



O CONCEITO DE DANO NO DIREITO BRASILEIRO E COMPARADO

The concept of damage in Brazilian and comparative law
Revista de Direito Civil Contemporâneo | vol. 2/2015 | p. 333 - 348 | Jan - Mar / 2015
DTR\2015\2169

Clovis V. do Couto E Silva

Catedrático de Direito Civil na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Área do Direito: Civil

Sumário:

- 1.O dano patrimonial - 2.Os danos à pessoa

Sem que se estabeleça¹ a noção de dano, não se pode ter uma idéia exata da responsabilidade civil num determinado país. Por outro lado, os danos pessoais e patrimoniais aparecem muitas vezes confundidos. Os danos morais detêm uma posição singular. Foi necessária uma longa evolução para que estes danos alcançassem a sua autonomia no Direito brasileiro.

No Direito brasileiro, há, em duas disposições, o reconhecimento expresso da reparação em razão do dano moral: a primeira, no art. 5.º, V, da CF: “É assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo além da indenização por dano material, moral e à imagem”. A segunda, no art. 5.º, X, segundo a qual: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Poder-se-ia pensar que o conceito de dano não comportaria nenhuma dificuldade e que seria praticamente o mesmo na doutrina. Todavia, muitos códigos não o definem. O Código Civil austríaco, ao contrário, no seu art. 1.293, dispõe que: “O dano é todo o prejuízo que alguém sofre em seu patrimônio, nos seus direitos ou na sua pessoa”.

O Código Civil francês deixou à doutrina a determinação do que se deveria considerar como prejuízo, sucedendo o mesmo com a maioria dos códigos, inclusive com o Código Civil brasileiro. Uma observação preliminar impõe-se seja feita. Há legislações que não admitem o dano moral, ou admitem de uma maneira muito limitada. Em consequência, tem-se duas noções a examinar: o dano patrimonial e o dano moral, apontando sempre para as soluções mais importantes de Direito Comparado.

1. O dano patrimonial

A noção de dano patrimonial é a mais antiga e a mais conhecida. O prejuízo moral é mais recente, pois que se pensava que os bens não patrimoniais estavam protegidos em face dos atentados a eles feitos, pelo Direito Penal. Além disso, não parecia a muitos admissível de transformar em dinheiro o simples dano moral. Atualmente, decerto, as idéias são absolutamente diversas.

1.1 A noção naturalista e normativa

A concepção de dano era, tradicionalmente, uma noção naturalista, vale dizer, considerava-se o dano que um bem determinado sofreu. É preciso levar em consideração o fato de o dano a bem determinado ser também dano ao patrimônio. Esta distinção não parece ter nenhuma implicação com as soluções práticas. Se observarmos que o dano deve ser mensurado pela diferença entre a situação patrimonial anterior e posterior à sua existência, verificar-se-á que esta noção ganha em importância. Se o bem, objeto de uma lesão, não tem nenhum valor patrimonial, poder-se-ia afirmar que o dano não pode ser considerado como tal, sob o ponto de vista jurídico. Mas se o Direito permite que a reparação tenha por objeto não somente a indenização *stricto sensu*, mas, também, a restituição *in natura*, a teoria da diferença perde em grande medida a sua importância.

Por isso, a admissão de um mínimo de indenização, quando o bem lesado não possui nenhum valor econômico, poderia ser vista como uma intromissão inaceitável de um elemento penal em matéria de responsabilidade civil. Seria necessário examinar a questão se, nesta hipótese, o credor poderia exigir a reparação *in natura* de um bem, o que, antes da lesão, não tinha valor econômico. A



resposta afirmativa não constituiria um abuso de direito? Observe-se que o conceito de utilidade da reparação domina a responsabilidade civil de uma maneira muito ampla. O fato é que a indenização tem por finalidade a composição dos interesses lesados.

Mas há interesses que não são econômicos, interesses subjetivos. Os interesses de afeição poderiam ser satisfeitos através da reposição *in natura*. Por esta razão, pode-se afirmar que, apesar da inexistência em certos casos de uma disposição a respeito, a obrigação primeira é de realizar a reparação *in natura*.² Esta espécie de reparação relaciona-se, diretamente, com a noção naturalista de dano, mas ela não é suficiente. É preciso reparar não somente o que se perdeu, diretamente, mas também o *lucrum cessans*. Quantifica-se o prejuízo, fazendo um cálculo que leva em conta o estado atual do patrimônio e a sua situação se o dano não tivesse ocorrido.

Alguns códigos não têm nenhuma norma a respeito do princípio da reparação *in natura*. Por isso, não se conclua que o princípio não existe. Observe-se que o princípio da reparação *in natura* é muito importante em matéria de dano “extrapatrimonial”. Não se deve pensar que o princípio da reparação se submeta unicamente a um conceito puramente naturalista do dano. A noção de reparação é comandada pela norma jurídica. Em consequência, é preciso examinar se há interesse jurídico na reparação a fim de que o pedido não seja arbitrário. Basta, contudo, o interesse moral ou de afeição.

