

O dano na responsabilidade civil

Ralpho Waldo de Barros Monteiro Filho¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Renata Pinto Lima Zanetta
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

1. Dano e seu conceito

1.1. Conceito de dano

É comum ver o termo dano utilizado para designar realidades distintas. Ora para referir a lesão de *qualquer bem jurídico*, ora para significar afronta ao patrimônio. No primeiro sentido, como apontaram Lehmann e Ennecerus², equivale a toda desvantagem experimentada pelos bens jurídicos, aí inseridos bens patrimoniais e não patrimoniais (vida, honra, corpo, direitos de família etc.). No segundo, em sentido estrito, aponta para o desfalque de bem pecuniariamente apreciável.

Há, ainda, a palavra *perda* que, em nosso ordenamento, é usada para significar o mesmo que *dano*. Nesse sentido designariam, tanto perda quanto *dano*, o que se chama *dano emergente*. Daí Agostinho Alvim³ lembrar que melhor seria empregar a expressão *danos e interesses*,⁴ para abarcar não apenas aquele dano emergente, mas também o que se deixou de ganhar (*lucro cessante*).

Usa-se, ainda, a locução *perdas e danos*⁵ para designar uma só realidade, e não duas figuras autônomas. Nesse sentido, perdas e danos exprime a ideia de prejuízo.⁶

¹ Mestre em Direito Civil. Professor de Direito Civil na FMU-SP. Professor do Curso de Direito Imobiliário (convidado) da Pós-Graduação da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Professor assistente da Especialização em Direito Civil da Escola Paulista da Magistratura.

² *Derecho de obligaciones*. v. 1, parágrafo 10.

³ *Da inexecução*. p. 175.

⁴ Tal como faz o Código Civil francês em seus arts. 1.146 e 1.153 (*dommages et intérêts*).

⁵ Em certa escala, é precisamente o que Pontes de Miranda entende ocorrer com a expressão *busca e apreensão*: “Os conceitos de busca e de apreensão fundiram-se aí mais ainda do que em perdas e danos. Não representam dois atos autônomos, posto que haja dois atos; nem atos simétricos, enantiomorfos, como em compra e venda.” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. XII, n. 217).

⁶ MARMITT, Arnaldo. *Perdas e danos*. Rio de Janeiro: Aide, 1987. p. 9.

Enfocada a questão, pois, sob o prisma do *desvalor*, dano é a diminuição do patrimônio ou menoscabo de bens imateriais. Decorre disso a tradicional sistematização do dano em *material* e *moral*: um calçado no desfalque patrimonial; outro, na agressão ao valor da personalidade.

2. Dano material e sua conformação

2.1. A ideia de patrimônio

Assentada a noção de que *dano material* é o prejuízo patrimonial, parece imprescindível o adequado entendimento de *patrimônio* para a sequência do estudo.

Nas raízes romanas, a expressão *patrimônio* designava os *bens da família*. A ideia de patrimônio era traduzida por *família*, como se percebe das expressões *familiae erciscundae (actio)* e *familiae pecuniaque*.

Definia Clóvis Beviláqua – patrimônio – como o complexo das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis economicamente⁷. Utilizou o civilista, como se vê, a expressão *complexo das relações jurídicas*, cuja principal virtude está em albergar, na ideia de patrimônio, tanto os elementos ativos quanto os passivos, ou seja, compõem-no as dívidas e os créditos, não se limitando aos bens da pessoa.

O acerto em seu emprego bem se verifica quando se constata que uma pessoa, no comércio social, trava diversas relações que produzem efeitos econômicos, seja adquirindo um direito (faculdade de exigir de outrem uma prestação), seja assumindo determinado compromisso de prestar algo em favor de alguém. Qualquer que seja a realização dessas operações *socioeconômicas* repercutirá no patrimônio de quem as pratica, positiva ou negativamente. No mais das vezes, é impossível saber se o resultado da operação negocial realizada trará ao seu praticante lucro e benefícios ou prejuízos. É situação imprevisível, ainda que, quando se celebre determinado negócio jurídico, em especial os empresariais, tenham as partes uma perspectiva (quase um seu *desejo*, ou *objetivo*) do que irá acontecer. Eventualmente, o negócio que se pretendia lucrativo se revela extremamente prejudicial. Mas a natureza da repercussão patrimonial, se positiva ou negativa, no patrimônio

⁷ *Teoria geral do direito civil*. p. 157.

da pessoa, não importa. Conta, apenas, que algum reflexo patrimonial a relação produzirá. E tudo isso porque o patrimônio é projeção da personalidade jurídica do ser humano, na medida em que ele, vivendo em sociedade, efetua e participa, a todo o instante, de relações jurídicas de expressão econômica⁸. Não há como se conceber pessoa, em sociedade, sem patrimônio. Nesses termos, o seu patrimônio é uma *necessidade* da vida social. Poder-se-ia imaginar uma pessoa *sem* patrimônio apenas em estado absoluto de natureza, na mais completa abstração da vida coletiva. Fora dessa imagem é inconcebível.

Por isso, o patrimônio não se compõe apenas de bens, mas também de outras *relações jurídicas*, cujo resultado na esfera patrimonial não é importante para a conceituação de patrimônio.

Se se considerasse *patrimônio* apenas o conjunto de bens da pessoa, as operações negociais por ela realizadas que obtivessem resultado negativo estariam fora do conceito. Como se disse, geralmente é impossível predeterminar o resultado de um negócio comercial, já no momento de sua celebração. Sem saber se o seu resultado será negativo, ou positivo, como então o qualificaremos no mundo jurídico, se de patrimônio não se trata?

