próprias. Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DECLARATÓRIA, COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO DO ADVOGADO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Considerando que a parte autora faltou com os deveres impostos no artigo 77, I e II, do Novo Código de Processo Civil (que encontra correspondência no artigo 14, I e III, do antigo diploma), deve ser mantido o reconhecimento da conduta por litigância de má-fé, nos termos do artigo 80, II, III, V, do código atual (artigo 17, II, III e V, do Código de 1973). 2. No tocante ao percentual da condenação imposta ao autor, com fundamento no artigo 81 do NCP, reduzo a multa por litigância de má-fé ao percentual de 5% sobre o valor corrigido da causa. 3. **Em relação à condenação do procurador do autor, conforme pacífico entendimento jurisprudencial, não se revela possível estender ao advogado, nos mesmos autos em que verificada a ocorrência de litigância de má-fé, a condenação imposta à parte. Nesse sentido, a eventual responsabilidade do advogado deverá ser apurada em ação**

própria, nos termos do parágrafo único do artigo 32 do Estatuto da Ordem dos Advogados. Recurso de apelação parcialmente provido. (BRASIL, TJRS, Apelação Cível Nº 70066738469) (grifei).

Importante salientar que a má-fé não se presume, deve ser provada através do cotejo entre a lei e os elementos objetivos do processo, exigindo pronunciamento por decisão interlocutória ou por ocasião da sentença, nos próprios autos do processo, sem exigir o ajuizamento de ação autônoma. O magistrado deve identificar as condutas da parte ou do terceiro que motivaram a aplicação da penalidade, sob pena de nulidade do pronunciamento.

No art. 8o se encontra a norma geral de reconhecimento da má-fé, não afastando a possibilidade de outros dispositivos contidos no mesmo código e em leis especiais preverem a punição da parte e do terceiro pela assunção de condutas predefinidas. Como exemplo temos o § 2º do art. 1.026 do CPC/2015, que é uma extensão do artigo em comento, sobretudo do seu inciso VII, revelando a interposição de recurso com intuito manifestamente protelatório. Insta dizer, contudo, que o entendimento jurisprudencial possui uma pequena divergência contra a doutrina majoritária⁴ no sentido de considerar taxativo o rol de litigância de má-fé previsto pela legislação processual.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. DESCUMPRIMENTO DE ACORDO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO CONSTATADA. DECISÃO MANTIDA. O agente de má-fé é aquele que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabedor da derrota certa, procrastina o feito; é aquele que age de forma maldosa, com dolo, causando dano processual à parte contrária. Na hipótese, não se verifica agir de má-fé ou tentativa de enganar o juízo ou a parte recorrente pelas rés, não se enquadrando a conduta das requeridas em nenhuma das hipóteses elencadas no **rol taxativo do art. 8o, do CPC/15**. Decisão mantida. Negaram

⁴ “O campo de aplicabilidade do instituto da litigância de má-fé é ilimitado, de modo que, ocorrendo qualquer resquício de exercício anormal de defesa e recurso, mediante prática e uso de argumentos manifestamente inadequados, com deslealdade processual e conduta temerária e prejuízo, aí estará aberta a porta para a aplicação, mesmo reconhecendo os casos clássicos da litigância de má-fé”. (CARDOSO, 2001, p. 40).

provimento ao agravo de instrumento. Unânime. (BRASIL, TJRS, Agravo de Instrumento Nº 70077588622) (grifei).

Necessário ressaltar algumas peculiaridades dos incisos do art. 8o do CPC/2015 relativas a caracterização das hipóteses de má-fé:

I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso: a doutrina entende que os atos praticados por equívoco da parte ou pelo despreparo do profissional que a representa não se inserem na previsão deste inciso.⁵ II – alterar a verdade dos fatos: a verdade dos fatos é subjetiva, portanto, a alteração da verdade consiste na alegação contrária a fato conhecido pela parte ou pelo terceiro como ocorrido de outro modo. Por exemplo: a alegação do pagamento de aluguéis e de encargos da locação, na ação de despejo por falta de pagamento, sabendo o réu que as verbas não foram adimplidas. III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal: esse comportamento é unilateral, se as partes se conluiarem para obter resultado ilegal, deve reconhecer que o processo é simulado. IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo: por exemplo a retirada reiterada dos autos do processo de cartório, sempre devolvidos após a expiração do prazo legal ou a interposição insistente do recurso de embargos de declaração.⁶ V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo: a palavra temerário tem relação com o comportamento audacioso, arrojado, imprudente, precipitado, audaz. Nesse caso a imprudência e a precipitação devem ser consideráveis, não se admitindo a aplicação da norma diante de precipitação e imprudência toleráveis. Por exemplo: a parte que ingressa com

⁵ “Não é obrigado o advogado a aceitar patrocínio de uma causa, mas, se firmar contrato com o cliente, assume obrigação de meio, e não de resultado, já que não se compromete a ganhá-la, nem a absolver o acusado. A sua obrigação é defendê-lo com o máximo de atenção, diligência e técnica, sem qualquer responsabilidade pelo sucesso ou insucesso da causa. Consequentemente, não há presunção de culpa na espécie de responsabilidade, a despeito de ser contratual. O cliente só poderá responsabilizar o advogado pelo insucesso da demanda provando que ele obrou com dolo ou culpa. A lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994 (novo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), em seu art. 32, é expressa nesse sentido. Via de regra, a responsabilização do advogado, tal como em relação aos médicos, tem lugar nos casos de culpa grave (art. 34, IX) decorrente de erros grosseiros, de fato ou de direito, cometidos no desempenho do mandato, tais como o ajuizamento da ação inviável, desconhecimento de texto expresso de lei ou de jurisprudência dominante etc.” (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 388-389)

⁶ O inciso III do art. 918 do CPC/2015 prevê que o juiz rejeitará liminarmente os embargos à execução quando manifestamente protelatórios, o que caracteriza ato atentatório à dignidade da justiça.

nova lide versando sobre o mesmo fato e com a mesma causa de pedir de ação anterior⁷ ou a indução dos serventuários a erro⁸.

VI – provocar incidente manifestamente infundado: a palavra incidente se encontra no gênero, incluindo as espécies da denunciação da lide, do chamamento ao processo, da oposição, da assistência entre outras.

VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório: a procrastinação, em geral, ocorre com maior frequência em relação ao recurso de embargos de declaração.

Aquele que litigar de má-fé responderá pelos prejuízos causados a parte contrária. Além dessa obrigação, o juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé em multa superior a 1% e inferior a 10% do valor da causa, bem como a ressarcir os honorários advocatícios e todas as despesas da parte contrária. Se o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa será de até 10 salários mínimos (art. 81 CPC/2015).

A multa deve ser imposta em decisão de natureza interlocutória ou na sentença. Lembrando que para a aplicação da multa por litigância de má-fé não se exige a comprovação de dano conforme informativo 601 do Superior Tribunal de Justiça.

Já com relação a indenização por perdas e danos, ela é fixada pelo magistrado nos autos do processo em que a litigância de má-fé é

⁷ AÇÃO ORDINÁRIA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. VÍUVA DE EX-SERVIDOR AUTÁRQUICO DA CEEE. AUXÍLIO POR MORTE. BASE DE CÁLCULO. LITISPENDÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. MANUTENÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS. I. **No caso concreto, tendo ficado comprovado que a demandante, mesmo ciente de que já havia interposto anterior ação versando sobre o mesmo fato e com a mesma causa de pedir desta demanda, ingressou com a presente lide, resta presente o dolo processual, ou seja, o proceder de modo temerário, o que depõe contra o princípio da segurança jurídica. [...]** (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70079236303, Quinta Câmara Cível, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Julgado em 31/10/2018)

⁸ AGRADO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. MANDADO DE CITAÇÃO, PENHORA E AVALIAÇÃO. CONDUÇÃO DO OFICIAL DE JUSTIÇA. 1. [...] 2. **Incorre nas penas de litigância de má-fé a parte que procede de modo temerário durante o transcurso do processo, como no caso dos autos, em que o agravante passou a requerer a expedição de guia de condução em valor inferior ao devido, por não concordar com o entendimento do juízo, induzindo os servidores em erro. Inteligência dos artigos 80, inciso V, e 81, caput, do Novo Código de Processo Civil.** NEGADO PROVIMENTO AO AGRADO DE INSTRUMENTO. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70079693602, Vigésima Primeira Câmara Cível, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 06/11/2018)

constatada e independe da comprovação dos prejuízos⁹. Caso não seja possível mensurá-los, os danos serão liquidados por arbitramento ou em liquidação de procedimento comum (aquela em que há necessidade de prova de fato novo), mas sempre nos mesmos autos. Tanto a condenação em perdas e danos quanto a multa reverterão em proveito da parte contrária, prejudicada pela conduta violadora.

Os prejuízos que dão ensejo à fixação da indenização são de ordem material. Se a parte pretender obter indenização pela alegada ocorrência de danos morais, terá de propor ação autônoma (ação de indenização por perdas e danos)

Em respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, a aplicação dos arts. 80 e 81 CPC/2015 depende da observância desse princípio, sob pena de nulidade do pronunciamento, exceto quando a litigância de má-fé for evidente.

Em resumo, serão duas as sanções impostas ao ofensor: a de reparar os danos, incluindo honorários e despesas da parte contrária, e a de pagar multa. Se não houver dano nenhum, ainda assim a multa poderá ser imposta, de ofício ou a requerimento. Isso porque as partes têm obrigatoriedade de atuar na relação processual com lealdade, sendo que a intenção do legislador é a de evitar abusos de ambos os lados.

Referências

BRASIL. Lei nº 13.105. **Código de Processo Civil**. Brasília/DF, mar 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.html

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento Nº 70077588622**, Vigésima Câmara Cível, Relator: Dilso Domingos Pereira, Julgado em 13/06/2018.

⁹ É desnecessária a comprovação de prejuízo para que haja condenação ao pagamento de indenização por litigância de má-fé (INFO 565/STJ).

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70079740262**, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Beatriz Iser, Julgado em 05/12/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70066738469**, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 28/04/2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento Nº 70079693602**, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 06/11/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70079236303**, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Julgado em 31/10/2018.

CARDOSO, H. A. Da Litigância de Má-Fé. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, n.113, p. 38-41, set. 2001.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

IOCOHAMA, Celso Hiroshi. **Litigância de má-fé e lealdade processual**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 78.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NERY JÚNIOR, Nelson [et al.]. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual em Vigor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; [et. Al]. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil – artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Dano ambiental

*Daniela Gomes*¹

*Giulia Signor*²

Para conceituar dano ambiental é importante, num primeiro momento, destacar que dano ambiental e impacto ambiental não são sinônimos. O impacto ambiental, de acordo com a Resolução nº 1, de 23 de janeiro de 1986, do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, é toda a intervenção resultante da atividade humana que afete direta ou indiretamente o meio ambiente (natural, artificial, cultural, do trabalho e patrimônio genético) acarretando alterações na qualidade dos recursos ambientais, em atividades sociais e econômicas, na biota, nas condições estéticas e sanitárias do meio ambiente e, inclusive, repercutindo na saúde, segurança e bem-estar da população. Nesse sentido, cumpre ressaltar que o impacto ambiental é uma mera alteração no meio ambiente, em virtude de alguma intervenção humana ou até mesmo decorrente de circunstâncias da natureza.