A importância da noção jurídica de interesse é que ela determina a extensão do dano que alguém esteja obrigado a indenizar. Se a noção de dano fosse simplesmente um conceito naturalista, seriam as leis da física que dariam as regras próprias para a fixação dos limites do dano indenizável. Entretanto, há uma noção física de dano e uma noção jurídica. Como sucede muitas vezes, a norma jurídica seleciona uma fração do fato social para transformá-lo numa situação jurídica. Alude-se a esse propósito a noção de interesse violado.

É visível, na generalidade dos códigos, a preocupação do legislador, em que os juízes pudessem alargar a amplitude do dano indenizável de tal modo que se poderia qualificá-la como atividade jurisdicional arbitrária. Contrariamente a essa orientação, o Código Civil francês adotou uma “cláusula geral” em matéria de responsabilidade civil, o art. 1.382: “Qualquer fato da pessoa que causar dano a outrem, obriga este pela culpa em razão do qual ele ocorreu, a reparar”. Outros artigos (arts. 1.383-1.386) não são considerados senão simples enumeração dos danos indenizáveis.

No sistema alemão a preocupação do legislador, em face da atividade jurisdicional, é visível. Por esta razão, acrescentaram-se as disposições gerais dos §§ 249-254, regras extremamente minuciosas. Assim, a atividade do juiz alemão em matéria de responsabilidade civil é tímida, bem diversa da aplicação das regras do § 242 (a disposição a respeito da boa-fé) em relação ao conteúdo dos atos jurídicos, especialmente dos contratos. O paradoxo é que a jurisprudência francesa agiu, talvez, com a mesma timidez na aplicação do art. 1.135 do Código Napoleônico; em contraposição, foi audaciosa a propósito da interpretação dos arts. 1.382 e ss. do mesmo CC. Menciona-se que o princípio da separação de poderes impediu, historicamente, a jurisprudência francesa de dar amplitude às disposições do Código de Napoleão.³ Esta afirmação não é exata. A jurisprudência tem sido criativa em diversos setores do Direito, mas em matéria de responsabilidade civil ela é mais notável.

O Direito Civil brasileiro possui, também, uma “cláusula geral”, o art. 159 do CC, mas ele é complementado pelas disposições restritivas dos arts. 1.045-1.061, e 1.536-1.553 do CC. Limitou-se, através destes artigos, a discricção dos juízes.

O sistema do Código Civil brasileiro consiste numa composição entre regras contidas numa “cláusula geral” (art. 159 do CC), semelhante ao art. 1.135 do Código Napoleônico, e as disposições específicas a propósito dos atos ilícitos (arts. 1.518 e ss. do CC). A questão está em saber se é possível considerar como atos ilícitos, e em consequência, indenizáveis, hipóteses que não estão previstas nos arts. 1.518 e ss. do CC brasileiro, que definem as espécies. Pode-se observar o mesmo problema em todas as legislações que temem a atividade jurisdicional nesta matéria, como, p. ex., o Código Civil alemão.

Em geral, a lei protege os direitos de propriedade *lato sensu* e não se pode, por igual, dizer que a proteção do patrimônio esteja nela incluída, desde que não tenha havido uma lesão aos bens enumerados nos arts. 1.518 e ss. do CC.

Coloca-se a questão porque não há um artigo que proteja simplesmente o patrimônio.⁴

Uma outra questão é a de saber se direitos relativos, como, p. ex., os direitos obrigacionais podem ser protegidos de modo igual ao que sucede com os direitos absolutos. O simples direito obrigacional não goza da mesma proteção que os direitos absolutos; mas nem por isso se pode afirmar que ele não pode ser violado.

Se se tratasse de um direito obrigacional dotado de uma eficácia semelhante aos direitos reais, como sucede em certos sistemas jurídicos, em razão do registro imobiliário (p. ex., nos pré-contratos destinados à transmissão de propriedade imobiliária), então a utilização da tutela própria ao direito de propriedade seria possível, pois o Direito brasileiro permite o registro dos pré-contratos de transmissão imobiliária e os considera como um direito real.⁵

Diversos autores qualificam como um “direito em formação” a empresa privada, vale dizer, a unidade econômica que se relaciona com o empresário, pessoa física ou jurídica. A última situação caracteriza o que se denomina de “grupo de pessoas jurídicas” na qual o patrimônio de cada um deles é submetido à orientação unitária, de que remeta uma “unidade econômica”, sob as pessoas jurídicas, que, segundo o Direito, são independentes. Entretanto, a noção de empresa não está bem definida pela doutrina brasileira ou estrangeira. Em razão do fato de ser difícil precisar a noção, não é possível admitir que esteja incluída entre os direitos enumerados pelos artigos anteriormente citados do Código Civil brasileiro.

1.2 Os interesses lesados

Além dos direitos subjetivos que podem ser lesados pelas atividades das pessoas, já mencionados anteriormente, uma questão de grande importância doutrinária e prática é, entretanto, a que se relaciona com a tutela de certos interesses, como, p. ex., a “chance” ou mesmo interesses que podem ocorrer a todos, e por esta razão denominados de interesses coletivos. A proteção da chance é muito importante em matéria de responsabilidade profissional, responsabilidade contratual, sobretudo dos médicos, advogados etc. No Direito francês, esta proteção veio de uma decisão da Corte de Cassação, de 17.7.1889, que condenou a indenizar ao autor da ação, em razão de ato culposo de um funcionário do Ministério que o impediu de levar avante o processo e ganhá-la,⁶ hipótese de responsabilidade “quase-delitual”.