Por evidente, essa dificuldade – se assim fosse considerado patrimônio – é insuperável. Daí, o grande acerto de Clóvis Beviláqua ao se referir a *conjunto das relações jurídicas*.

Do quanto dito, verifica-se que o patrimônio é composto de um lado positivo e outro negativo. Despreze-se, para definir o instituto, qual desses lados prepondera. Para bem compreender o instituto, isso não importa, ainda que em determinados momentos, eleitos pelo direito positivo, tal verificação seja essencial⁹. Se não fosse assim, isto é, se se admitisse como marca de existência do patrimônio a verificação de um saldo positivo, abater-se-ia do montante ativo todas as dívidas da pessoa. Se, em determinado momento os valores se equivalessem (ativo igual ao passivo), chegar-se-ia à esdrúxula conclusão de que aquela pessoa não tem patrimônio.

Interessante, mas equivocada, é a opinião de Henri de Page, que reduz o conceito de patrimônio ao seu lado ativo. Para ele, é patri-

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense. v. 1, p. 393.

⁹ Por exemplo, na determinação e apuração da insolvência civil que, como se sabe, poderá influenciar na configuração da *fraude contra credores*.

mônio apenas o conjunto de bens penhoráveis de uma pessoa. A marca dessa teoria é a possibilidade de incidência da ação dos credores sobre determinados bens. As dívidas, segundo o autor, não integram o patrimônio, mas constituem encargo exterior, que gravam o ativo patrimonial¹⁰.

São insuperáveis as dificuldades para se aceitar a teoria de Henri de Page. No plano puramente prático, é impossível separar, em compartimentos, o patrimônio de uma pessoa em *ativo* e *passivo*. É um conceito abstrato, que transcende, para o Direito, a ideia dos objetos palpáveis e tangíveis de propriedade do homem. Nesse sentido, o patrimônio é incindível, albergado em apenas uma realidade. O patrimônio da pessoa, física ou jurídica, é um só¹¹. Ainda, como se disse, a aceitação dessa teoria poderia levar à negação do patrimônio, quando o passivo ultrapassasse o ativo. Mas essa negação se afasta do próprio entendimento do homem em sociedade, porque ele efetua diversas operações negociais, participando de relações jurídicas que percutirão em sua esfera econômica. Por essa razão, toda pessoa há de ter patrimônio porque justamente ele abarca todas essas operações negociais realizadas. Como não há pessoa sem patrimônio, por essas razões, não é possível dividi-lo tal como quer a corrente capitaneada por De Page, porque significaria, eventualmente, negar a existência do patrimônio em certos casos.

Poder-se-ia argumentar que o direito alemão, ao se referir ao patrimônio, enfoca apenas o seu lado ativo. Mas compete lembrar que os seus comentadores mantêm a tese, a despeito da lei, de que o patrimônio também açambarca as obrigações da pessoa¹².

A questão acerca do passivo (dívidas e obrigações do indivíduo) integrar o patrimônio, contudo, não é pacífica.

Para a teoria *clássica*, ou *subjativa*, o patrimônio é um direito indivisível, unitário e se apresenta como um prolongamento da perso-

¹⁰ *Traité élémentaire*. t. V, n. 572, p. 550.

¹¹ Ensina Caio Mário da Silva Pereira: “Somente por enorme esforço de abstração seria possível destacar os bens dos débitos, pois que uma pessoa, natural ou jurídica, em nenhum momento, tem a possibilidade de os distinguir em unidades separáveis”. (*Instituições de direito civil*, cit., v. I, p. 392).

¹² Nesse sentido, Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp e Martin Wolff (*Tratado de derecho civil*. Revisado por Hans Carl Nipperdey e traduzida para o espanhol e comentada por Blas Pérez González José Alger. Barcelona: Bosch, s.d. v. I, t. I, § 124, I, p. 607); da mesma forma Windscheid, Pandette, I, § 42 apud Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, cit., v. 1, p. 393.

nalidade. Motivo pelo qual dizem ser o patrimônio uma *universalidade de direito*.

Em contrapartida, para a teoria *moderna, realista ou da afetação* o patrimônio é constituído tão somente pelo ativo de um sujeito e, portanto, não se trata de um bem indivisível. Vale dizer, para esta última teoria o patrimônio é formado por vários núcleos individualizados, por exemplo, a herança, a massa falida etc.

2.2. Desfalque patrimonial e dano indenizável

É certo que, em princípio, não se há falar em obrigação de indenizar acaso inexistente dano. É o que se consagra nos arts. 402 e 403 do Código Civil. Disso decorre que mesmo ocorrendo violação de um dever jurídico, culposamente (se assim se exigir), não haverá direito de reparação ante a falta de dano. Nesse sentido, o *dano* é a *causa direta* da indenização. Sem ele, não se sustenta, até por critério de lógica, obrigação de reparar.

Não basta qualquer dano. Mister que seja, ainda, *atual e certo*.

3. Dano moral e sua conformação

No estudo da responsabilidade civil, o dano, como resultado da lesão ao patrimônio material ou imaterial, apresenta-se como ponto neurálgico à configuração da responsabilidade civil, despontando como o principal elemento para sua caracterização. Sabendo-se que a responsabilidade civil impõe a obrigação de reparar o dano, não se determinará a obrigação de reparar o dano sem a sua existência.