No caso das intervenções humanas, sempre que decorrerem de obras, empreendimentos ou atividades potencialmente causadoras de significativa degradação ao meio ambiente, há a exigência prévia de realização de procedimento administrativo de licenciamento ambiental,

¹ Doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá – UNESA. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Docente da Escola de Direito da Faculdade Meridional – IMED. Advogada. E-mail: daniela.gomes@imed.edu.br

² Graduanda em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. Membro do Grupo de Pesquisa “Ética, Cidadania e Sustentabilidade”, vinculado ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado em Direito - da Faculdade Meridional – IMED. E-mail: giulia.signor@yahoo.com.br

cujo escopo é, com amparo no princípio da prevenção,³ a liberação de obra ou atividade somente após realizado estudo prévio de impacto no meio ambiente – EPIA, que servirá de base para a elaboração do relatório de impacto no meio ambiente – RIMA e contribuirá para a liberação da Licença Prévia. O licenciamento ambiental conta com as etapas de Licença Prévia, Licença de Instalação e Licença de Operação, visando, com base no EPIA e RIMA, avaliar os riscos de cada intervenção humana e exigir a adoção de mecanismos e instrumentos a fim de evitar danos ambientais. De tal forma, é possível verificar que o impacto ambiental não gera necessariamente danos ambientais se forem tomadas as providências cabíveis para prevenir a ocorrência de sinistros. A base legal que envolve o tema do impacto ambiental é o artigo 225, inciso IV da Constituição Federal de 1988, a Lei nº 6.938/81 que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA prevendo o Licenciamento Ambiental como instrumento preventivo e as Resoluções nº 1 e nº 237 do CONAMA.

Por outro lado, atrelado ao princípio do poluidor-pagador,⁴ encontra-se o dano ambiental. O dano ambiental está relacionado com alterações indesejadas e nocivas que afetam tanto o meio ambiente quanto a saúde humana. Nessa perspectiva, como exemplo da extensão dos danos ambientais ao meio ambiente e a saúde humana é possível ressaltar os cemitérios horizontais, onde, em virtude da contaminação do solo, subsolo e lençol freático com metais pesados, oriundos da decomposição de cadáveres, observam-se danos ao meio ambiente bem como danos a saúde da população que utiliza o entorno do cemitério e consome água contaminada. Outro exemplo significativo são os agrotóxicos, cujas substâncias que os compõem não são amplamente testadas quanto aos

³ O princípio da prevenção, cujo escopo é impedir a ocorrência de danos ambientais, aplica-se a impactos ambientais já conhecidos e dos quais se possa estabelecer nexo de causalidade para a identificação dos possíveis impactos futuros. Com base no princípio da prevenção os estudos de impacto ambiental, relatórios e o licenciamento ambiental são realizados, indicando limitações para obras e atividades e mecanismos a serem utilizados a fim de evitar danos. Ressalta-se que ao falhar a prevenção aplica-se o poluidor-pagador.

⁴ “O princípio do poluidor-pagador (PPP) impõe a internalização, pelo próprio poluidor, dos custos necessários à diminuição, à eliminação ou à neutralização do dano realizado no processo produtivo ou na execução da atividade. Isso porque aquele que lucra com uma atividade é quem deve responder pelo risco ou pela desvantagem dela resultante. Tal princípio impede que ocorra a privatização dos lucros e a socialização dos prejuízos, procurando corrigir as externalidades negativas trazidas pela atividade poluidora. Assim, o poluidor deve internalizar os custos ambientais e reparar os danos causados de forma intolerável” (LEITE, 2015, p. 102).

efeitos nocivos no meio ambiente e saúde humana. Em 2019 foram liberados no Brasil novos agrotóxicos, em desacordo com o que prevê o princípio da precaução,⁵ cujos estudos, até então realizados (observado o ciclo de aplicação ou não do produto), denotam danos ao meio ambiente (contaminação do solo, subsolo e lençol freático por resíduos de agrotóxicos, alterações na fauna) e a saúde humana (intoxicações, casos de suicídio, má-formação fetal, entre outros), havendo violação do direito humano-fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, do direito à saúde e do direito à alimentação.

Ademais, a ocorrência de dano ambientais dá ensejo a responsabilização (nas esferas administrativa, civil e penal) prevista no artigo 225, § 3º da Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 9.605/98 – Lei de Crimes Ambientais, de pessoas físicas e/ou pessoas jurídicas de direito privado e de entes morais, em virtude de ação ou omissão.

A tutela administrativa, prevista no artigo 70 da Lei de Crimes Ambientais - LCA (Lei 9.605/98) decorre de infração administrativa ambiental, considerada “toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”, sujeitando o infrator a sanções como advertência, multa simples ou diária, apreensão de animais, produtos, instrumentos, equipamentos entre outros, destruição ou inutilização de produtos, suspensão de venda e fabricação de produtos, embargo de obra ou atividade, demolição de obra, suspensão parcial ou total de atividades e sanções restritivas de direitos (artigo 72 da LCA).

Por outro lado, a tutela cível, prevista no artigo 225, § 3º da Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 9.605/98 – Lei de Crimes Ambientais, visa a reparação e/ou indenização por danos causados ao

⁵ “O princípio da precaução determina que a incerteza científica não pode justificar a omissão pública ou privada na tomada de decisões sobre a proteção dos bens ambientais. Sendo assim, diante de ameaças ainda não confirmadas por meio de avaliação científica conclusiva sobre a periculosidade do produto, processo ou ação, ou sobre o nexo de causalidade entre a ameaça e possíveis resultados, devem ser adotadas medidas necessárias, suficientes e, no momento oportuno, que possam eliminá-las. Esse preceito recomenda um comportamento in dubio pro ambiente, que, entretanto, não supõe um juízo de precedência absoluta que desconstitua a proteção dos demais valores envolvidos em uma relação de colisão” (LEITE, 2015, p. 97).

meio ambiente, sendo cumulado o pedido de dano moral coletivo via Ação Civil Pública, ao passo que na esfera penal, prevista igualmente na CF/88 e LCA, a Ação Penal visa punir a conduta tipificada como crime ambiental.

No que se refere à responsabilização sobre dano ambiental é importante ressaltar a existência de dois casos de grande repercussão no Brasil: o caso do rompimento da barragem de rejeitos da mineração da Samarco em Mariana e o da Vale em Brumadinho.

O caso Samarco ocorreu em 5 de novembro de 2015, quando a barragem de rejeitos de minérios, chamada de barragem de Fundão, construída e operada pela Samarco Mineração S.A – empresa controlada BHP Billiton Brasil Ltda e pela Vale S.A – rompeu-se, lançando na bacia do Rio Doce mais de 40 milhões de metros cúbicos de rejeitos, sendo conhecido como o maior desastre ambiental brasileiro. A lama percorreu a cidade de Mariana/MG, chegando ao Espírito Santo até o mar territorial brasileiro (MPF, 2015).

Diante da situação e dos danos ambientais causados pelo rompimento da barragem de rejeito de minérios, o Ministério Público Federal ingressou com uma Ação Civil Pública contra as empresas Samarco, Vale e BHP Billiton, bem como contra a União e os Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo, para que sejam obrigados a reparar os danos sociais, econômicos e ambientais causados pelo acidente, totalizando um montante de R\$ 155 bilhões de reais (MPF, 2015).

A tese sustentada pelo MPF é que o rompimento da barragem provocou destruição ao longo de toda a bacia do Rio Doce até o mar, havendo poluição e contaminação de recursos hídricos (córrego Santarém, rio Gualaxo do Norte, rio do Carmo, rio Doce e seus afluentes, regiões estuarina, costeira e marinha), do solo, do ar e do meio ambiente cultural. Em 16 de novembro de 2015, o MPF firmou Termo de Compromisso Preliminar com a Samarco Mineradora S.A, estabelecendo caução socioambiental de R\$ 1 bilhão de reais, a fim de custear as medidas preventivas emergenciais, mitigatórias, reparadoras ou compensatórias

mínimas, decorrentes dos danos ambientais e sociais causados pelo rompimento (MPF, 2015).

Postula-se também a condenação dos réus por dano moral coletivo, uma vez que os prejuízos causados transcenderam os valores ambientais passíveis de serem restaurados ou compensados materialmente, levando-se em conta que a coletividade da região afetada é privada de desfrutar do meio ambiente equilibrado (MPF, 2015), tal qual é previsto no artigo 225 da Constituição Federal de 1988.

Incumbe ressaltar que a responsabilização no caso de Mariana também se dá nas esferas administrativa e penal. Na esfera administrativa o exercício do poder de polícia administrativa ambiental foi desempenhado pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, com a aplicação de três multas que somadas ultrapassam o valor de R\$ 200 milhões de reais. Tais multas estão sendo contestadas judicialmente pela Samarco. Nos autos de infração administrativa há a penalização da Samarco por três infrações ambientais: poluição e degradação hídrica de todo o curso do Rio Doce - inclusive fora do território mineiro; inviabilização da atividade humana e comprometimento de abastecimento público hídrico. Na ação penal, a Justiça Federal recebeu a denúncia do Ministério Público Federal em desfavor de vinte e seis pessoas físicas e jurídicas envolvidas nos atos que acarretaram a morte de dezenove pessoas e no, até então, maior desastre social e ambiental do país.

Igualmente ao caso de Mariana, em 25 de janeiro de 2019 ocorreu o rompimento da barragem do Córrego do Feijão em Brumadinho (MG). Em 9 de julho de 2019, a empresa responsável pela barragem de rejeito de minérios, a Vale, foi condenada pela 6ª Vara da Fazenda Pública Estadual e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte à reparação dos danos causados nas esferas social, ambiental e econômica. O juiz manteve o bloqueio de R\$ 11 bilhões de reais que havia sido realizado no início do processo e, autorizou a substituição de R\$ 5 bilhões de reais por outras garantias financeiras (BRASIL, 2019).

O rompimento da barragem de Brumadinho liberou no meio ambiente cerca de treze milhões de metros cúbicos de rejeitos de minério, atingindo o Rio Paraopeba e percorrendo várias cidades do Estado de Minas Gerais, bem como causou a morte de diversos animais silvestres e domésticos. Foi determinado pelo juízo que a empresa deverá tomar medidas de emergência para evitar o avanço da poluição e elaborar plano de recuperação da bacia hidrográfica afetada.

No caso de Brumadinho, na esfera administrativa, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, aplicou multa no valor de R\$ 250 milhões de reais à Vale. Na tutela administrativa os danos ao meio ambiente resultaram em cinco autos de infração no valor de R\$ 50 milhões cada (o máximo previsto na Lei de Crimes Ambientais), por causar poluição que possa resultar em danos à saúde humana; tornar área urbana ou rural imprópria para a ocupação humana; causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento de água; provocar, pela emissão de efluentes ou carregamento de materiais, o perecimento de espécimes da biodiversidade; e lançar rejeitos de mineração em recursos hídrico (BRASIL, 2019).

Nesse sentido, ambos os casos demonstram a responsabilização das empresas responsáveis pelas barragens de rejeitos de minérios causadoras dos danos ambientais, nas esferas penais, cíveis e administrativas. Diante de tais casos, é possível verificar que a responsabilização do causador de dano ambiental independe de culpa, uma vez que na esfera do Direito Ambiental aplica-se o princípio do poluidor-pagador.