No Direito brasileiro, a responsabilidade profissional não tem sido aplicada com rigor pelos juízes. Como se trata, no geral, de obrigação de meios e, como há um certo *esprit de corps* especialmente entre os médicos, não é uma tarefa fácil chegar-se à sua condenação. A responsabilidade dos arquitetos, p. ex., não é tão difícil de ser estabelecida, pois se trata de uma obrigação de resultado, de uma hipótese de responsabilidade contratual.

Talvez tenha sido o Direito francês o primeiro a admitir a indenização das chances culposamente perdidas e a criação jurisprudencial foi possível em razão do Código Civil francês não conter uma enumeração dos bens protegidos, como sucede no Código Civil brasileiro (arts. 1.537-1.554), e em diversos outros Códigos Civis. Como já se mencionou, esta enumeração limita o poder dos juízes.

Há um problema semelhante em matéria de tutela de interesses coletivos. Estes interesses não podem ser qualificados como direitos subjetivos. Mas é preciso dar-lhes uma proteção jurídica mais eficaz, em razão da importância que eles possuem na atualidade. Assim, antes mesmo da existência de uma lei protetora desses interesses coletivos, encontram-se decisões permitindo que certas associações pudessem propor ações em juízo em virtude de lesão aos interesses anteriormente mencionados.

O Direito brasileiro admite que, fora das associações criadas para esta finalidade, o Ministério Público possa propor ações em juízo para sua tutela.⁷

O Direito Público brasileiro, antes da Lei 7.437/1987, conhecia o que se denominava de *actio popularis*, uma ação que qualquer pessoa pode propor contra as autoridades do Estado, que dilapidarem, p. ex., o patrimônio público. Neste caso o interesse em propor a ação pertence a cada pessoa em sociedade e daí a denominação de *actio popularis*.

Mais recentemente, começou-se a admitir, sobretudo no Direito americano, as *class actions* para proteção dos aludidos interesses coletivos ou difusos. É preciso considerar que o processo americano possui princípios menos estritos do que o do Direito continental em matéria de determinação do pedido processual e do interesse de agir em justiça.



Algumas vezes o juiz americano “administra” o litígio, com certa independência, como sucede em matéria das *class actions*, especialmente a propósito de certas instituições do mercado de capitais. O exemplo mais famoso deste último tipo talvez seja a decisão proferida no caso “Texas Gulph Sulphur”, no qual determinou-se aos *insiders* depositarem em favor dos prejudicados os benefícios ilícitos obtidos em razão de conhecimento de fatos, que determinaram uma alta significativa no preço das ações. Como os *insiders* tinham comprado as ações por bom preço, de acionistas que ignoravam os fatos mencionados, e, conseqüentemente a alta da bolsa, foram eles obrigados a devolver os lucros.⁸

Em suma, a tutela dos interesses coletivos tem necessidade de legislação a respeito. Diferentemente do que ocorre no Direito americano, a jurisprudência européia e brasileira tinha dificuldades para atribuir esta tutela na ausência de uma norma jurídica a respeito. Todavia, leis recentes, entre nós, têm possibilitado essa tutela, como sucede com o Código do Consumidor e com a Lei 7.427/1987.

1.3 Os prejuízos diretos ou indiretos

Do mesmo modo como sucede na responsabilidade contratual os danos podem ser diretos ou imediatos, ou indiretos, na responsabilidade extracontratual. A diferença é que, em certos sistemas, se excluem a propósito da responsabilidade contratual os danos imprevisíveis. Na responsabilidade contratual, as situações subjetivas das partes são ainda muito importantes, o que não sucede na responsabilidade delitual. A previsibilidade dos prejuízos é uma das últimas homenagens ao papel da vontade.

Tem-se afirmado que uma concepção naturalista do dano deverá colocar a tônica sobre os efeitos diretos e imediatos do dano. Tarefa nem sempre fácil é a de estabelecer a extensão do prejuízo indenizável, vale dizer, quais são os efeitos do dano que devem ser indenizados. No Direito brasileiro somente os efeitos diretos e imediatos podem ser objeto de reparação.⁹ O Código Civil utiliza, também, desde o Direito Romano para estabelecer a amplitude da indenização os critérios do *damnus emergens* e do *lucrum cessans*.

O Direito francês – e hoje a maioria dos sistemas jurídicos – conhece também o prejuízo por ricochete ou reflexo. A jurisprudência francesa, sobretudo a mais recente, a partir da decisão judicial de 27.2.70,¹⁰ que adotou uma orientação mais favorável à vítima, permite a quem tenha sofrido um prejuízo reflexo o direito de propor ação em juízo. É comum que o prejuízo causado a algumas pessoas não se limite a elas mesmas, pois o mesmo fato pode causar dano a outras. Afirma-se que os danos sofridos por estas últimas são danos por “ricochete” ou constituem um prejuízo reflexo. Os casos mais comuns relacionam-se a alguém que tenha sofrido um dano que o impeça de pagar alimentos a quem deveria fazê-lo, seja em razão de lei, seja por motivo de casamento. Se existir um vínculo de parentesco do qual decorre o direito de haver alimentos, admite-se a existência do direito de requerê-los em juízo. Mas, se o fundamento do pedido for uma situação de fato, como, p. ex., o simples concubinato, a solução poderia ser absolutamente contrária ao reconhecimento do direito anteriormente mencionado. No Direito brasileiro, a previdência social protege a concubina, mesmo em face da esposa legítima.