Consoante o entendimento quase unânime da doutrina, em conformidade com a legislação vigente, no âmbito dos danos, distinguem-se, de um lado, os danos patrimoniais, já objeto de explanação, e de outro, os danos morais, ou extrapatrimoniais, significando, respectivamente, o verdadeiro prejuízo econômico e o sofrimento moral, ao patrimônio desmaterializado.

Quanto à configuração do instituto, para Orlando Gomes, na precisa definição de dano moral, impende distinguir, primeiramente, a lesão ao direito personalíssimo que repercute no patrimônio daquela que não repercute. A lesão poderá ocorrer nas duas órbitas, isoladamente ou

ao mesmo tempo. A lesão ao direito à boa fama e à honra de alguém pode determinar prejuízos na esfera patrimonial do ofendido ou apenas sofrimento moral. Assim, a expressão dano moral deve ser reservada para referir ao atentado que não implica qualquer efeito patrimonial, mas, se ocorrerem consequências de esfera patrimonial, o dano deixa de ser extrapatrimonial.¹³

Arnoldo Medeiros da Fonseca defende que o dano moral, na esfera do Direito, reflete todo sofrimento humano resultante de lesão de direitos estranhos ao patrimônio, encarado como complexo de relações jurídicas com valor econômico. Configuram danos morais, a título de exemplo, a lesões aos direitos políticos, aos direitos inerentes à personalidade humana, aos direitos de família, bem como lesões causadoras de sofrimento moral ou dor física, sem atenção aos respectivos reflexos no campo econômico.¹⁴

Henri Mazeaud e Léon Mazeaud, citados por Américo Luís Martins da Silva, acrescentam que o dano moral não se restringe somente à lesão que afeta o domínio desmaterializado invisível dos sentimentos e pensamentos, mas também à lesão causada por sofrimentos físicos, sem consequência pecuniária, como, a título de exemplo, os resultantes de um acidente desprovido de reflexo econômico ou de uma cicatriz que desfigure o rosto do indivíduo.¹⁵

De acordo com Eduardo Zannoni:

Dano moral não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem consequência do dano. A dor que experimentam os pais pela morte violenta do filho, o padecimento ou complexo de que suporta um dano estético ou a humilhação de quem foi publicamente injuriado são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, já que cada pessoa sente a seu modo. O Direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas

¹³ Cf. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 332.

¹⁴ Cf. FONSECA, Arnoldo Medeiros da, apud Américo Luís Martins da Silva, *Dano moral e sua reparação civil*, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 38.

¹⁵ Cf. Henri Mazeaud e Léon Mazeaud apud Américo Luís Martins da Silva. *Dano moral e sua reparação civil*, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 38.

aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente.

Assim, no caso de um indivíduo que presencia um atropelamento, não está legitimado a pleitear indenização, mesmo que a cena lhe provoque grande dor. Todavia, no mesmo exemplo, caso exista uma relação de parentesco próxima entre o indivíduo e a vítima, aquele será lesado indiretamente e, por conseguinte, como lesado indireto, tanto quanto a vítima, poderá postular a reparação civil do dano moral como um meio de atenuar, em parte, as consequências da lesão jurídica por ele (e pela vítima) sofrida.¹⁶

Nessa linha, o dano moral direto consiste na lesão a um interesse que objetiva a satisfação de um bem extrapatrimonial inserido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, a intimidade, o decoro, a imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família). Já o dano moral indireto, por sua vez, consiste na lesão a um interesse tendente à satisfação de bens jurídicos patrimoniais, que produz depreciação a um bem extrapatrimonial (como a perda de coisa com valor afetivo).¹⁷

Em linhas gerais, a distinção de um dano patrimonial de um dano moral não se refere ao dano em sua origem, mas, sim, ao dano sob a ótica de seu efeito, na análise do caráter da repercussão sobre o lesado, de modo que a doutrina generalizada tem caracterizado o dano imaterial sob a forma negativa, em contraposição ao dano patrimonial: configurar-se-á o dano moral quando não estiverem presentes as características do dano patrimonial que é aquele que atinge o patrimônio do indivíduo.

Contudo, observa Yussef Said Cahali que o critério para a caracterização do dano moral a partir de um enfoque negativista, em contraposição ao dano material, mostra-se insatisfatório quando abstraímos o caráter estritamente econômico do patrimônio para, alargando o conteúdo, abarcar valores desmaterializados. Desta forma, melhor caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos, como a privação ou diminuição dos bens que têm um valor primordial na vida do homem,

¹⁶ Cf. SILVA, Américo Luís Martins da. *Dano moral e sua reparação civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 39.

¹⁷ Idem.

seja por afetar parte social do patrimônio moral ou parte afetiva do patrimônio moral; dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial e dano moral puro.¹⁸

Nas palavras do autor:

Na realidade, multifacetário o ser anímico, 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; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade, no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.¹⁹

No que tange à conformação do dano moral no Direito Brasileiro, antes da vigência do Código Civil de 1916, o Código Criminal de 1830, ao estabelecer que “a indenização será sempre a mais completa que for possível; no caso de dúvida, será a favor do ofendido”, não se reportava propriamente à reparação do dano moral, mas assinalava que a indenização deveria ser plena na responsabilidade decorrente de crime.

O Decreto 2.681/1912, ao disciplinar a responsabilidade civil das estradas de ferro do Brasil, já dispunha da reparação do dano moral, no artigo 21, estabelecendo que “no caso de lesão corpórea ou deformidade, além das perdas e danos, das despesas do tratamento e dos lucros cessantes, deverá pelo juiz ser arbitrada uma *indenização conveniente*”. Tal “indenização conveniente” refere-se ao dano extrapatrimonial imposto em função de acidente em estradas de ferro.