Referências

BRASIL. **Lei n. 9.605 de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9605.htm>. Acesso em: 05 out. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Petição Inicial em Ação Popular nº 5000039-32.2019.8.13.0090**. Órgão Julgador: 2ª Vara Cível, Criminal e de

Execuções Penais da Comarca de Brumadinho. São Paulo, 07 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2019/02/A%C3%87%C3%83O-POPULAR-BRUMADINHO.pdf>. Acesso em: 08 out. 2019.

BRASIL. Seção Judiciária de Minas Gerais (Tribunal Federal Regional da 1ª Região). **Denúncia**. Órgão Julgador: Vara Única Federal da Subseção Judiciária de Ponte Nova. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco>>. Acesso em: 08 out. 2019.

BRASIL. Seção Judiciária de Minas Gerais (Tribunal Federal Regional da 1ª Região). **Ação Civil Pública nº 23863-07.2016.4.01.3800**. Órgão Julgador: 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/atuacao-do-mpf/atuacao-na-1a-instancia/acoes>>. Acesso em: 08 out. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Ação Civil Pública nº 5010709-36.2019.8.13.0024**. Órgão Julgador: 6ª Vara da Fazenda Pública Estadual e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/caso-brumadinho-fechado-acordo-preliminar-emergencial-a-comunidade-pataxo>>. Acesso em: 08 out. 2019.

LEITE, José Rubens Morato. **Manual de Direito Ambiental**. 1. ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Samarco. O desastre**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/o-desastre>>. Acesso em: 08 out. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Samarco. A atuação do MPF em números**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/atuacao-do-mpf>>. Acesso em: 08 out. 2019.

Dano extrapatrimonial na CLT

*Luiz Henrique Menegon Dutra*¹

Com a aprovação da Lei n. 13.467/2017² foi incluído na CLT o Título II-A que trata de forma específica do Dano Extrapatrimonial nas relações de emprego.

Até a aprovação da Lei 13.467/2017 a fundamentação jurídica para o pedido de dano moral ou material na esfera trabalhista era através dos dispositivos da Constituição Federal de 1988 e o Código Civil brasileiro³.

Quanto a competência para análise do dano é sabido que a Constituição Federal, no art. 114, atribui à Justiça do Trabalho a competência para "conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos

¹ Advogado. Mestre e Especialista. Professor na Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA), na Antonio Meneghetti Faculdade (AMF) e no Centro de Ensino de Santa Cruz do Sul (CEISC). Email: adv.dutra@hotmail.com;

² Lei n. 13.467/2017 aprovada em 13/07/2017, altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

³ Art. 5º da CF - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

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

Art. 186 do CC - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

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

Art. 927 do CC - Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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

entre trabalhadores e empregadores". Da norma ali inserta, depreende-se que os dissídios individuais entre os trabalhadores e empregadores abrangem também os decorrentes de danos morais praticados no âmbito da relação de emprego. Isso porque a competência da Justiça do Trabalho não resulta do *thema decidendum*, mas é fixada em face da questão controvertida oriunda da relação de emprego. O fato de tratar-se de dano extrapatrimonial sofrido pelo empregado, quer provenha da fase pré-contratual, da contratual ou da fase pós-contratual, desde que se refira ao contrato de trabalho, é o elemento determinante para fixação da competência do Judiciário Trabalhista⁴.

Após verificar a competência da Justiça do Trabalho para analisar a existência ou não de dano extrapatrimonial em uma relação de emprego, passamos a verificar os dispositivos do Titulo II-A da CLT.

O art. 223-A da CLT é claro que sempre que houver o pedido de dano extrapatrimonial na esfera trabalhista, deve haver a fundamentação nos artigos deste título, que são os arts. 223-A até Art. 223-G da CLT.

Ao realizar a interpretação do art. 223-A da CLT os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 4^a Região na I Jornada Sobre a Reforma Trabalhista, elaboraram a seguinte proposta para a sua aplicação prática:

DANO EXTRAPATRIMONIAL. REPARAÇÃO. ART. 223-A DA CLT. I - A expressão "apenas" contida no artigo 223-A restringe-se à quantificação da reparação em sentido estrito e não ao instituto da responsabilidade civil e aos conceitos que o permeiam. II - A legislação comum tem aplicação subsidiária ou supletiva ao Direito do Trabalho, na forma do §1º do art. 8º da própria CLT e do art. 4º da LINDB, atendendo ao princípio do diálogo das fontes.

A configuração do dano de natureza extrapatrimonial, conforme disposto no art. 223-B da CLT, ocorre tanto na omissão quanto na ação que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica.

⁴ Processo: RR - 791324-44.2001.5.09.5555, Data de Julgamento: 04/12/2003, Relator Ministro: Antônio José de Barros Levenhagen, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 30/01/2004.

Ao realizar a interpretação do art. 223-B da CLT os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região na I Jornada Sobre a Reforma Trabalhista, elaboraram a seguinte proposta para a sua aplicação prática:

TITULARIDADE DA REPARAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL. ART. 223-B DA CLT.

I – O art. 223-B não afasta a possibilidade de reparação de danos sofridos por terceiros à relação de trabalho quando estiverem na condição de titulares diretos da pretensão decorrente do dano (dano em ricochete), inclusive na esteira da redação do §1º do art. 223-G da CLT.

II – O direito à reparação se transmite com a herança, imediatamente com a morte, pelo princípio da saisine (art. 1.784, CC). O art. 223-B não limita a possibilidade de a sucessão pleitear reparação do dano extrapatrimonial sofrido pelo trabalhador falecido em razão do contrato de trabalho. O titular do direito é a sucessão do trabalhador, e não os herdeiros em nome próprio.

III – O art. 223-B não trata de legitimidade ad causam, permanecendo a possibilidade de substituição processual por entes coletivos para defender direitos individuais homogêneos.

IV – O art. 223-B não restringe a reparação do dano extrapatrimonial coletivo, que possui regulamentação própria (Lei nº 7.437/1985 e CDC, por exemplo) e se refere a bens jurídicos distintos dos mencionados no art. 223-C da CLT.

Sabendo que as pessoas físicas e jurídicas são os titulares exclusivos do direito de reparação, o art. 223-C da CLT define quais são os bens tutelados inerentes à pessoa física e o art. 224-D da CLT define quais são os bens tutelados inerentes à pessoa jurídica. São bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física:

- Honra;
- Imagem;
- Intimidade;
- Liberdade de ação;
- Autoestima;
- Sexualidade;
- Saúde;
- Lazer; e
- Integridade Física.

Em uma análise preliminar, sem maiores pretensões, podemos perceber que vários direitos da personalidade que encarnam a configuração do dano extrapatrimonial não foram compreendidos neste artigo, entre os quais o direito à vida privada, à vida familiar são, plena e feliz, à beleza, a qualidade de vida etc., o que exigirá do magistrado, no caso concreto, à devida subsunção do fato real à norma legal (SANTOS, 2018). São bens juridicamente tutelados inerente à pessoa jurídica:

- Imagem;
- Marca;
- Nome;
- Segredo Empresarial; e
- Sigilo da Correspondência;

Santos (2018), observa que o acolhimento da admissibilidade do dano não patrimonial em relação à pessoa jurídica veio acolher o disposto na Súmula n. 227 do Superior Tribunal de Justiça, in verbis: “Súmula n. 227 do STJ - A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

O termo extrapatrimonial foi usado pelo legislador trabalhista de forma proposital, para abranger todas as violações que não sejam de caráter material, lucros cessantes e perdas e danos.

Para os Desembargadores do TRT 4ª Região, o rol dos art. 223-C e 223-D, não é taxativo, conforme segue proposta realizada na I Jornada Sobre a Reforma Trabalhista:

DANO EXTRAPATRIMONIAL. BENS JURÍDICOS TUTELADOS. O rol dos arts. 223-C e 223-D não é taxativo, na medida em que a Constituição da República, nos arts. 1º e 5º, tutela outros bens jurídicos de forma expressa, incidindo o princípio da hierarquia das normas.

Havendo a violação de um bem juridicamente tutelado, deverá o juiz verificar todos que tenham colaborado para a ofensa e definir a responsabilidade na proporção da ação ou da omissão, conforme disposto no art. 223-E da CLT.

O artigo 223-F da CLT é claro no sentido que o pedido de dano extrapatrimonial não impede o autor da ação, de requerer de forma conjunta indenização por danos extrapatrimoniais e materiais decorrentes do mesmo ato jurídico, devendo o julgador ao analisar os pedidos discriminar os valores de forma separada do dano material e o dano extrapatrimonial.

Tal posicionamento vai de encontro com o disposto na Súmula n. 37 do STJ, conforme segue abaixo: “Súmula 37 do STJ - São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

O §2º do Art. 223-F, esclarece sobre a interferência na avaliação dos danos extrapatrimoniais quando houver no caso em discussão perdas e danos e lucros cessantes:

§2º - A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não interfere na avaliação dos danos extrapatrimoniais.

O juiz quando ao analisar a existência ou não do dano extrapatrimonial, deverá levar em consideração os seguintes pontos:

- a natureza do bem jurídico tutelado;
- a intensidade do sofrimento ou da humilhação;
- a possibilidade de superação física ou psicológica;
- os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
- a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;
- as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
- o grau de dolo ou culpa;
- a ocorrência de retratação espontânea;
- o esforço efetivo para minimizar a ofensa;
- o perdão, tácito ou expresso;
- a situação social e econômica das partes envolvidas; e
- o grau de publicidade da ofensa.

Entendendo ter ocorrido violação a um dos bens tutelados do autor da ação, deverá o juiz fixar a indenização, que deverá obrigatoriamente ter os seguintes parâmetros presentes no art. 223-G da CLT:

- ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;
- ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;
- ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;
- ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

Conforme acima exposto, o valor da indenização é calculado de acordo com o salário contratual do ofendido, mas e se o bem tutelado violado for de uma pessoa jurídica? Para responder essa pergunta, o legislador inseriu o §2º no art. 223-G da CLT, que tem o seguinte texto:

Art. 223 – G. §2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

Na hipótese de reincidência entre partes idênticas, o juiz poderá elevar ao dobro o valor da indenização. Deve-se cuidar que o §3º do art. 223-G da CLT, usa exatamente o termo “poderá”, razão pelo qual se torna uma faculdade do juiz dobrar o valor da indenização em hipótese de reincidência.

Referências

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O dano extrapatrimonial na lei n. 13.467/2007, da reforma trabalhista**. Disponível em: <<https://www.trt3.jus.br/escola/download/artigos/Artigo-o-dano-extrapatrimonial-Enoque-Ribeiro.pdf>>. Acesso em 22 de dezembro de 2018.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO. **I Jornada Sobre a Reforma Trabalhista**, realizada em 10 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lista-conclusoes-magistrados-trt.pdf>. Acesso em 22 de dezembro de 2018.

Condenações punitivas: punitive damages, exemplary damages e dano moral punitivo

*Luiz Felipe Nunes*¹

1 Conceito

De acordo com a *Cornell Law School*, entende-se por *punitive damages* uma punição econômico-financeira suplementar a indenização concedida a título compensatório, ou seja, é uma condenação que é concedida pelo Tribunal para punir determinada conduta bem como impedir, através do exemplo da condenação, que esta venha a ser praticada novamente no futuro - caráter pedagógico.²

2 Caso concreto jurisprudencial (exposição do caso e da tese)

Pelos estadunidenses é chamado de *punitive damages*, *retributory damages* ou *vindictive damages*,³ os britânicos os chamam de *exemplar damages* e os ingleses de *smart money*. No Brasil também não chegamos a uma unicidade terminológica, alguns o chamam de “dano moral punitivo” e outros de “condenações punitivas”.