Fora desta proteção especial, seria difícil admitir-se que a concubina tenha sofrido um dano por “ricochete”. Esta conclusão se relaciona à regra do art. 1. 537, II, do CC brasileiro, segundo o qual a indenização no caso de homicídio consiste em pagar os alimentos às pessoas às quais o defunto devia. Contudo, a Constituição de 1988 tutela a união estável, sendo possível que se reconheça agora o dano reflexo também nesse caso.¹¹

Tomou-se em consideração a existência de um vínculo jurídico que decorre seja do casamento, seja do parentesco, ou até mesmo da união estável. Assim, ainda que certas decisões tenham admitido o direito a alimentos em favor de um simples concubino, situação passageira, a solução deveria ser contrária em face da regra exposta do art. 226, § 3.º, da CF do Brasil,¹² se não se tratar de união estável.

Pode-se constatar a existência de um dano reflexo na hipótese, p. ex., de uma sociedade na qual um dos sócios foi morto, decorrendo daí, prejuízos para os outros sócios, ou mesmo para a sociedade. Alude-se à existência de relação jurídica entre os sócios e a sociedade, em geral, pessoa jurídica.

1.4 Os limites da reparação dos danos



Um princípio importante em matéria de responsabilidade civil é o princípio da prevenção. A reparação, qualquer que seja, não deve conter, no seu conteúdo, aspectos penais, como sucede, p. ex., com “exemplary damages” da *common law*. Mas a medida da indenização detém, por igual, a função de elemento regulador da conduta dos indivíduos, que é o que se denomina de princípio da prevenção.

Hoje a questão resulta do fato de que há diversos danos que não se relacionam a pessoas determinadas, como o dano ecológico. Cada um destes danos, considerados individualmente, tem uma amplitude tão pequena que não incita os indivíduos lesados a exigir sua reparação em juízo.¹³ Em consequência, o princípio da prevenção não se opera.

Em face dessa realidade, modificou-se até mesmo o direito dos indivíduos a propor ações. Se a reparação limitar-se a um valor inferior ao dano real, o princípio da prevenção não tem nenhuma aplicação prática, se o que deve pagar a título de indenização, superar, em grande medida, o prejuízo sofrido, este fato se constituirá em grave impedimento à livre atividade dos indivíduos em sociedade. A extensão do dano, objeto de reparação, foi sempre um dado importante da política jurídica.

Como a matéria é fluida, a solução dependerá sempre da casuística dos juízes, que deve precisar a amplitude do dano. O raciocínio lógico não basta para estabelecê-la. Não é possível esquecer que a ponderação dos interesses é obra de *finesse* jurídica ou a *matter of judicial politics*.

Para dar ênfase a esta idéia limitadora do poder dos juízes, há códigos civis, como sucede com o Código Civil brasileiro que limitam a reparação aos efeitos diretos imediatos do dano. Desde a glosa, especialmente a glosa “*Lucratus non sit*”¹⁴ impede-se que, através da reparação, a vítima possa ter benefícios, vale dizer, possa estar numa situação econômica melhor do que o que se encontrar anteriormente ao ato delituoso.

É preciso mencionar que Durantis foi, talvez, o primeiro a mencionar a importância da equidade para verificação do *lucrum cessans*, o que se denomina, em linguagem moderna, de *finesse* do juiz, para estabelecer não somente a relação de causalidade, mas também a extensão do dano a ser reparado. Pois que, segundo o Digesto, “*natura aequum est noeminem cum alterius detrimento fieri locupletioem*”.¹⁵

Desta discussão em plena Idade Média, provêm os princípios contidos no Código Civil brasileiro, segundo os quais “os lucros se limitam somente aos efeitos imediatos da inexecução”;¹⁶ e que se restringem a que se deixou razoavelmente de ganhar.¹⁷ Já se mencionou que, em geral, se exclui a indenização do *lucrum spei*, isto é, a chance, salvo se ela for praticamente certa. Neste caso, não se trata mais de uma simples possibilidade, nem de uma esperança, ou de uma chance, *stricto sensu*, mas de uma realidade.

A jurisprudência brasileira admite que os denominados danos potenciais possam ser objeto de indenização. Não se cuida, neste caso, de um dano atual. A jurisprudência considerou como dano patrimonial potencial a morte ou incapacidade de um menor, isto é, de uma pessoa que, no momento do fato delituoso, não era produtiva para os seus pais. Não se sabe – e esta prova não é necessária – se os pais da vítima terão necessidade, no futuro, dos frutos de seu trabalho; mesmo assim, a jurisprudência atribui-lhe um direito à indenização, sem tomar em consideração o desenvolvimento de sua capacidade de inteligência, ou situação cultural previsível. No geral, atribui-se aos pais, a título de reparação, uma fração apenas de um salário mínimo mensal até a idade de vida provável da vítima, estimada em 65 anos, e nada mais.