¹⁸ Cf. CAHALI, Yussef Said. *Dano moral e sua reparação civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 19-20.

¹⁹ Cf. CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 20.

O Código Civil de 1916, embora não tenha feito alusão expressa à reparabilidade do dano moral, também não apresentou nenhum óbice decisivo à sua aceitação e vários de seus dispositivos suscitaram debates doutrinários e jurisprudenciais a respeito da admissibilidade ou não do dano moral, como o artigo 76: “para propor ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral”, em seu parágrafo único: “o interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família”; artigo 1.537: “a indenização, no caso de homicídio, consiste: I- no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II- na prestação de alimentos à pessoa a quem o defunto os devia”; artigo 1.547: “a indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que deles resulte ao ofendido”, em seu parágrafo único: “se este não puder provar o prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva (art. 1.550)”; dentre outros.

A Lei 4.117/62, o Código Brasileiro de Telecomunicações, marcou o período de evolução do princípio da reparabilidade do dano moral, conquanto assegurou à vítima de calúnia, difamação ou injúria, veiculadas por radiodifusão, a reparação pelos prejuízos de natureza não patrimonial.

Também se destacaram na fase de evolução do princípio da reparabilidade do dano moral, a Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967) e o Código Eleitoral (Lei 4.737/65).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o princípio da reparabilidade do dano moral puro foi textualmente consagrado na Lei Maior, dispondo o artigo 5º, inciso V: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”; e o inciso 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”.

Assim, a Carta Maior, rompendo com o passado e afastando resistências, encampou a aceitação plena da reparação do dano moral, afirmando e protegendo a inviolabilidade dos bens inerentes à personalidade.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 186, expressamente assegura a reparabilidade do dano moral.

Entretanto, parte da doutrina sustenta o anacronismo do Código Civil de 2002 frente à Constituição Federal, eis que por ter sido

criado a partir de anteprojeto antigo que sofreu algumas alterações, engendrou uma desarmonia entre o instituto do dano moral consagrado no Código Civil com aquele da Carta Maior, conquanto a dimensão existencial da pessoa humana nele não mereceu a importância destacada pela norma constitucional²⁰, deixando o legislador ordinário de regular o dano moral e as consequências da violação dos direitos da personalidade.

Obtempera Rui Stoco²¹ que o artigo 186 do Código Civil limitou-se a fazer menção ao dano moral apenas de passagem, ao final de sua redação, o que foi fruto de inclusão posterior na redação final do preceito pela Comissão que desprezou a teoria da inviolabilidade da personalidade e do dever de compor a ofensa moral.

2.3.1. Tutela dos direitos da personalidade

O exame do tema da tutela dos direitos da personalidade, uma vez ausente disposição legal explícita, comporta admissibilidade da mais ampla proteção preventiva ou inibitória e da tutela específica, aptas a salvaguardar os direitos da personalidade, a impedir a consumação do dano moral, a reiteração ou o agravamento do dano mediante a imposição de obrigações de fazer e não fazer.

A modalidade de tutela dos direitos da personalidade atua sobre a conduta do autor da violação para que se abstenha da prática do ilícito; para que cesse a violação já iniciada; para que desfaça ou minimize o resultado de sua conduta ilícita, geradora, ou potencialmente, de um dano moral.

Com efeito, é no âmbito dos direitos da personalidade, despatriomonalizados, que as tutelas preventiva e específica se revelam mais necessárias, precipuamente em razão da dificuldade de, uma vez consumada a violação ao direito da personalidade, obter-se uma adequada e justa reparação, preponderando aí o manejo de tutela antecipada ou liminar.

²⁰ Cf. REIS, Cleyton. *Dano moral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 88.

²¹ Cf. Stoco, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.1876.

2.3.2. Bens lesados e estruturação

De acordo com a classificação das modalidades de danos morais formulada por Roberto Brebbia:

A) daños morales originados por la violación de los derechos inherentes à la personalidad que protegen los bienes que integram el aspecto objetivo o social del patrimonio moral; a) honor; b) nombre; c) honestidad; d) libertad de acción; e) autoridade paterna; f) fidelidade conyugal; g) estado civil. B) daños morales originados por la violación de derechos inherentes à la personalidad que integran el aspecto subjetivo del patrimonio moral: a) afecciones legítimas; b) seguridad personal e integridad física; c) intimidad; d) derecho moral del autor sobre su obra; e) valor de afección de ciertos bienes patrimoniales.²²

A bem da verdade, os casos elencados na legislação, estudados pela doutrina ou analisados pela jurisprudência, resolvem-se na proteção dos chamados direitos da personalidade, eis que de sua violação resulta o dano moral reparável. Desta feita, os autores tendem a classificar os danos morais segundo a espécie do direito da personalidade lesionado.

Entretanto, em face da inviável enumeração exaustiva dos direitos da personalidade e dos danos morais possíveis, igualmente inviável a tentativa de sua classificação.

Sessarego, citado por Yussef Said Cahali, discorrendo sobre as tendências de proteção da pessoa, pondera que o direito, dentro de sua natureza tridimensional, é primordialmente vida humana interferida, mostrando-nos o ser humano como uma unidade ontológica, cuja realidade impõe a juristas que adotem um método integral e unitário protetivo da pessoa humana, condizente com a sua diversidade existencial.²³

²² Cf. BREBBIA, Roberto apud CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 47.