¹ Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Professor da URI-Frederico Westphalen. Advogado. E-mail: luizfelipenunes@gmail.com.

² Sobre o assunto, ver: https://www.law.cornell.edu/wex/punitive_damages.

³ Lima (2017) salienta que os *punitive damage* podem ser vistos na doutrina estadunidense como sinônimos pois seu significado é o mesmo.

Como menciona Souza (2010), não é possível fazer uma tradução literal de *punitive damages*, pois a expressão na língua portuguesa é desprovida de significação jurídica. No entanto, a locução “condenação punitiva” adequa-se, pois “constitui uma fixação jurídica de montante condenatório que não tem o objeto imediato de compensação do dano, mas de efetiva repressão da conduta do ofensor” (SOUZA, 2010, p. 31). Por sua vez, Rosedá (2009) chama o instituto de uma “teoria do desestímulo”, isso porque sua finalidade seria basicamente preventiva, no viés de desestimular a prática de um ato ilícito e não somente punitiva.

As condenações punitivas são ordinariamente impostas quando as condenações compensatórias não se mostram como remédio adequado ou suficiente. Os órgãos de jurisdição costumam aplica-las em situações de necessidade de aumento da compensação dos querelantes, quando haja objetivo de desestímulo na repetição da prática, para compensar delitos civis não perceptíveis ou reforçar punições criminais (SOUZA, 2010, p. 32).

Este tipo de condenação é excepcional nos Estados Unidos e é reservada a situações onde o comportamento do réu é considerado grave e, portanto, socialmente reprovável/não tolerado.

Cada Tribunal, utilizando-se de sua autonomia, mensura os *punitive damages* de forma distinta, no entanto a Suprema Corte sugere que tal análise deve ser pautada em critérios de reprovabilidade e em proporções aceitáveis aos danos compensatórios (State Farm vs. Campbell/2003).⁴

Por possuir uma ideia de punição, os *punitive damages* estão mais ligados ao direito penal do que ao direito civil, pois este possui como norte quantificar e compensar o dano ou ainda aplicar certa penalidade contratual, através da responsabilidade civil. De Paula (2017) menciona que o instituto seria uma figura anômala, intermediária entre o direito civil

⁴ A falta de critérios objetivos para se chegar ao *quantum* indenizatório é uma crítica quase que unânime da doutrina, sendo que nos Estados Unidos o arbitramento dos *punitive damages*, muito embora a Suprema Corte tenha alguns balizadores, é totalmente imprevisível.

e o direito penal em razão desse seu viés de punir e exemplificar o dano através de uma pena pecuniária a ser pago à vítima.

Por esta razão e na busca de tentar coibir que determinadas práticas sejam reiteradas, os *punitive damages* são arbitrados, via de regra, em grandes cifras. É uma forma encontrada para se potencializar certos resultados, tornando certas condenações exemplos.

Um precedente sempre aparece relacionado às menções do *punitive damages* nos Estados Unidos, o Case da BMW (BMW of North America vs. Gore).

Narra-se que em janeiro de 1990, Ira Gore comprou um veículo novo da marca BMW em uma revenda autorizada da marca em Birmingham (Alabama/Estados Unidos). Após alguns meses, o carro foi levado para manutenção periódica e foi informado pela empresa responsável que o veículo tinha sido parcialmente repintado. Inconformado com tal notícia, Gore ingressou judicialmente questionando a falta de transparência da montadora, alegando falha no dever de informar o real estado do veículo quando de sua venda.

Na ação, a empresa BMW informou que, durante o transporte do veículo, o mesmo, e cerca de outros 1000, tinham sofrido deterioração na pintura em razão de uma chuva ácida, motivo pelo qual sofreram repintagem. No entanto a questão principal é, a empresa omitiu tal fato e o veículo foi vendido como novo.

Nos autos, Gore faz prova do custo da deterioração/desvalorização do veículo, sendo este valor, a saber US\$ 4 mil dólares, valor que a empresa foi condenada a título de compensação econômica. Não obstante a isso, o Juízo de Birmingham ainda condenou a empresa BMW em US\$ 4 milhões de dólares a título de *punitive damages*, valor este arbitrado em razão da condenação compensatória de Gore X o número de veículos que foram omitidos/repintados pela montadora. A montadora recorreu a Corte Estadual do Alabama e a condenação foi reduzida pela metade, US\$ 2 milhões de dólares.

Para melhor esclarecer a questão e pacificar certo entendimento acerca da matéria, a Suprema Corte estadunidense avoca competência do processo e estabelece três balizadores para o arbitramento dos *punitive damages*: o grau de repreensão da conduta, a correspondência entre o *punitive damages* e o dano efetivo produzido e a magnitude de sanções civis e criminais de condutas similares (SOUZA, 2010).

3 Problemática em torno do dano pesquisado

No Direito Civil brasileiro a finalidade da responsabilidade civil é basicamente a busca pelo ressarcimento do dano causado, objetivando retornar ao estado anterior a ocorrência do ato ilícito ou ainda, nos casos onde não é possível mensurar economicamente determinados danos, busca-se equivar-se-los.⁵

Basicamente é uma função compensatória, compensar o dano sofrido – material ou moral – através de uma indenização. Nos *punitive damages* a ideia não é essa. No instituto, a reparação do dano (compensação) não é o seu fim último, mas também se busca trazer à decisão outros efeitos, como o caso da punição, dissuasão, prevenção (LIMA, 2017).

Muito embora o sistema brasileiro num primeiro momento não tenha sido pensado para aplicação de tal instituto, progressivamente ele vai ganhando uma certa aceitação, ainda que com algumas reservas (CALDAS, et. al., 2013).⁶

No tocante à utilização das *punitive damages* no Brasil, emergem algumas críticas – naturais – pautadas principalmente na utilização indiscriminada de um instituto de direito estrangeiro. Souza (2010)

⁵ Dos conceitos de responsabilidade civil, citamos Carlos Alberto Bittar “o lesionamento a elementos integrantes da esfera jurídica alheia acarreta ao agente a necessidade de reparação dos danos provocados. É a responsabilidade civil, ou obrigação de indenizar, que compele o causador a arcar com as consequências advindas da ação violadora, ressarcindo os prejuízos de ordem moral ou patrimonial, decorrente de fato ilícito próprio, ou de outrem a ele relacionado” (1994, p. 561).

⁶ No viés de condenar determinada conduta bem como de impedir que a mesma venha a ser reiterada a Justiça do Trabalho tem posição aproximada aos *punitive damages* quando aborda “dano social” ou *dumping social*.

consegue sintetizar em quatro as principais objeções da utilização deste instituto em *terrae brasilis*:

- 1) Os excessos condenatórios e a aparente incompatibilidade entre os sistemas jurídicos;
- 2) A representação que tem o instituto na figura decadente e superada da pena privada;⁷
- 3) Impossibilidade de estabelecimento de pena sem prévia cominação legal;⁸
- 4) Vedação do enriquecimento sem causa;

O instituto deve ser analisado com cuidado, pois são poucos os que advogam sua utilização plena e irrestrita a partir do modelo estadunidense. Distinta a esta posição estão outros que entendem que as comunidades possuem diferenças culturais, econômicas, etc., e que os modelos jurídicos, brasileiro e anglo-saxão, possuem profundas incompatibilidades, e por esta razão, institutos de direito estrangeiro devem sofrer adaptação/adequação.

Entendemos que não podemos negar nossas diferenças, mas sempre devemos ficar atentos aos novos institutos, manter-se permeável a novas experiências, acessível a novas premissas.

Em tese, quando a compensação do dano não se mostrar suficiente para censurar determinada conduta praticada, bem como se a avaliação do dano se alcançar para além dos danos provocados, o arbitramento através dos *punitive damages* pode cumprir uma certa “função de justiça”, pois “a reparação, através da função punitiva, atenderia, ao mesmo tempo, a natureza compensatória da indenização, tendo em vista a satisfação do prejudicado, e a natureza penal, uma vez que o bem jurídico não pode ser danificado impunemente” (MELO, 2016, s.p.).

⁷ Aqui reside a representação que o instituto possui da pena privada, a ideia de uma “pena privada”, de uma diminuição patrimonial imposta ao ofensor pela prática de determinado ato. Esta posição não é unânime, pois muitos autores mencionam o caráter sancionatório do instituto, onde busca-se com os *punitive damages* desestimular determinadas condutas consideradas graves e reprovadas socialmente.

⁸ Quanto a Impossibilidade de estabelecimento de pena sem prévia cominação legal, menciona o art. 5º, XXXIX da CF: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Nullum crimen, nulla poena sine lege. No Brasil, a responsabilidade civil decorrente de dano moral não possui caráter punitivo, ou seja, não há previsão legal específica para tal aplicação, não sendo possível a uma fixação de uma condenação tarifada (SOUZA, 2010).

Como menciona Souza (2010, p. 34), citando julgamento do caso State Farm Mutual Automobile Insurance Co. X Campbell,

[...] não é qualquer conduta que deve ser punida com condenações punitivas e que se deve inicialmente acreditar que a conduta já foi suficientemente reprimida com a fixação do ressarcimento ao autor por seus danos, isto é com a condenação ressarcitória. A condenação punitiva, portanto, apenas ocorre em caso de insuficiência, somente quando a conduta ainda carecer de mais repreensão.

Por esta razão, compactuamos com a posição de Teixeira Filho (*apud* Souza, 2010, p. 36) acerca de eventual comedimento por parte dos juízes, para que o “Judiciário não se transforme, como nos Estados Unidos, num desaguadouro de aventuras judiciais à busca de uma sorte grande fabricada por meio dos chamados *punitive damages* e suas exarcebadamente polpudas e excêntricas indenizações”.

No tocante aos excessos condenatórios a Suprema Corte tem sido pacífica no sentido de que o montante indenizatório condenatório deve observar um valor mínimo para que a conduta praticada pelo réu seja efetivamente considerada reprovável. Este indicador é um indicador de razoabilidade. Na ação (BMW of North America vs. Gore), a Suprema Corte enumera alguns fatores de indicação de repreensão para utilização do *punitive damages*, como é o caso de reincidência, negligência, dolo, ameaça, violência, existência de danos físicos ou morais, fraude ou simulação, bem como a ocorrência de um dano econômico – intencional – dirigido ilicitamente a uma vítima economicamente vulnerável. Outros elementos posteriormente vão se somando à estes para construir os elementos agravantes para fixação do *punitive damages*. Da mesma forma, criaram-se elementos minorantes para sua fixação, como é o caso de auxílio à vítima na tentativa de minimizar os danos causados, reconhecimento voluntário da prática danosa, envolvimento de funcionários com pequeno poder decisivo na prática do evento danoso.

Pelo que foi observado,⁹ o *punitive damages* não emergem de qualquer conduta, mas a partir de ações de extrema reprovação social que necessitam de uma resposta à altura por parte do Estado. Este dano não possui como única finalidade uma compensação financeira, mas possui uma lógica mais profunda: esta ação não pode ser repetida novamente, por esta razão, este dano será punido de forma exemplar, servindo de advertência a todos para que tais fatos não venham a ser repetidos no futuro. Por esta razão arbitramento do *quantum* indenizatório do instituto deve ser levado em consideração.