O direito dos pais a serem indenizados em razão da morte de um filho foi objeto de diversas decisões e constitui hoje jurisprudência tranqüila de nossos tribunais, e especialmente de nossa Corte Suprema.¹⁸

Em verdade, exige-se a existência de uma probabilidade bem fundada de o pai e a mãe poderem ter necessidade no futuro, de uma pensão alimentar a ser prestada por seus filhos.

Talvez seja o único caso de indenização de uma chance, no Direito Civil brasileiro, sob a forma de dano eventual.

2. Os danos à pessoa



Um dos aspectos mais importantes da responsabilidade civil é constituído pelos danos à pessoa. À medida que o conceito de pessoa se transforma, novos danos são a ele acrescidos, em decorrência mesma de uma visão mais integral desse conceito. Todavia, os códigos civis, quase todos eles do início do século, contêm diversas disposições relativas aos casos mais comuns de dano à pessoa, no seu componente físico e moral.

2.1 Os prejuízos que decorrem dos danos à pessoa

O Código Civil dispôs, em primeiro lugar, sobre a indenização em razão de um ato ilícito de que decorre a morte de uma pessoa.¹⁹ É o caso do homicídio. A indenização, neste caso, consiste: I – no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II – na prestação de alimento às pessoas a quem o defunto os devia.

Se não existem grandes dúvidas a propósito da interpretação da regra contida na alínea 1.^a, do art. 1.537 não ocorre o mesmo com a alínea 2.^a. Nesta alínea, dispõe-se sobre a obrigação da vítima de pagar prestações alimentares. Entretanto, não há regra jurídica sobre o período provável de vida da vítima. Foi preciso que a jurisprudência examinasse a questão para estabelecer o período de vida; e ela determinou em 65 anos. É este o período que serve para o cálculo do valor da indenização.

Mas a hipótese põe em discussão o aludido prazo provável de vida. Se o falecido vivesse mais de 65 anos, estaria o réu liberado de pagar a indenização? Neste caso é preciso identificar, concretamente, a probabilidade de vida, para estabelecer a soma que deve ser paga a título de reparação.

As pessoas que têm o direito de pedir alimentos são vinculadas por parentesco, e o cônjuge e a companheira, nos casos de união estável. Para estabelecer a soma que deva ser paga a título de indenização, é preciso mencionar que a jurisprudência faz uma redução de uma parcela que corresponde em regra a 1/3 da soma que a vítima ganharia à época de sua morte e que corresponde às suas despesas pessoais.

A particularidade do Direito brasileiro é que, em face do fenômeno da inflação, os autores das ações de indenização são beneficiários de correção monetária da soma a ser paga a título de indenização, uma vez que o pagamento deve ser feito a cada mês.²⁰ O devedor detém a possibilidade de fazer a aplicação de um capital com esta finalidade. Um caso específico – e já analisado – é o de homicídio de um menor, pois que, nesta hipótese, o autor deve indenizar, ainda que o menor não tenha meios para prestar alimentos a seus pais. O direito à indenização pela morte de um menor, na atualidade, é objeto de uma jurisprudência constante em nossos tribunais. É o que se vê da Súmula 491, segundo a qual “é indenizável o acidente que causou a morte do filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”. A fixação da indenização limita-se a um salário mínimo se não houver outros elementos para arbitrar de modo diverso. É difícil precisar o salário futuro de uma pessoa falecida antes de ter uma profissão. A decisão é, assim, objeto da discricção dos juízes.

Talvez seja possível indenizar com uma prestação periódica em valor superior a um salário mínimo, mas neste caso seria preciso que o juiz tivesse certeza dos ganhos futuros do falecido com uma tal exatidão que se julgasse habilitado a arbitrar uma quantia maior. Esta prova é difícil de ser feita.

Uma das hipóteses mais importantes da reparação relaciona-se com os danos que impedem a vítima de exercer o seu trabalho. O Código Civil dispôs a este respeito²¹ fazendo uma distinção entre um simples ferimento, que se cura com um certo período de tempo, a convalescença, e uma lesão que é causa de uma deficiência ou incapacidade permanente. A diferença limita-se, sobretudo, aos ganhos futuros. Se se tratar de um ferimento, ou lesão temporária, o réu deve indenizar as despesas com o tratamento e os ganhos futuros *lucrum cessans* até o fim da convalescença. Se o dano produzir também uma deformação, ou se a vítima for uma mulher que poderia casar-se, o réu deverá indenizar com uma dotação.

Se a ofensa produzir uma deficiência de natureza permanente, a vítima poderia pedir o pagamento dos *lucrum cessans* até o fim do período da convalescença, acrescentando-se a isto uma pensão relativa ao trabalho que ela não pode realizar ou à função que ela não tem condições de exercer.

2.2 Os danos aos direitos de personalidade

Os Códigos civis não prevêm, em geral, o direito de personalidade, salvo os mais modernos, como sucede com o Código Civil italiano de 1942, ou o Código Civil português, de 1966. A tutela dos



direitos de personalidade, dos direitos à vida e à honra e aos segredos da vida pessoal ou íntima, é um fenômeno moderno. Os códigos civis mais antigos, compreendendo entre eles o Código Civil brasileiro, dispõem somente a respeito da tutela da honra. Assim, o Código Civil brasileiro possui disposição sobre a reparação civil no caso de injúria e de calúnia,²² violência sexual,²³ sedução,²⁴ ou de prisão privada, denúncia caluniosa seguida de prisão ilegal etc.²⁵

É verdade que a proteção aos direitos de personalidade se realiza, sobretudo, por meio de ações cominatórias preventivas, para evitar a prática de ato lesivo, e repressivas, para fazer cessar a ofensa já cometida.