²³ Cf. SESSAREGO apud CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 48.

Para o autor, a pluralidade crescente de direitos do indivíduo não pode reclamar uma plural sustentação, pois cada um dos direitos não pode se fundar de modo autônomo em um interesse fragmentado, parcial, que protege sem proferir menção à inseparável unidade simbolizada pela pessoa humana. Assim, toda possível proteção jurídica de certo aspecto da complexa personalidade relaciona-se com o ser mesmo da pessoa, no quanto retrata o seu único e especial fundamento.

Conclui que a posição pluralista se afasta da realidade quando fragmenta em múltiplos aspectos isolados e autônomos algo que realmente é uma “unidade ontológica”. Além disso, também se aparta da realidade quando tenta conferir proteção jurídica, isoladamente, a cada um dos aspectos da personalidade, desconectando-os da referência à unidade existencial do ser humano, pretendendo encontrar, em cada um desses aspectos isolados da personalidade, de modo desconexo, o seu próprio fundamento. Todavia, tal vinculação é vital, eis que na pessoa humana convergem múltiplos interesses que, a despeito de poderem ser estudados isoladamente, não significa que todos estes interesses não mantenham entre si um denominador referencial comum que, servindo-lhes como único fundamento, confere uma conotação solidária.

Destarte, as “objeções” à teoria pluralista não têm o condão de propor a completa supressão de todas as situações subjetivas relativas à pessoa nos dispares ordenamentos jurídicos vigentes. Ao revés, têm o intuito de destacar que as situações jurídicas subjetivas, identificadas no plano da legislação comparada, não logram esgotar os múltiplos aspectos da pessoa humana, significando, pois, insuficientes para uma completa proteção do ser humano.

2.3.3. Reparação e sua natureza jurídica

No que pertine ao fundamento para a reparação do dano moral, a vinculação do dano imaterial ao regramento vigente acerca dos efeitos do dano patrimonial oriundo do ato ilícito já encontrou forte oposição por parte da doutrina.

Entre os principais argumentos dos oponentes à reparabilidade do dano moral, destacam-se: o de que a dor não tem preço e não admite compensação pecuniária; não é possível avaliar o preço da dor no dano moral; a incerteza de um direito lesado e de um dano real; a incerteza

em descobrir a existência do dano moral; a ausência de efeito penoso durável; a impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro; a imoralidade da compensação da dor com dinheiro; extensão do arbítrio concedido ao juiz e o ilimitado poder que se tem de conferir ao juiz; a impossibilidade jurídica de se admitir tal reparação; a reparação do dano moral implica num enriquecimento sem causa do prejudicado; a reparação somente se daria no caso do ofendido ser pobre; só podem ser reparados os danos oriundos do extracontratual.²⁴

De acordo com Luiz da Cunha Gonçalves, distinguem-se quatro grupos entre os que negam a reparação do dano moral: i) o dos que negam em absoluto qualquer possibilidade de reparação do dano moral; ii) o dos que, dividindo a parte social do patrimônio moral (como a reputação, a honra, etc.) e a parte afetiva do patrimônio (a dor, o luto por morte de familiares, etc.), só admitem a reparação do dano moral quanto à parte social do patrimônio moral e negam a reparação da parte afetiva do patrimônio; iii) o dos que aceitam a reparação do dano moral quando anexa de responsabilidade criminal; iv) o dos que admitem a reparação do dano moral apenas se conjuntamente com o dano material.²⁵

Apesar da clássica controvérsia, restaram superadas as objeções levantadas no passado, eis que, como dito, o Código Civil de 1916 não inseria qualquer preceito alusivo à reparação do dano moral, hoje, tanto na doutrina e na jurisprudência, prevalece a possibilidade de reparação do dano moral que, inclusive, foi absorvida e consagrada no texto da Constituição Federal de 1988, elevando à condição de garantia dos direitos individuais a reparabilidade de danos morais.

Hodiernamente, ainda que desprovida de reflexo ou repercussão econômica, prevalece a reparação do dano moral, que será fixada judicialmente por intermédio de arbitramento do *quantum* devido de prestação pecuniária de natureza compensatória em detrimento do causador do dano em benefício do lesado, objetivando suavizar os efeitos espirituais da lesão moral. Na avaliação do dano moral, o julgador elabora o sopesamento de elementos como, exemplificativamente, a culpa do agente, a extensão do prejuízo causado, a capacidade econômica do responsável, entre outros, para arbitrar uma reparação equitativa.

²⁴ Cf. SILVA, Américo Luís Martins da. Op. cit., p. 44.

²⁵ Cf. CUNHA, Luiz da Cunha apud Américo Luís Martins da Silva. Op. cit., p. 44.

Além da liquidação por arbitramento, o *quantum* poderá ser liquidado por artigos, caso haja necessidade de alegação de fato novo, em conformidade com artigos 606 e 608, ambos do Código de Processo Civil.

Inobstante a prevalência doutrinária atual pela reparação do dano moral, importante destacar que, enquanto no dano patrimonial busca-se a plena indenização do ofendido com a recondução de seu patrimônio ao estado que se encontrava no momento precedente ao fato danoso, operando-se, pois, o ressarcimento do dano material, diversamente, a reparação do dano moral não se resolve em indenização propriamente dita, porquanto o conceito de indenização abarca a semântica da eliminação do prejuízo e de suas consequências. Na reparação do dano moral, o que se tem em mente é a compensação, e não o ressarcimento, impondo-se ao causador do dano a obrigação de pagar uma quantia certa em dinheiro em favor do lesado, significando que ao mesmo tempo em que agrava o patrimônio do causador proporciona ao ofendido uma compensação satisfativa²⁶.