A crítica que se tem feito à aplicação do Punitive Damages do direito norte-americano é que eles podem conduzir ao arbitramento de indenizações milionárias, além de não encontrar amparo no sistema jurídico-constitucional da legalidade das penas [...]. Ademais, pode se fazer com que a reparação do dano moral tenha valor superior ao do próprio dano. Sendo assim, revertendo as indenizações em proveito do próprio lesado, este acabará experimentando um enriquecimento ilícito, com o qual não se compadece o nosso ordenamento (GONÇALVES, 2011, p. 678).

No Brasil, o art. 5º, V da CF/88 menciona que a indenização – material e moral – deve ser proporcional à ofensa. Da mesma forma o art. 944 do CC/02: “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Tais dispositivos demonstram o *animus* da indenização no ordenamento jurídico brasileiro: a reparação do dano, sua compensação. É uma relação de responsabilidade: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (art. 927 do CC/02). Por isso, a condenação ocorrerá somente a partir de um reflexo do dano, como reflexo da condenação ressarcitória, por esta razão, mesmo que tal condenação possui um certo elemento de desestímulo, este estará presente apenas no montante suficiente para ressarcir o lesionado, sem produzir riqueza inesperada (SOUZA, 2010).

⁹ “Pode-se resumir na afirmação de que punitive damages devem ser fixados quando se puder identificar hipótese em que a conduta a ser punida seja universal e profundamente reprovada e que, portanto, represente potenciais danos a uma coletividade” (SOUZA, 2010, p. 34).

A premissa dos *punitive damages* de desestimular determinadas condutas e ao mesmo tempo conscientizar para práticas reprováveis através do elemento sanção exemplar – nos Estados Unidos arbitrado em milhões – levaria aqui no Brasil a um enriquecimento sem causa/ilícito, configurando o art. 884 do CC: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir, o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

Os *punitive damages* são uma tentativa de coibir determinada prática, utilizando-se para isso de uma condenação punitiva exemplar, onde não é possível fazer um raciocínio de “dano eficiente” como menciona Caldas (et. al., 2013), ou um raciocínio de eficiência econômica, como demonstrado no Case Ford Pinto.¹⁰ Por esta razão, nos Estados Unidos falamos de cifras “milionárias”.¹¹

No tocante aos excessos condenatórios citamos os *three strikes laws*, algo parecido com os “três delitos”, que trata de uma punição exemplar para reincidência em pequenos furtos. Exemplo disso é a punição para um

¹⁰ Como forma de exemplificar o raciocínio do “dano eficiente”, citamos o *case Ford Pinto* (Grimshaw vs. Ford Motors Company), cujo condenação obrigou a empresa Ford a pagar a título de indenização compensatório US\$ 2,5 milhões de dólares e US\$ 125 milhões de dólares a título de *punitive damages* ao autor da ação, Richard Grimshaw. O caso ocorreu na Califórnia, em maio de 1972. Richard Grimshaw tinha 13 anos e estava acompanhando a Sra. Gray em seu automóvel Ford Pinto em uma autoestrada dos Estados Unidos, quando a direção do veículo travou e o mesmo invadiu outra pista, sofrendo um impacto na parte traseira do carro, impacto este que rompeu o tanque de gasolina, fazendo com que o veículo pegasse fogo. Os dois ocupantes sofreram queimaduras. Em decorrência dos fatos a Sra. Gray veio a falecer e o jovem Grimshaw perdeu pedaços de sua mão e orelha esquerda, sendo submetido a diversas cirurgias corretivas plásticas que lhe deixaram com cicatrizes permanentes. Neste *case* se menciona uma análise de risco/benefício realizada pela empresa Ford para fazer ou não uma mudança no design do veículo Ford Pinto que acarretaria, em eventuais acidentes, menores danos ao veículo, minorando lesões e diminuindo os riscos de óbitos. Através dessa análise de risco/benefício a empresa optou por não implementar em seu projeto esse novo design, o que teria custado um aumento do custo de produção de US\$ 11 dólares por veículo. Percebe-se que os custos monetários de se fazer essa mudança eram maiores que o benefício social almejado. Em números, o custo total da operação teria sido de US\$ 137 milhões de dólares com a mudança contra a estimativa de US\$ 49,5 milhões de dólares aplicados em indenizações por mortes, lesões e danos nos veículos. Com base nesses cálculos a empresa Ford optou por não efetuar as mudanças que tornariam o Ford Pinto mais seguro.

¹¹ Souza salienta que os Estados Unidos estão buscando diminuir os valores de condenações em ações de responsabilidade civil (*tort reform*). Está-se dando uma atenção especial aos valores de arbitramento: “A orientação jurisdicional surgiu feito. Em trabalho, produzido em 2002, Laycock percebe que punitive damages são estabelecidos em apenas 2% das demandas que vão efetivamente a julgamento e que o valor médio fixado oscila entre US\$ 38 mil e US\$ 50 mil. Deve-se atentar para a particularidade dos altos custos dos processos judiciais estadunidenses, de modo que as contendas que efetivamente recebem sentença ordinariamente têm litigantes de grande capacidade econômica. Os valores fixados, portanto, estão bastante longe de significar efetivo empobrecimento para o infrator ou enriquecimento exagerado ao autor da ação. Percebe-se que mesmo nos EUA são poucos os processos considerados habilitados a receber resposta jurisdicional na forma de punitive damages. E mesmo nos que recebem esse provimento jurisdicional, há repúdio na ordinariade de fixação de valores excessivos” (2010, p. 40).

furto em uma das lojas da Kmart, onde o réu foi condenado a 50 anos de prisão por furtar três fitas de vídeo, cujo valor venal era de aproximadamente US\$ 150 dólares.

No Brasil vigora uma certa proporcionalidade entre o ato ilícito e a resposta do Estado, pautado numa dosimetria. Como menciona Lima (2019) quando aborda algumas das sanções da lei 8.429/02 – lei que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos em casos de enriquecimento ilícito – onde a pena deve ser algo “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (art. 59 do CP). Da mesma forma, quando aborda a questão da proibição de contratar com o poder público, o autor menciona:

Deve ser sopesado, minudentemente, o contexto do ocorrido, a vida da empresa, seus sócios, em suma, todos os aspectos relevantes, de fato e de direito, para aplicar a sanção, sem se descuidar do valor social do trabalho, em suma, das diretrizes maiores que emergem do artigo 170 da CF, fazendo o Judiciário talvez a sua função mais nobre, qual seja, a justa, ponderada e equitativa dosagem da reprimenda, atendendo, na exata medida, ao fim social da lei e ao bem comum, que a mesma busca preservar (LIMA, 2019, s.p).

Sob um outro viés, mesmo sendo considerada drástica a posição do caso estadunidense, em razão de um exagero punitivo, tal condenação é uma boa política criminal no viés de desestimular pequenos furtos. Se não houvesse uma condenação ou se esta for insuficiente, poderíamos ser levados a uma sensação de impunidade, de desordem.¹²

Ao que parece às *punitive damages* podem ganhar força diante da insuficiência da simples reparação dos danos causados, pois em muitos casos após a reparação do dano o agressor continua praticando atos ilícitos e aferindo benefícios econômicos. Rosedá (2008) relata que o instituto vem ganhando cada vez mais força na jurisprudência brasileira, no que

¹² Não podemos deixar de salientar ao que Rodrigues (2006) chama a atenção e de que é difícil fazer prova, que nos Estados Unidos parece existir uma forte influência do lobby de empresas particulares que constroem e administram prisões nessas penas excessivas. Como simples negócio, quanto maior o número de presos maior o lucro.

tange às ações de danos morais individuais, principalmente em razão da busca de uma postura mais rígida por parte do Poder Judiciário.

Entendemos que, observados alguns casos judicializados, a punição não surte efeitos práticos pedagógicos, sendo que sua prática muitas vezes é reiterada. Assim, adotamos a posição que, em alguns casos, a aplicação de indenizações por parte dos Tribunais não surte os efeitos almejados com a condenação. Alguns entendem que a aplicação de determinadas indenizações por parte dos Tribunais são vergonhosas, acanhadas, um tanto quanto módicas. No entanto, somos levados a crer que o “desrespeito” às condenações – tendo em vista sua reiterada prática – numa análise presumida de risco/benefício (como a adotada no Case Ford Pinto) é mais vantajoso para determinadas empresas. Nas relações de consumo vislumbra-se tal posição, pois em muitos casos é mais vantajoso pagar indenizações para poucos em detrimento do lucro obtido através dos muitos X investir em melhoria de produtos ou serviços.

De Paula (2017) em sua análise menciona que, muito embora a responsabilidade civil do Código Civil brasileiro não contemple a função punitiva da reparação do dano moral, a jurisprudência atual tem-se inclinado no sentido de aumentar o valor das indenizações para se combater certa impunidade e desrespeito às decisões.

Entendemos ser possível a utilização dos *punitive damages* no Brasil, de forma proporcional e razoável, majorando de forma substancial as indenizações condenatórias de dano moral na busca por coibir determinadas práticas, em razão de seu caráter social de reprovabilidade, sendo atribuído a isso um valor condenatório que não pode ser desprezado.¹³

¹³ O resultado do case *Ford Pinto* – condenação de US\$ 125 milhões de dólares – revelou para o grupo de jurados que “é errado uma empresa tomar decisões que possam sacrificar a vida de seus clientes para reduzir o custo da empresa ou aumentar seus lucros” (“it is wrong for a corporation to make decisions which may sacrifice the lives of its customers in order to reduce the company's cost or increase its profits”) e que “embora possa ser um raciocínio de eficiência econômica válido, a Ford Motor Company e outras empresas são forçadas a pensar duas vezes antes de utilizar uma análise de risco/benefício em seu processo de tomada de decisão” (“while it may be valid economic efficiency reasoning, the Ford Motor Company and others are forced to think twice before utilizing a risk/benefit analysis in their decision making process”) (LEGGETT, 1999, s.p).

Referências

- BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito civil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- CALDAS, Andréa Gouthier; BORGES, Andréa Moraes Borges e SOUZA, Adriano Stanley Rocha. **Dano Moral e Punitive Damages**. São Paulo: Del Rey, 2013.
- LEGGET, Christopher. **The Ford Pinto Case: the valuation of life as it applies to the negligence-efficiency argument**. 1999. Disponível em: <https://users.wfu.edu/palmitar/Law&Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto.html>. Acesso em: 02 fev. 2019.
- LIMA, André Barreto. Punitive damage. **Revista Jurídica da Justiça Federal da Bahia**. Salvador: SJBA, v.11, n.13, p. 272-286, set.2017.
- LIMA, Arnaldo Esteves. **Considerações sobre o aspecto punitivo nas condenações por improbidade**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-18/arnaldo-lima-aspecto-punitivonas-condenacoes-improbidade>>. Acesso em: 02 fev. 2019.
- MELO, Rhayra Melo Ribeiro de Carvalho. Aplicação do caráter punitivo do dano moral nas relações de consumo. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 21, n. 4767, 20 jul. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50654>>. Acesso em: 26 jan. 2019.
- RESEDÁ, Salomão. **A Aplicabilidade do Punitive Damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Federal da Bahia – UFBA. 283p. Salvador: UFBA, 2008.
- RODRIGUES, Francisco Cesar Pinheiro. **Indenizações “punitivas” e a Suprema Corte Americana**. Publicado em 17 de novembro de 2006. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI32666,41046-Indenizacoes+punitivas+e+a+Suprema+Corte+Americana>>. Acesso em: 02 fev. 2019.
- SOUZA, Rodrigo Trindade. Punitive damages e o direito do trabalho brasileiro: adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região** - jan./dez. de 2010, p. 29-65. Disponível em: http://www.trt7.jus.br/files/jurisprudencia/revista_tribunal/Revistado_TribunalDEF_2010.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2019.
- USA. **Cornell Law School**. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/punitive_damages>. Acesso em: 02 fev. 2019.