O Projeto do Código Civil brasileiro previu a proteção do *right to privacy*, da intimidade das pessoas, de seus documentos pessoais, seus escritos, bem como de sua imagem, salvo se houver necessidade de publicá-las, em razão de grande interesse público ou de necessidade decorrentes da administração da justiça.²⁶ O Código Civil brasileiro havia considerado tão-somente hipótese de direito de personalidade, restritas aos casos tradicionais de proteção contra os atos injuriosos ou situações semelhantes. A CF do Brasil, art. 5.º, X, passou para o plano constitucional os princípios constantes do projeto de Código Civil, dando-lhes, é verdade, uma nova formulação, mas com identidade de conteúdo.

Para evitar uma indenização sem limites, o Código Civil brasileiro adotou o sistema de fixar a reparação não permitindo, em certos casos, a cumulação de indenizações moral e patrimonial, como sucede na calúnia, pois só lhe prestará uma indenização pelo dano moral, se a vítima não for capaz de provar um prejuízo material. Neste caso, a vítima pode pedir como indenização o dobro da multa no grau máximo da penalidade criminal respectiva.²⁷ Em muitas outras situações o juiz deve arbitrar a indenização. O Código Civil brasileiro, em seu art. 159, adotou uma disposição geral em matéria de responsabilidade civil, contudo, os arts. 1.533 e ss. enumeram os casos mais freqüentes de indenização.

2.3 O dano moral

Realizada a lesão ao direito de personalidade, e também a outros direitos ou interesses, surge o problema da responsabilidade do dano extrapatrimonial, denominado, também, de dano moral.

Os intérpretes do Código de Napoleão tinham admitido a possibilidade de indenização do dano moral. Nos séculos XVII e XIX, especialmente por influência da filosofia da ilustração, não “Se permitiu em muitos países a reparação deste tipo de dano, pois se pensava que a solução dada pelo Direito Penal a estas hipóteses era suficiente. Em certas regiões da Europa, onde o Código de Napoleão foi recebido havia, por vezes, uma resistência à reparação do prejuízo moral; não se tratava somente da dificuldade em estimá-lo, mas também de uma repugnância em admitir que o pagamento de uma soma pudesse desfazer o prejuízo causado à honra de um indivíduo. Se tomarmos como exemplo a Alemanha, verificaremos que em certas regiões o Código de Napoleão era aplicado e a reparação dos danos simplesmente morais era permitida. Mas quando veio a derrogação do Código de Napoleão, este tipo de reparação desapareceu completamente e de modo imediato.

As legislações que quiseram restringir as hipóteses de reparação dos danos extrapatrimoniais, mesmo por motivos históricos, não escaparam às exigências dos tempos novos. Assim, o § 254 do CC alemão não permite a indenização dos danos morais senão nos casos previstos pela lei. O Tribunal Federal alemão (BGH), em diversas decisões, criticou esta disposição, e permitiu, pelo menos, a partir da decisão de 14.2.68, a reparação deste tipo de dano, no caso que se tornou célebre, do ‘Herrenreiter’, hipótese de utilização abusiva de uma fotografia de uma pessoa conhecida, de um desportista, num anúncio de um elixir revitalizante.²⁸

No Direito Civil brasileiro, o art. 1.547, parágrafo único, dispõe a respeito da indenização nos casos de injúria ou calúnia, permitindo a reparação do dano moral, desde que a vítima não possa provar prejuízo patrimonial. No art. 1.548 atribui-se à mulher que foi desonrada direito a uma dotação, se o ofensor não puder casar. Alude, também, à reparação dos delitos de violência sexual e atentado ao pudor, cujo valor deverá ser obtido por meio de arbitramento. Nos casos de atentado à liberdade individual, como pode ocorrer nos casos de prisão privada, se não houver prejuízo material, pagar-se-á uma soma em dinheiro como penalidade.



O aspecto mais importante decorre da regra exposta pelo art. 1.553, segundo o qual, “nos casos não previstos neste capítulo, se fixará por arbitragem a indenização”.

Esta disposição permite a indenização dos danos morais²⁹ e constitui uma “cláusula geral” desta matéria. Esclareça-se que a enumeração do Código Civil não é taxativa, pois menciona apenas os casos nos quais a reparação deverá ser estimada por via de arbitramento. Além disso, o art. 1.533 relaciona-se com o princípio constante do art. 159 do CC, o que pode ser considerado como uma “cláusula geral”, situação que não difere, em suas linhas gerais, do sistema adotado pelo Código Civil francês.