Nessa linha, a compensação do dano moral exerce duas funções: a função expiatória, relativamente ao culpado pela lesão, atribuindo à compensação o caráter de pena e acarretando perda de patrimônio ao lesionador; a função de satisfação, relativamente à vítima ou ofendido, que recebe o pagamento de uma soma em dinheiro como forma de satisfação para destiná-la como melhor lhe convier, compensando, destarte, a perda ou dano que tenha sofrido.

Em nosso hodierno mundo capitalista e consumista, a pena pecuniária representa uma penalidade das mais significativas ao causador do dano, haja vista que a parte mais sensível do corpo humano é o bolso, revelando que esta modalidade de pena tem se mostrado o mais enfático corretivo para o lesionador.

Observa Yussef Said Cahali que a aceitação tardia da reparação do dano moral em nosso direito culminou em uma “demanda reprimida” que, algumas vezes, reflete exageros alarmantes, com excessos que podem comprometer a essência do instituto.²⁷

Para evitar tais excessos inaceitáveis, visando à preservação da dignidade do instituto, impende a compreensão da análise “da reparação do dano moral e sua evolução histórica, sua perspectiva no direito com-

²⁶ Cf. CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 38.

²⁷ Idem.

parado, sua natureza e seus fundamentos, seus pressupostos e sua forma de indenização, a proporcionar informações proveitosas para a identificação do dano moral indenizável e parâmetros para sua liquidação”.²⁸

2.4. Danos reflexos

No que se refere aos danos morais indiretos, reflexos ou por ricochete, tanto a doutrina como a jurisprudência reconhecem, em hipóteses excepcionais, que terceiros sejam afetados moralmente, de modo reflexo e indireto, pelo dano moral sofrido pela vítima do ato ilícito. Apesar de cuidar-se de uma responsabilidade atrelada à mesma causa que originou a obrigação, tal direito se destaca para conservar sua autonomia no que concerne à titularidade e conseqüente exercício.²⁹

Por conseguinte, a terceira pessoa, prejudicada reflexamente, além daquela vítima imediata que recebeu os efeitos diretos do ato ilícito e sofreu o dano moral, será contemplada com a reparação do dano moral por direito personalíssimo autônomo.

Tais prejudicados reflexamente, lesados indiretamente, são aqueles que têm um interesse moral vinculado a um valor de afeição que lhes significa (ou representa) o bem jurídico da vítima imediata do dano, havendo, pois, uma presunção “*iuris tantum*” de dano moral indireto em favor de descendentes, ascendentes, cônjuges, irmãos, a título de exemplo, em caso de ato ilícito que cause dano moral a pessoa da família.

Com destaque para o princípio geral de que a ação de reparação do dano moral incumbe à vítima, Aguiar Dias salienta que em muitos casos se revela difícil a identificação do autor da ação rigorosamente como vítima, vez que o dano o afeta por intermédio de outra pessoa. O prejuízo pode ser experimentado não por uma pessoa, mas, sim, por uma pluralidade, atingindo várias pessoas. Daí, cada uma tem direito de exigir a reparação em detrimento do responsável, concluindo que o direito de exigir a reparação depende de prova do prejuízo ou da lesão à afeição.³⁰

²⁸ Cf. CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 18.

²⁹ Cf. CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 53.

³⁰ 3ª Câmara de Direito Público do TJSP, 14.04.2009, JTJ339/476.

Para Yussef Said Cahali, havendo uma multiplicidade de pessoas atingidas reflexamente pelo mesmo ato ilícito, apesar de inexistir óbice ao ajuizamento de ações autônomas, o caso seria de litisconsórcio ativo na ação de indenização, mas, em qualquer caso, tendo sido paga indenização única ao parente mais próximo, os demais seriam excluídos, *no pressuposto da unicidade da indenização*.³¹

Rui Stoco sustenta que, se dois ou mais legitimados ingressam com ação, a indenização deverá ser repartida. Caso, posteriormente, outro legitimado venha pleitear indenização pelo mesmo fato, na hipótese de outro já ter obtido indenização em ação judicial, a alternativa a este último é postular parte do valor que aquele já recebeu.³²

2.5. Novos danos

Na esteira evolutiva somatizada pelo Direito, seja pelos efeitos reflexos advindos das infundáveis mutações vividas pela sociedade ou pelo avanço tecnológico, novas modalidades de danos são destacadas pela doutrina.

A V Jornada de Direito Civil aprovou o Enunciado nº 456, que dispõe:

A expressão “dano” no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos, a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas.

Para Anderson Schreiber:

Longe de ser restritiva ao âmbito probatório, esta flexibilização indica uma alteração gradativa e eminentemente jurisprudencial na estrutura da responsabilidade civil, a refletir a valorização de sua função compensatória e a crescente necessi-

³¹ Cf. CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 57.

³² Cf. STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

dade de assistir a vítima em uma realidade social marcada pela insuficiência de políticas públicas na administração e reparação dos danos³³.