Critérios para a reparação do dano patrimonial e do dano moral

*Amanda de Moraes Weidlich*¹

1 Introdução

O dano consubstancia uma ilicitude (ressalvadas as hipóteses excepcionais de responsabilidade civil por fato lícito), ou seja, uma quebra do equilíbrio social, que enseja a reparação à vítima e à sociedade, a fim de restabelecer seu equilíbrio.

Tem sido assim desde a Roma Antiga, onde o brocardo “*Neminem Laedere*” orientava a vida em sociedade, ao determinar que toda pessoa devia agir de modo a não ofender ninguém, obrigando-se reparar os danos que porventura causasse.

Assim, essa ideia do *Neminem Laedere* orienta toda a responsabilidade civil desde a Antiguidade, norteando a obrigação de reparar a vítima na medida do prejuízo que sofreu, seja ele patrimonial ou moral.

Uma vez estabelecido o dever de indenizar, há que se quantificar o sofrimento inflingido, de modo a possibilitar a fixação de uma indenização justa e equânime, que indenize todo o prejuízo sofrido, mas sem constituir fonte de enriquecimento injustificado à vítima.

Por essa razão, mister o estudo dos critérios norteadores da reparação dos danos morais e materiais, em suas mais diversas fontes:

¹ Mestre em Direito pela IMED. Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul. amanda_weidlich@hotmail.com.

constitucionais, legais, doutrinárias e jurisprudenciais, o que será tratado a seguir.

2 Conceito

Em matéria de responsabilidade civil, a reparação, ou seja, o restabelecimento da vítima ao estado anterior ao dano, pode ser pecuniária ou natural.

Diz-se natural, ou “in natura”, aquela reparação que repõe ao patrimônio lesado exatamente o bem que foi dele extraído, como na hipótese em que um veículo deteriorado é substituído por outro, de idêntico valor, marca, cor, quilometragem, etc.

Muito embora seja a reparação ideal, já que restitui o lesado ao “status quo ante”, raramente é possível de ser implementada, razão pela qual, paralelamente à natural, há a reparação pecuniária.

Em sendo assim, na hipótese de restar inviabilizada a reparação natural, busca-se o dimensionamento econômico do valor do prejuízo, determinando-se ao autor do dano que pague uma quantia em dinheiro em favor da vítima do ato ilícito.

No caso dos prejuízos puramente econômicos, a quantificação do dano é alcançada pela aplicação da Teoria da Diferença, atribuindo-se à vítima reparação correspondente a sua perda patrimonial (MORAES, 2013, p.143):

Tradicionalmente, define-se dano patrimonial como a diferença entre o que se tem e o que se teria, não fosse o evento danoso. A assim chamada ‘Teoria da Diferença’, devida à reelaboração de Friedrich Mommsen, converteu o dano numa dimensão matemática e, portanto, objetiva e facilmente calculável.

Nesse contexto, pode-se conceituar a reparação do dano ou indenização como o meio de recompor o patrimônio da vítima ao estado que desfrutava anteriormente ao dano, podendo se dar pela entrega

específica do bem expropriado – reparação “in natura” – ou pelo seu equivalente econômico – reparação pecuniária.

3 Critérios para a reparação de danos

Uma vez apresentadas as diferentes formas de reparação – natural ou pecuniária -, faz-se necessário indagar: como a indenização é medida?

O princípio que rege a medida da indenização é o da Reparação Integral do Dano, previsto no art. 944 do Código Civil, por força do qual a totalidade dos danos sofridos pela vítima deve ser indenizada.

Ou seja, a indenização é medida pela extensão do dano, não podendo ser maior, nem menor, pois a reparação não pode ser ínfima, que não compense o prejuízo sofrido, nem excessiva, ao ponto de se tornar fonte de enriquecimento para a vítima, conforme elucida Paulo de Tarso Vieira Sanseverino (2010, p. 58):

a plena reparação do dano deve corresponder à totalidade dos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima do evento danoso (função compensatória), não podendo, entretanto, ultrapassá-los para evitar que a responsabilidade civil seja causa para o enriquecimento injustificado do prejudicado (função indenitária), devendo-se estabelecer uma relação de efetiva equivalência entre a indenização e os prejuízos efetivos derivados dos danos com avaliação em concreto pelo juiz (função concretizadora do prejuízo real). Os prejuízos efetivamente sofridos pelo lesado constituem não apenas o piso mínimo da indenização (função compensatória), mas também estabelecem o seu teto máximo (função indenitária), balizando concretamente a atividade judicial voltada à sua quantificação (função concretizadora).

Em outras palavras, pode-se afirmar que a indenização abrange todo o dano, mas não mais que ele, lembrando-se, todavia, que “indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto” (PIZZARO, 1991 apud CAVALIERI, 2004).

Em que pese a norma expressa constante do art. 944 do Código Civil, o ordenamento jurídico prevê determinadas exceções ao princípio da

reparação integral do dano, que demonstram que não foi adotado de forma absoluta pelo legislador brasileiro.

A primeira delas diz respeito à medida da culpabilidade, pois embora a regra geral estabeleça que a indenização se mede pela extensão do dano, o valor da reparação pecuniária pode ser reduzido em atenção à culpa do agente causador, nos termos do parágrafo único do art. 944 do Código Civil: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

Há nítida preocupação do legislador com a equidade, ou seja, com a solução mais justa para o caso concreto. Assim, quando o dano for desproporcional à culpa do agente, o juiz poderá reduzir o valor da indenização, relativizando o princípio da reparação integral do dano.

Considerando tratar-se de exceção à regra geral, ou seja, ao princípio da reparação integral do dano, indaga-se se a hipótese inserta no parágrafo único do art. 944 do Código Civil deve ser interpretada restritivamente, aplicando-se unicamente às hipóteses de responsabilidade civil subjetiva, já que se relaciona justamente com a medida da culpabilidade do agente causador do dano.

Embora a resposta a essa questão pareça ser óbvia, indicando para a aplicação do dispositivo apenas nas hipóteses de responsabilidade subjetiva, há decisões judiciais indicando sua incidência também aos casos de responsabilidade objetiva, como se extrai da ementa do acórdão proferido pela Sexta Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul quando da análise da Apelação Cível N^o 70070346978:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONSTRUÇÃO DE RODOVIA. AGRAVAMENTO DE AVARIAS EM IMÓVEL DO AUTOR. PREJUÍZO MATERIAL EVIDENCIADO. EXTENSÃO DO DANO. ART. 944, PARÁGRAFO ÚNICO, E ART. 945, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL.

1. Em se tratando de danos ocasionados pela realização de obra pública por pessoa jurídica de direito privado, **a responsabilidade civil se dá de acordo com a teoria objetiva**, ou seja, independe de culpa, bastando a comprovação

do prejuízo e do nexo de causalidade. Inteligência do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

2. Caso em que o imóvel da parte autora está localizada na margem de rodovia a qual estava sendo construída pela empresa demandada. Prova pericial a indicar que a obra realizada contribuiu para o agravamento da presença de avarias no imóvel. Dever de indenizar configurado.

3. Prejuízo material reconhecido. An debeatur comprovado. Apuração do quantum debeat em liquidação de sentença.

4. **Necessidade de redução proporcional do montante indenizatório, porque a obra não foi a causadora das avarias, rachaduras e deteriorações no imóvel, que eram preexistentes, mas sim somente pelo seu agravamento. Observância ao art. 944, parágrafo único, e art. 945, ambos do Código Civil. Redução de 40% (quarenta por cento) do percentual do valor total das avarias, rachaduras e deteriorações no imóvel.**

Houve, portanto, a redução da indenização com a aplicação do disposto no parágrafo único do art. 944 do Código Civil em caso que versava sobre responsabilidade objetiva, não em atenção ao grau de culpa do causador do dano – pois ausente nessa modalidade de responsabilidade civil – mas sim em decorrência do reconhecimento de concausas, que contribuíram para o dano.

Outra exceção ao disposto no caput do art. 944 do Código Civil é estabelecida no parágrafo único do art. 928 do citado diploma legal, que trata da responsabilização dos incapazes quando seus representantes não tiverem condições de reparar o dano.

Nesse caso, em nome do princípio da dignidade da pessoa humana, reduz-se o valor da indenização para proteger o incapaz responsável pelo seu pagamento, no intuito de evitar sua insolvência: “Art. 928. [...] Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.” (BRASIL, 2003).

Paralelamente às exceções previstas no Código Civil, a Lei de Imprensa (Lei n. 5250/67) e o Código Brasileiro do Ar (Lei n. 7.565/86) também estabeleciam limitações ao valor da indenização, que, porém,

foram derogadas pela Constituição Federal de 1988, pois passou a prever, com status constitucional, o princípio da reparação integral do dano.

De fato, em seu art. 5º, a Constituição Federal estabeleceu que “V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, e, ainda, que “X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988).

Talvez aqui resida a questão mais atual e polêmica envolvendo a responsabilidade civil e a reparação de danos, uma vez que a “Reforma Trabalhista” operada pela Lei n. 13.467/2017 tenta novamente (re)inserir no ordenamento jurídico brasileiro o “tabelamento da indenização”, em manifesta afronta ao princípio da reparação integral.

Com efeito, ao tratar da indenização do dano extrapatrimonial apurado nas relações de trabalho, o art. 223-G da Lei n. 13.467/2017 determina que:

§ 10 Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido. § 20 Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 10 deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor. § 30 Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.”

Ora, ao fixar parâmetros pecuniários ao valor da reparação, instituindo verdadeiro “tabelamento”, o legislador ordinário vai de encontro ao disposto na Constituição Federal, que estabelece a reparação integral do dano como parâmetro indenizatório.

Por essa razão, há diversas vozes asseverando sua inconstitucionalidade, na esteira do que já decidiu o E. Supremo Tribunal Federal quando do reconhecimento da incompatibilidade do tarifamento constante da Lei de Imprensa com a Constituição Federal – ADPF 130/DF, havendo, inclusive, ADI ajuizada pela ANAMATRA em vista dos dispositivos da CLT alterados pela reforma trabalhista.

Ainda, o princípio da reparação integral pode ser excepcionado pela vontade das partes na hipótese de responsabilidade contratual, quando os contraentes pactuam o (não) pagamento de reparação independentemente de dano, ou de sua extensão.

Todavia, ressalta-se que nenhuma dessas exceções ao princípio da reparação integral do dano se aplica nas relações de consumo, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor adotou o princípio de modo absoluto, conforme previsão constante de seu art. 6º, inciso VI.

Uma vez compreendido o princípio da reparação integral do dano, bem como suas exceções, indaga-se acerca de sua aplicação prática, o que será tratado a seguir.