Qual a diferença entre um sistema que contém uma cláusula geral de reparação de todos os atos culposos, como, p. ex., o art. 1.380 do Código de Napoleão, e um sistema no qual os fatos delituosos estão previstos pela norma jurídica, p. ex., pelos §§ 823, I e II, e 826 do CC alemão? Na ausência de uma cláusula geral não há, afirma Wolfgang Fikentscher,³⁰ ao fazer uma comparação com o Direito francês, “o desenvolvimento livre dos deveres de conduta, cuja violação possa ser considerada como delitual”. Assim, o desenvolvimento das hipóteses delituais se limita aos casos prefixados pela lei. No Direito alemão, verifica-se uma tendência doutrinária para romper a barreira de suas limitações, para um movimento significativo em face da adoção de certas soluções, que não diferem, essencialmente, dos sistemas que contém uma “cláusula geral” em matéria de indenização delitual. Em grande parte, este resultado foi obtido pela adoção de um conceito mais amplo de ilicitude.³¹

Em face destes dois tipos de orientação, o Código Civil brasileiro adotou, talvez um pouco timidamente, a solução francesa (art. 159) – decerto com uma enumeração indicativa das hipóteses (art. 1.553) e limitativa do direito à reparação (art. 1.547) – ainda que se considere que o dano moral não tenha sido previsto expressamente pelo Código Civil. Essas limitações, porém, foram revogadas com o advento do art. 5.º, X, da CF do Brasil.

Atualmente, pode-se afirmar a existência do princípio da reparação de um dano moral com generalidade, fora das regras do Código Civil brasileiro. Entretanto, constatava-se uma singularidade na jurisprudência anterior à disposição constitucional, pois não se cumulavam, em regra, o dano moral e o dano patrimonial. Por isso, não se indenizava o dano moral se a ofensa produzisse ao mesmo tempo um dano patrimonial, solução ultrapassada por força do aludido art. 5.º, X, da CF do Brasil.

A indenização em matéria de dano moral, no Direito brasileiro, antes da Constituição de 1988, obedecia a dois princípios: o da indenização mesma, embora limitada, e o da “providência punitiva”, pois ela se fazia necessária somente para não deixar sem reparação a ofensa. Se for o caso de adotar o princípio da não cumulação do dano patrimonial e moral, não será possível considerar a indenização do dano moral como uma verdadeira indenização, pois ela será uma simples medida punitiva.

A orientação da jurisprudência de nosso STF era nesse sentido, pois não permitia, como se mencionou, a cumulação da indenização do dano patrimonial e do dano moral. Além disso, o valor da indenização do dano moral é, em geral, tão pequena que se poderia dizer, sem exagero, que se trata de uma reparação simbólica.

Em suma, a reparação dos danos extrapatrimoniais restringe-se, no Direito brasileiro, anterior à Constituição de 1988, a apenas algumas hipóteses. A doutrina havia proposto soluções, quanto à indenização de danos não patrimoniais, quase sempre em vão. A jurisprudência era profundamente apegada à interpretação limitativa das disposições legislativas. Ainda quando esta insistisse na autonomia do dano moral, a jurisprudência não consagrava esse princípio, a não ser em decisões isoladas.

Tendo em vista essa interpretação restritiva do dano moral, nossa jurisprudência não incluía entre os danos indenizáveis – e a meu ver não inclui até hoje – a figura que os autores franceses denominam de “préjudice d’agrément”, nem leva em conta a idade do ofendido, para admitir a indenização do “prejuízo juvenil”, ou os danos resultantes da espera da solução judicial, da indenização, que se prevê demorada. Nessas duas últimas hipóteses, leva-se em conta os danos decorrentes do tempo, da pouca idade do lesado, ou o período, presumido sempre longo, em que se espera obter a indenização, em virtude da demora no tramitamento dos processos judiciais.

O “préjudice d’agrément”, em sua concepção mais estrita, é o dano pela perda do que normalmente se pratica como lazer, como a impossibilidade de realizar atividades esportivas e culturais. Não é fácil separar, em alguns casos, essa indenização do *pretium doloris* e até mesmo do dano estético,³² podendo até mesmo o “préjudice d’agrément” abranger a perda do gosto, do olfato, quando considerado no seu sentido mais amplo.

No Direito brasileiro, não se tem considerado como indenizável “a perda das atividades de lazer”, razão pela qual a resposta seria claramente negativa a quem pretendesse essa indenização, muito embora a reparação ampla do dano extrapatrimonial devesse permitir esse tipo de indenização.

Em outros direitos, como no Direito alemão, sucede, praticamente, o mesmo que no Direito brasileiro. Dividem-se os danos pessoais em primários, indenização pela morte ou ferimentos causados, e secundários, indenização pelas consequências resultantes da ofensa. Entre esses últimos, incluiu a doutrina a impossibilidade de exercitar as atividades de lazer ou gozar férias, mas somente quando essas situações derem lugar a uma perda patrimonial.³³ A conclusão é a de que no Direito alemão não se tem como indenizável o “préjudice d’agrément”, de modo autônomo.

No Direito brasileiro, esses novos danos, “dano juvenil”, “dano pela demora previsível em obter a indenização em juízo”, “dano pela perda do lazer”, não tiveram ainda ingresso na jurisprudência dos tribunais, ficando tudo na dependência de uma interpretação ampla do art. 5.º, X, da CF. Mas a julgar pela inclinação da jurisprudência na indenização dos danos extrapatrimoniais, não se pode prever quando esses novos tipos de dano serão objeto de indenização.