De acordo com o jurista, os pressupostos da responsabilidade civil e que dão ensejo ao dever de indenizar, quais sejam: culpa e nexo causal, perdem importância frente a ascensão do dano que figura, a um só tempo, como objeto e como *ratio* da reparação. O dano, por tempos alçado a um patamar secundário, especialmente por sua fácil verificação materialista, vem, paulatinamente, ganhando papel de destaque na jurisprudência como “elemento apto, por si só, a atrair a atuação das cortes em amparo às vítimas dos infortúnios diversos”³⁴.

Nesse contexto, despontam como novos danos, o dano estético, “perda de uma chance”, o dano moral coletivo e o dano social.

Tanto a doutrina como a jurisprudência tem conferido tratamento diferenciado ao dano estético, alçando-o à categoria estanque do dano extrapatrimonial.

Tal tendência evolutiva pode ser inferida na edição da Súmula nº 387 do Superior Tribunal de Justiça que dispõe: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”, sinalizando o tratamento dedicado ao dano estético como um novo dano reparável, distinto do dano moral.

Teresa Ancona Lopez define o dano estético como qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe causa um “enfeamento” e lhe causa humilhações e desgostos, dando origem a uma dor moral³⁵.

Para essa corrente que defende o dano estético como uma nova categoria de dano, autônoma frente ao dano material ou moral eventualmente existentes no caso concreto, enquanto no dano moral se verifica a dor mental, no sofrimento psíquico, de foro íntimo, o dano estético se projeta para além do aspecto psíquico, causando uma alteração morfológica no corpo da vítima, agredindo a visão e causando humilhações.

³³ SCHREIBER, Anderson apud TARTUCE, Flávio. *Direito civil 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 456.

³⁴ Idem.

³⁵ LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético, responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 46.

A despeito da corrente doutrinária e jurisprudencial que considera o dano estético como um novo dano, estaque do dano moral, ainda há destacada doutrina sustentando que o dano à estética é espécie do gênero dano moral³⁶ e, por conseguinte, inacumulável o pedido de indenização por dano estético e por dano moral, sob pena de configurar *bis in idem*.

Quanto à “perda de uma chance”, consagra-se como a reparação devida ao lesado que se viu frustrado de uma efetiva probabilidade de determinado proveito em decorrência de um fato imputável ao agente responsável³⁷.

De origem francesa, a doutrina tradicional refutava a reparação por perda de uma chance. Nessa vertente, René Demogue ressaltava a ausência de certeza definitiva de que se lograria êxito na consecução da vantagem patrimonial, mencionando como exemplo, no caso de um cavalo de corrida impedido de participar de uma carreira por falha do transportador, que nada garantiria que este cavalo, caso não tivesse sido impedido de concorrer, se consagraria campeão³⁸.

De outro lado, Henri Lalou argumentava que para a perda de uma chance bastava a certeza da probabilidade do dano, e não a certeza do dano efetivo, eis não existir dúvida do absoluto malogro da possibilidade de vitória do cavalo ocasionada pelo evento danoso, abortando, assim, a chance chegar em primeiro lugar³⁹.

No Direito comparado, discute-se sobre a correta classificação da responsabilidade civil pela perda de uma chance, se na categoria do dano ou do nexa causal, dadas as dificuldades probatórias de se estabelecer a relação de causalidade entre o fato imputado ao agente e o dano final (causalidade parcial)⁴⁰.

Com ênfase para o objeto do presente artigo, na perda de uma chance, o dano corresponde à perda de uma probabilidade que era certa, de modo que o objeto da reparação deve representar a frustração de uma chance e não o dano final consubstanciado no proveito esperado pelo lesado e já definitivamente frustrado⁴¹.

³⁶ Cf. STOCO, Rui. Op. cit., p. 1411-1412.

³⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 166.

³⁸ René Demogue apud SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira, op. cit. p. 167.

³⁹ Henri Lalou apud SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira, op. cit. p. 167.

⁴⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit., p. 167.

⁴¹ Idem.

Assim, o que importa para o reconhecimento da chance perdida é a certeza da probabilidade, podendo-se estabelecer, “mediante a formulação de um juízo concreto de verossimilhança, que o fato futuro era fortemente provável ou plausível e que, com o evento danoso, frustrou-se uma chance considerável, e não meramente eventual”⁴².

Com relação à terceira modalidade de novo dano, Carlos Alberto Bittar Filho sustenta que as profundas mudanças enfrentadas pelo Direito neste século conduzem “ao primado insofismável do coletivo sobre o individual” e podem ser sintetizadas pela expressão “socialização”. As conseqüências desse cenário transformador estão desaguando no campo da teoria do dano moral, dando origem à figura do dano moral coletivo. Assim, no dano moral coletivo, o patrimônio valorativo de determinada comunidade, idealmente considerado, foi agredido de forma injustificável sob o enfoque jurídico, ferindo seu aspecto imaterial⁴³.

O dano moral coletivo, intrinsecamente atrelado à terceira geração do constitucionalismo: a solidariedade, dada sua natureza transindividual, destaca-se do dano moral individual por afetar um determinado círculo de valores coletivos de uma determinada comunidade, a exemplo de casos de propaganda enganosa ofensiva, de ofensa a valores de certa religião, discriminação de uma raça ou determinada comunidade, descumprimento de medidas estabelecidas por lei, como de cotas reservadas a deficientes físicos no mercado de trabalho, risco da saúde ou integridade física dos trabalhadores de uma empresa em razão da não adoção de medidas de segurança impostas, entre outros⁴⁴.

Por atingir direitos individuais homogêneos e coletivos em sentido estrito, em que as vítimas são determinadas ou determináveis, a reparação do dano moral coletivo deve ser destinada a elas, vítimas⁴⁵.