4 A reparação dos danos materiais e morais

A reparação dos danos materiais deve abranger tanto os danos emergentes, quanto os lucros cessantes, além dos acessórios da indenização, quais sejam: os juros, a correção monetária e os honorários advocatícios, nos exatos termos do art. 395 do Código Civil.

Os juros aqui previstos são moratórios e contados a partir: da citação inicial, nas hipóteses de responsabilidade contratual, conforme art. 405 do Código Civil; do ato ilícito-dano, em caso de responsabilidade extracontratual, na forma do art. 398 do Código Civil e da Súmula 54 do STJ.

A correção monetária consiste na atualização do capital, para evitar a desvalorização do dinheiro decorrente da inflação. Seu termo inicial é a data do desembolso, ou seja, do efetivo prejuízo, conforme súmula 43 do STJ.

A Justiça Estadual do Estado do Rio Grande do Sul adota, como índice de correção, o IGPM, ao passo que a Justiça Federal e a Justiça do Trabalho o IPC e o FADT, respectivamente.

Por fim, os honorários advocatícios são calculados na forma estabelecida pela lei adjetiva, ou seja, de acordo com o artigo 85 do Código de Processo Civil.

Tratamento um pouco distinto merece o arbitramento do dano moral, uma vez que não apresenta repercussão econômica mensurável, exigindo seu arbitramento mediante verdadeiro exercício de equidade.

Isso porque, em se tratando de dano moral, a indenização em dinheiro não objetiva restituir a vítima ao *status quo* anterior ao dano, nem almeja recompor sua dor e/ou angústia, mas sim aliviar, amenizar seus sentimentos negativos, sob uma perspectiva de correspondência ou proporcionalidade, não de equivalência (GOUVÊA, 2015).

Há, porém, manifesta dificuldade em se quantificar a dor sofrida pelo lesado, de modo a permitir sua adequada indenização, especialmente diante da inexistência de critérios objetivos ou legalmente previstos sobre os quais o juiz possa ampara sua decisão.

A doutrina e a jurisprudência exercem um importante papel nesse aspecto, portanto, na medida em que fornecem ao julgador os parâmetros adequados para a equânime fixação do quantum indenizatório.

Segundo Luís Ricardo Fernandes Carvalho (2015):

Na análise da quantificação da indenização por danos morais, deve-se ter em mente a realidade social e cultural da localidade onde o dano ocorreu, bem como o âmbito de abrangência e incidência da indenização por danos morais vigente em nosso ordenamento jurídico.

O Superior Tribunal de Justiça também representa importante repositório jurisprudencial a nortear o arbitramento do montante indenizatório em matéria de danos morais. Já decidiu o C. STJ sobre a indenização devida por morte e danos corporais (GOUVÊA; SILVA, 2015):

Morte de pai de família: 200 salários mínimos para cada autor (REsp 468.93417) e 100 salários mínimos (REsp 435.71918). Morte de filho: 300 salários mínimos (EREsp 435.15719 e REsp 514.38420); 250 salários mínimos (AI 477.631-AgRg21 e REsp 565.29022), 200 salários mínimos (REsp 419.20623) e R\$ 65.000,00 (REsp 506.09924). Morte ocasionada por erro médico, independente da posição familiar ocupada pelo falecido: 300 salários mínimos: (REsp 371.93525 e REsp 493.45326). Lesões físicas de pequena monta, que não deixam seqüelas e ocasionam incapacidade apenas temporária para o trabalho: R\$ 6.000,00 (REsp 453.87427) e 20 salários mínimos (REsp 488.02428). Lesões físicas razoáveis, causadoras de seqüelas e de incapacidade parcial para o trabalho: R\$ 54.000,00 (AI 480.836-AgRg,29 hipótese em que ocorreu cegueira de um olho e deformidade no rosto); 100 salários mínimos (REsp 509.362,30 hipótese em que ocorreu apenas cegueira de um olho) e 200 salários mínimos (AI 479.935-AgRg,31 hipótese em que houve amputação de dois terços da mão esquerda, ocasionando perda do movimento de pinça). Lesões físicas graves, que causam incapacidade total e permanente para o trabalho: 570 salários mínimos (AI 469.137-AgRg32); R\$ 200.000,00 para um autor e R\$ 250.000,00 para o outro (REsp 505.08033).

Sobre a fixação da indenização do dano moral, há ainda a teoria do valor do desestímulo, ou “punitives damages”, segundo a qual o montante indenizatório, para além de compensar a vítima, também serve como pena ao seu agressor. Rodrigo Mendes Delgado (2003, p.256) leciona:

A teoria do valor do desestímulo é um instituto através do qual, por meio da condenação a uma soma milionária, pretende-se obter, a um só tempo, a punição do ofensor, desestimulando-o a reincidir no erro e, proporcionar um exemplo à sociedade como um todo, como meio preventivo.

No Brasil, a teoria é adotada com cautelas, especialmente pela atuação do Superior Tribunal de Justiça, que, ao adotar o critério da razoabilidade na fixação dos montantes indenizatórios, determina a redução de indenizações flagrantemente desproporcionais.

5 Considerações finais

Conforme visto, a responsabilidade civil e a consequente reparação de danos são objeto de atenção e estudo desde a Antiguidade, quando a vida do homem em sociedade impunha o dever de não lesionar (“*neminem laedere*”).

Com a evolução do direito e, principalmente, dos conflitos sociais, foi necessário sistematizar esses critérios de responsabilização e de reparação de danos, na medida em que a vida em sociedade se tornou cada vez mais complexa.

A Teoria da Diferença vem, nesse contexto, conceituar a moderna concepção de reparação do dano como o meio de recompor o patrimônio da vítima ao estado que desfrutava anteriormente ao dano, podendo se dar pela entrega específica do bem expropriado, “*in natura*”, ou pelo seu equivalente econômico.

No Brasil, os critérios indenizatórios encontram-se elencados basicamente no Código Civil, que, em seu art. 944 consagra o princípio da reparação integral do dano, reproduzindo, nesse aspecto, a norma inserta nos incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal.

A par da legislação vigente, a jurisprudência dos Tribunais pátrios também exerce importante papel na fixação dos montantes indenizatórios e, especialmente, no estabelecimento dos critérios de reparação do dano moral, para o qual é inviável a concepção estritamente matemática fornecida pela Teoria da Diferença.

Nesse aspecto, a propósito, aguarda-se o pronunciamento judicial de questões polêmicas, como a que questiona a constitucionalidade do tarifamento indenizatório trazido pela “Reforma Trabalhista” (art. 223-G da Lei n. 13.467/2017).

Disso se conclui que a temática da reparação de danos, sejam eles materiais ou morais, e, principalmente, dos critérios para sua fixação, permanece em constante evolução, na medida em que precisa se adaptar às

velozes e (quase sempre) complexas relações humanas, requerendo estudo e atenção contínuos de juristas, estudantes de Direito e Tribunais pátrios.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. **Lei n. 7.565**, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7565.htm>. Acesso em: 2019.

BRASIL. **Lei n. 5.250**, de 9 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-5250-9-fevereiro-1967-359026-norma-atualizada-pl.html>>. Acesso em 2019.

BRASIL. Lei n. 20.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em 2019.

CARVALHO, Luís Ricardo Fernandes. **Indenização por danos morais**. Quantum. In: STOCO, Rui. Doutrinas Essenciais. Dano Moral, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 2004.

DELGADO, Rodrigo Mendes. **O valor do dano moral**. Como chegar até ele. Teoria e prática. São Paulo, 2003.

GOUVÊA, José Roberto Ferreira; SILVA, Vanderlei Arcanjo da. A quantificação dos danos morais pelo STJ. In: RIZZARDO, Arnaldo. **Doutrinas Essenciais de Dano Moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Acórdão n. 70070346978**. 6a Câmara Cível. Relator: Alex Gonzalez Custódio, julgado em 26 de

outubro de 2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

SANSEVERINO, Paulo Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Os efeitos da sentença penal na esfera cível

Rowana Camargo¹

Inicialmente, antes de adentrar nos efeitos da sentença penal na esfera cível propriamente ditos, importante tecer breves considerações acerca da independência das esferas criminal, cível e administrativa, e sua relativização.

Um mesmo fato pode repercutir nas três esferas, responsabilizando o agente sem que incida, contudo, na vedação do *ne bis in idem*. Por exemplo, um servidor público punido administrativamente por um fato considerado crime, além punição da falta disciplinar, responderá na seara criminal e poderá enfrentar uma ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público na esfera cível, ou seja, o princípio da independência das instâncias permite que elas atuem juntas. Ou, ainda, pode o procedimento administrativo disciplinar ser arquivado, sem reconhecimento da falta grave e, mesmo assim, prosseguir a investigação criminal e ser ajuizada a ação competente na esfera cível.

Mas a independência das instâncias não é absoluta, admitindo a interferência de outras esferas, principalmente quando tratar-se de fato punido criminalmente: a sentença penal condenatória ou absolutória interferirá diretamente na esfera cível.

Quando proferida uma sentença penal condenatória, segundo o artigo 935 do Código Civil, não mais se questionará “sobre a existência do

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade Anhanguera de Passo Fundo. Mestre em Ciências Humanas pela Universidade Federal da Fronteira Sul - UFFS. Advogada. rowanacamargo@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3291340550212807>

fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”, depois do trânsito em julgado, é claro. O inciso VI do artigo 515 do Código de Processo Civil, assim como o artigo 63 do Código de Processo Penal disciplinam que depois de transitada em julgado a sentença condenatória poderá ser executada no juízo cível para a reparação do dano. O parágrafo único desse último dispositivo autoriza que a execução ocorra pelo valor eventualmente fixado pelo juízo criminal, conforme dispõe o artigo 387, inciso IV do Código de Processo Penal, “sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido”.

Esse ponto merece destaque. A fixação do dano pelo juízo criminal, como previsto no artigo anteriormente citado, é motivo de grande discussão, porque, não raras vezes, o magistrado fixa um valor que não foi objeto de pedido expresso pelo titular da ação penal – Ministério Público ou assistente de acusação – impedindo, assim, o exercício do contraditório e da ampla defesa. O entendimento jurisprudencial e doutrinário majoritário é no sentido de que deve haver um pedido expresso, sendo defeso, portanto, que o magistrado fixe a indenização de ofício. Nessa linha a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

[...] De fato, é assente a jurisprudência desta Corte no sentido de que a aplicação do instituto disposto no art. 387, IV, do CPP, referente à reparação de natureza civil, quando da prolação da sentença condenatória, requer a dedução de um pedido expresso do querelante ou do Ministério Público, em respeito às garantias do contraditório e da ampla defesa, sendo inviável o seu emprego de ofício. (REsp 1707850/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 12/04/2018).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pactua desse entendimento, inclusive afastando a condenação de ofício. Por oportunidade do julgamento da Apelação Crime n. 70078337078 da Quinta Câmara Criminal, de relatoria da Desembargadora Lizete Andreis Sebben, julgado em 27/03/2019, resta claro:

[...] A Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, que deu nova redação ao art. 387, inc. IV, do CPP, possibilitou a fixação, na sentença criminal, de um valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. Com isso, evita-se que a vítima tenha de demandar no juízo cível para pleitear a reparação dos danos, que efetivamente já tenha demonstrado na esfera penal. No caso concreto, contudo, não houve discussão acerca do valor postulado, tampouco qualquer pedido nesse sentido, de modo que vai afastado o montante fixado. RECURSO DESPROVIDO, POR MAIORIA. DE OFÍCIO, AFASTADA A INDENIZAÇÃO.