1 Nota do Editorial. O referido artigo foi publicado originalmente na RT 667/7-16, maio 1991. Foi mantida a grafia original, anterior ao Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

2 O Código Civil brasileiro adotou o princípio da reparação *in natura* no art. 1.534; v. a este respeito Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, v. 2627, § 2.107.

3 Merriman, “Judicial responsibility in the United States”, in *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1977, p. 3.

4 A respeito, no Direito alemão, v. Fikentscher, *Schuldrecht*, § 103, Berlim, 1985, p. 723.

5 Dec.-lei 58/1937, art. 16. Lei 649/1949, art. 2.º; Lei 6.015/1973, art. 167, I, ns. 18 e 20.

6 V. G. Viney, *Traité de Droit Civil*, IV/345, Paris, 1982; e, especialmente, Mazeaud-Chabas, *Leçons de Droit Civil*, II/398, Paris, 1991, n. 312.

7 Lei 7.437/1987. V., ainda, a recente Lei 8.078, de 11.11.1990, denominada de “Código do Consumidor”.

8 V., a respeito, Klaus J. Hopt e Michael Will, *Europäisches Insiderrecht*, Stuttgart, 1973, pp. 6 e ss.

9 CC, art. 1.060.

10 D. 1970, p. 201, nota Combaldieu. Sobre a evolução do prejuízo refletido, v. G. Viney, *Traité de Droit Civil*, IV/378 e ss., cit., n. 304.

11 Art. 226, § 3.º.

12 A respeito da jurisprudência francesa, relativa à indenização em favor da concubina e a doutrina dos interesses legítimos, v. Mazeaud-Chabas, *Leçons de Droit Civil*, II/701, 1, cit., ns. 605 e 606.

13 V. Rüssmann, *Alternativ Kommentar zum BGB*, 2/141, Newvied, 1980.

14 D. 4, 6, 2, 7; *Facturus esset*, D. 4, 6, 2, 72; e D. 4, 6, 18. V. H. Lange, *Schadenersatz und Privatsraf in der mitteralterlichen Rechtstheorie*, Köln, Münster, 1955, pp. 40 e ss.

15 D. 12, 6, 14, ver A. Lange, *Sechadenersatz* cit., pp. 40 e 42, nota 30.

16 V. a respeito, p. 149, nota 1.

17 Art. 1.061. Os glosadores tinham uma grande preocupação com a usura, p. ex., o *fructus* ou *fructus usurae* eram admitidas ações reais, mas não se permitia exigi-los na *hereditas petiitio*.

18 Súmula 491; sobre o assunto, v. Georges Durry, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1969, pp. 778 e ss.

19 Art. 1.537.

20 Atualmente, extinguiu-se a correção monetária mas adotaram-se dois novos indexadores, que têm a mesma função; a taxa referencial (TR) e a taxa referencial diária (TRD) (MP 294, de 21.1.91, arts. 1.º e 2.º).

21 Arts. 1.538-1.540.

22 Art. 1.547.

23 Art. 1.549.

24 Art. 1.548.

25 Arts. 1.550 e 1.551. V. o interessante estudo a respeito das lesões ao direito de personalidade no Direito argentino, de Roberto Brebía, in *Represas e Stiglitz, Derecho de Daños*, p. 226 e ss., Buenos Aires, 1989.

26 Arts. 20 e 21. A propósito dos recentes desenvolvimentos da proteção dos direitos de personalidade nos Estados Unidos, v. Antonio Gambaro, "False luce agli occhi del publico" ("false light in the public eyes"), in *Rivista di Diritto Civile*, 1981, pp. 84 e ss.

27 Essa solução pode ser considerada revogada pelo advento do art. 5.º, X, da CF do Brasil que admite com amplitude a indenização do dano moral.

28 BGHZ, 26, 349; sobre o assunto ver D. Nörr, "Zum Ersatz immaterieller Schaden nach geltendem Recht", in *Archiv für die civilistische praxis*, t. 158 e pp. 1 e ss, 1958; e, também, Ekkehard Kaufmann, "Dogmatische und rechtspolitische Grundlagen des §§ 253 BGB", in *Archiv für die civilistische praxis*, t. 162/421 e ss., 1962.

29 A Corte Suprema admite a reparação do dano moral, mas não permite, em princípio, a cumulação de dano patrimonial e moral, pelo menos, nas hipóteses de acidente. (V. a decisão no RE 100.290-5, no *DOU* de 19.8.83, p. 12.196). Esta cumulação é possível, quando, em consequência de um acidente, houve uma lesão física deformante (RE 100.271-9, in *DOU* de 25.4.84, p. 8.321). A indenização do dano moral no Direito brasileiro foi o resultado de uma polêmica áspera entre a doutrina e a jurisprudência.

30 *Schuldrecht* cit., § 97, p. 654.

31 V. Karl Larenz, "Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff", in *Festschrift für Hans Dölle*, 1963, t. 1/171 e ss.

32 V. a respeito, Geneviève Viney, *Traité de Droit Civil*, VI/194 e ss., ns. 142 e ss., Paris, 1987, e, especialmente, Mazeaud-Chabas, *Leçons de Droit Civil*, t. II, v. 1/408, cit., n. 420.

33 Hein Kötz, *Deliktsrecht*, Frankfurt am Main, 1983, p. 226.