Por outro lado, há entendimento minoritário no sentido de que se houver nos autos elementos mínimos capazes de dar suporte à fixação da indenização, inexistindo insurgência defensiva, o magistrado possuiria condições de fazê-lo, que segue representada pelo julgado:

[...] Indenização civil. O art. 387, IV, do CPP determina ao juiz a fixação de valor mínimo a título de indenização civil sempre que houver nos autos elementos mínimos para estimar o prejuízo sofrido, sob pena de o dano se manter para a vítima como consequência do crime. Os valores fixados pela sentença foram baseados nos boletins de ocorrência e nos autos de avaliação constantes dos autos, sobre os quais não há qualquer insurgência defensiva. Condenação ao pagamento de reparação civil mantida. Por maioria. APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Crime Nº 70079878310, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 28/03/2019).

Importante salientar que independentemente da fixação de indenização na sentença penal condenatória, esta servirá como título executivo na esfera cível (nos casos previstos em lei). A diferença é que quando já existe um valor mínimo apontado, o exequente – a vítima, representante legal ou herdeiros – partirá de um *quantum*, podendo requerer valor superior, sendo apurado o dano efetivamente sofrido. Dessa forma, havendo sentença condenatória definitiva na esfera criminal, não se discute culpa no juízo cível, mas sim, e apenas, o *quantum debeat*:

Assim, transitada em julgado a sentença penal condenatória, a sua execução no juízo cível visa ao “quantum” da reparação, podendo ser promovida pelo

ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. A condenação penal irrecorrível faz coisa julgada no cível para efeito da reparação do dano, não se podendo mais discutir a respeito do “an debeatúr”, mas somente o “quantum debeatúr”. Isso significa que o causador do dano já não mais poderá discutir no juízo cível se praticou o fato ou não; se houve relação causal entre a sua conduta e o resultado; se agiu ilicitamente ou não; se agiu culpavelmente ou não. Só poderá discutir a respeito do valor correspondente à indenização. (STOCO, 2004, p. 272).

Cumprido ressaltar que a indenização na esfera cível compreende os danos efetivamente causados, bem como os morais e estéticos, caso existentes, a serem mensurados pelo julgador conforme o caso concreto. Além disso, a ação cível pode ser intentada antes do trânsito em julgado da sentença penal, mas poderá ser suspensa até o julgamento definitivo na seara criminal, como preceitua o parágrafo único do artigo 64 do Código de Processo Penal, o que se entende ser prudente para evitar decisões conflitantes e que, assim, causem prejuízo às partes.

A sentença absolutória, por sua vez, possui diversos aspectos peculiares, capazes de ensejar, afastar ou relativizar a possibilidade de indenização civil.

O artigo 386 do Código de Processo Penal elenca as hipóteses de absolvição e, em alguns casos ainda persistirá o dever de indenizar, quais sejam: i) por não estar provada a existência do fato (inciso II); ii) por não constituir a infração penal o fato (inciso III); iii) por não existir prova suficiente de ter o réu concorrido para a infração penal (inciso V); iv) por insuficiência de provas (inciso VII). Nessas situações, não há uma conclusão definitiva sobre a existência ou não do fato, tampouco da autoria, de modo que, por exemplo, a sua existência pode ser provada na esfera cível. O fato que não é infração penal pode repercutir de outro modo quanto à responsabilização civil, porque o princípio do *in dubio pro reo* vige apenas na seara criminal.

Tal entendimento é confirmado pelo artigo 66 do Código de Processo Penal que autoriza a propositura de ação civil quando “não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”. Nesse

mesmo sentido o artigo 67: “não impedirão igualmente a propositura da ação civil: I – o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação; II – a decisão que julgar extinta a punibilidade; III – a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime”. Importante fazer uma ressalva quanto ao inciso I, porque se o arquivamento decorrer da inexistência do fato ou uma excludente de ilicitude, fará coisa julgada. Em suma, tais artigos indicam as hipóteses em que é possível a rediscussão da matéria na esfera cível, embora não tenha havido condenação na esfera penal.

Por outro lado, fazem coisa julgada na esfera cível as hipóteses previstas nos incisos I e IV que são, respectivamente, estar provada a inexistência do fato e estar provado que o réu não concorreu para a infração penal. Nesses dois casos, fica claro que não pairam dúvidas sobre a conduta do réu.

Já o inciso VI traz possibilidades de exclusão do crime ou que isentam o réu de pena, que estão previstas nos artigos 20, 21, 22, 23, 26 e parágrafo 1 do artigo 28, todos do Código Penal, que são: erros de tipo e proibição, coação moral irresistível e a obediência hierárquica, legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito e o estrito cumprimento do dever legal, inimputabilidade e a embriaguez acidental.

Nesse contexto, o artigo 65 do Código de Processo Penal trata com clareza as hipóteses que fazem coisa julgada no cível quando a sentença penal reconhecer ter sido “o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”. Estas excludentes de ilicitude afastam a antijuridicidade do fato típico, mas, por outro lado, não vedam o ajuizamento de ação cível, porque embora o juiz da esfera cível não possa discutir o caráter criminoso do fato, pode conceder a indenização por outros motivos, já que nem tudo que é lícito penalmente, o será também civilmente:

[...] não poderão divergir do juiz do crime, afirmando que o fato não se deu em legítima defesa ou em estado de necessidade. Isso é inquestionável, mas,

não obstante considerem provada a justificativa, casos admitirão de ressarcibilidade do dano [...].²

Por sua vez, o artigo 188 do Código Civil prevê que “não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; e II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente”; o parágrafo único aduz que o excesso não permitirá que o ato seja considerado legítimo. Para exemplificar a possibilidade de indenização cível, caso exista alguma das hipóteses do artigo 65 do Código de Processo Penal, pertinente transcrever:

Exemplo: aquele que matar um animal, que está dentro do quintal da casa do seu proprietário, porque invadiu o domicílio para fugir de um assalto, penalmente não responde, mas civilmente deve indenizar ao dono do imóvel os prejuízos causados, inclusive a morte do cão. É justamente o que preceitua o inciso II do art. 188, em combinação com os arts. 929 e 930 do Código Civil. [...] Conforme o disposto no art. 930, usando o exemplo já mencionado, o matador do cão no quintal deve indenizar o seu proprietário e, depois, querendo, voltar-se contra o assaltante que o perseguia. (NUCCI, 2013, p. 196).

Outro ponto de extrema relevância, é quanto à extinção da punibilidade pela prescrição ou outra causa, pois gerará efeitos na esfera cível. Em caso de prescrição da pretensão punitiva – aquela que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória – restará afastada a criação de título executivo judicial. Por exemplo, se houver a condenação de um delito em primeiro grau e em sede de julgamento pelo órgão colegiado houver o reconhecimento da prescrição, não terá implementado o requisito para que se torne um título executivo judicial, nos moldes do que prevê o artigo 935 do Código Civil. Nesse sentido, pertinente transcrever excerto do acórdão do Recurso Especial n. 1642331/S, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma,

² José Cretella Junior, em “Repercussão da sentença penal na esfera administrativa” (Disponível em: <faa.edu.br/revistas/docs/RID/2014/RID_2014_13.pdf>).

julgado em 24/04/2018, que representa o entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça:

Em outras palavras, reconhecida a prescrição da pretensão punitiva do Estado antes do trânsito em julgado, a sentença condenatória proferida no processo-crime não faz coisa julgada no cível, uma vez que o mérito da imputação não chegou a ser reanalisado em segunda instância, porque nela foi reconhecida previamente a prescrição retroativa. Sendo assim, a culpa deve ser apreciada na ação cível, sob pena do acusado restar cerceado em seu direito a ampla defesa, uma vez que na senda criminal o mérito da acusação (culpa e materialidade do delito) não chegou a ser apreciado pelo Tribunal a quo (e-STJ fls. 1.418/1.419).

Rogério Greco leciona que a prescrição da pretensão punitiva retroativa consiste na perda do poder-dever do Estado de punir, em razão de sua inércia por determinado período de tempo, afastando, portanto, todos os efeitos da condenação, tanto os principais quanto os secundários, os penais e os extrapenais. (2011, p. 244). Dessa forma, poderá a parte ajuizar ação cível, mas não utilizar a sentença como um título executivo judicial. Entretanto, tratando-se de prescrição da pretensão executória – ocorrida após o trânsito em julgado – permanece a formação do título executivo judicial (NUCCI, 2013, p. 193).

Quanto à anistia e à *abolitio criminis* – artigo 107, incisos II e III, respectivamente, do Código Penal – por constituírem causas de extinção da punibilidade, a sentença eventualmente proferida perde seu caráter de título executivo, mesmo depois do trânsito em julgado. Nesse mesmo sentido quando procedente a Revisão Criminal que absolve o réu, quando ocorrer baseada nos incisos I ou IV do artigo 386 do Código de Processo Penal.

A ação ajuizada pelo ofendido na esfera cível para pleitear indenização decorrente de dano por ato ilícito criminal é chamada de “ação civil ex delicto”. A legislação brasileira prevê o ressarcimento da vítima mediante uma (relativa) sintonia entre diferentes normas, conforme todos os dispositivos citados ao longo do presente artigo, merecendo destaque,

também, a previsão existente no Código Penal. O artigo 91, inciso I que determina que “são efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”; o artigo 16 prevê a redução da pena de um a dois terços se, “nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente”; o artigo 65, III, alínea b, é uma atenuante genérica que aduz: “procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano”; o artigo 78, que estabelece diretrizes da suspensão condicional da pena disciplina em seu parágrafo 2º que “se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis” poderá o magistrado substituir a prestação de serviços à comunidade ou limitação de final de semana, se cumpridas as condições contidas no rol taxativo do dispositivo; o artigo 83, inciso IV, fixa a reparação do dano como condição para a concessão do livramento condicional, salvo a impossibilidade de fazê-lo; o previsto no artigo 94, inciso III é semelhante, tornando-se elemento essencial para ingresso de pedido de reabilitação.

Inobstante a vasta previsão legislativa, na prática, salvo casos pontuais, a vítima não é indenizada, mesmo diante da fixação de valores como autoriza o artigo 387, inciso IV do Código Penal, na grande maioria das vezes porque sequer tem conhecimento de que isso é possível e, portanto, não intenta a ação civil ex delicto.

Por fim, pode-se concluir que a sentença penal, seja condenatória ou absolutória, causa efeitos na esfera cível. Para tanto, é imprescindível identificar os motivos que levaram à condenação ou absolvição e, inclusive, ao exercício da ampla defesa e do contraditório quando da fixação de indenização pelo juízo criminal, porque, como visto, os reflexos são diretos e claros na ação cível. A partir dos fundamentos utilizados na sentença penal, será possível identificar se será necessário provar a existência de

ilícito civil ou se haverá um título judicial executável, tendo em vista que a independência das esferas cível, penal e administrativa não é absoluta.

Referências

CRETELLA JR, José. **Repercussão da sentença penal na esfera administrativa.**

Disponível em: <faa.edu.br/revistas/docs/RID/2014/RID_2014_13.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2019.

GRECO, Rogério. **Código Penal:** comentado. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUNES, Walter. **Curso de Direito Processual Penal:** Teoria (constitucional) do processo penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** Salvador: JusPodivm, 2013.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org