Yussef Said sustenta que, em regra, a reparação dos danos morais difusos somente é cabível em ações que tratem de direitos indivisíveis (difusos ou coletivos), eis que nestes casos é, de fato, impossível reparar o valor da indenização entre as pessoas indetermináveis, destinando-se, pois, ao fundo previsto no artigo 13 da Lei 7.347/85⁴⁶.

⁴² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit., p. 171.

⁴³ Cf. Carlos Alberto Bittar Filho apud CAHALI, Yussef Said, op. cit., p. 308.

⁴⁴ Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 544.

⁴⁵ TARTUCE, Flávio. *Direito civil 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 468.

⁴⁶ CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 309.

A questão é realmente controversa e tem-se notado um incremento no número de julgados tratando de danos morais coletivos.

No Colendo Superior Tribunal de Justiça, a Primeira Turma julgou um importante precedente sobre o tema que foi veiculado em sede de ação civil pública envolvendo danos ao meio ambiente. Na ocasião, a Primeira Turma, por maioria de votos, decidiu pela impossibilidade do denominado “dano moral coletivo”, enfatizando a necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual e de determinação do *quantum* indenizatório⁴⁷.

A despeito da prevalência do entendimento majoritário adotado no julgamento desse importante precedente, destacou-se, na ocasião, o voto divergente do Ministro Luiz Fux que concluiu pela reparabilidade do dano moral coletivo, fundamentando estar relacionado à transgressão do sentimento coletivo, consubstanciado no sofrimento da comunidade, ou do grupo social, diante de determinada lesão ambiental⁴⁸.

Outro importante precedente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, admitindo a reparação dos danos morais coletivos, como nova modalidade de dano a ser reparado, é representado pelo caso notório, amplamente divulgado na mídia, acerca da indenização fixada a favor das mulheres que tomaram as pílulas de farinha e vieram a engravidar, sem planejamento⁴⁹.

⁴⁷ Processual Civil. Ação Civil Pública. Dano ambiental. Dano moral coletivo. Necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual. Incompatibilidade com a noção de transindividualidade (indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação). Recurso Especial improvido. (STJ - 1ª T. - Resp. 5988.281/MG - Rel. Teori Albino Zavascki - DJ 01.06.2006 e Bol. STJ 10/27).

⁴⁸ “O dano moral ambiental caracterizar-se-á quando, além dessa repercussão física no patrimônio ambiental, sucede ofensa ao sentimento difuso ou coletivo - v.g.: o dano causado a uma paisagem causa impacto no sentimento da comunidade de determinada região, quer como v.g.: a supressão de certas árvores na zona urbana ou localizadas na mata próxima ao perímetro urbano. Conseqüentemente, o reconhecimento do dano moral ambiental não está umbilicalmente ligado à repercussão física no meio ambiente, mas, ao revés, relacionado à transgressão do sentimento coletivo, consubstanciado no sofrimento da comunidade, ou do grupo social, diante de determinada lesão ambiental. Deveras, o dano moral individual difere do dano moral difuso e *in re ipsa* decorrente do sofrimento e emoção negativas. Destarte, não se pode olvidar que o meio ambiente pertence a todos, porquanto a Carta Magna de 1988 universalizou este direito, erigindo-o como um bem de uso comum do povo. Desta sorte, em se tratando de proteção ao meio ambiente, podem coexistir o dano patrimonial e o dano moral, interpretação que prestigia a real exegese da Constituição em favor de um ambiente sadio e equilibrado” (Voto Ministro Luiz Fux, STJ - 1ª T. - Resp. 5988.281/MG - Rel. Teori Albino Zavascki - DJ 01.06.2006).

⁴⁹ STJ, Resp 866.636/SP, Rel. Min. Nancy Angrighi, 3ª Turma, j. 29.11.2007, DJ 06.12.2007, p. 312.

Observa Yussef Said que as dificuldades na quantificação do dano moral coletivo são comuns à fixação do dano moral em geral, devendo preponderar o aspecto aflitivo ou admonitório da indenização. Igualmente, a constatação do dano moral coletivo é aferida a partir da prova do fato em si (lesão ao bem), sendo o dano *in re ipsa*, mormente se considerada a ampla garantia de proteção e defesa dos direitos coletivos⁵⁰.

Por fim, destaca-se como nova categoria de dano, que muito se assemelha ao dano moral coletivo, a proposta pelo jurista Antônio Junqueira de Azevedo, o dano social.

Para o jurista, os danos sociais caracterizam-se como “lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito de segurança – quanto por diminuição na qualidade de vida”⁵¹.

Dessa forma, o autor sustenta que os danos sociais são causa de indenização punitiva por dolo ou culpa grave especialmente 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 população⁵².

Os danos sociais têm natureza de direitos difusos, sendo as vítimas indeterminadas ou indetermináveis.

Observa Flávio Tartuce que os danos sociais diferenciam-se dos danos morais coletivos pelas repercussões que geram. Enquanto os danos morais coletivos repercutem unicamente no aspecto extrapatrimonial, os danos sociais podem repercutir tanto no aspecto extrapatrimonial como no patrimonial⁵³.

O dano social emerge do regramento básico da socialidade adotado pelo Código Civil de 2002 que prega a valorização do coletivo em detrimento do individual⁵⁴. Encarando o estudo do instituto da responsabilidade civil a partir dessa nova ótica, sob a perspectiva de sua função social, impõe-se a compreensão do assunto em cotejo com o meio

⁵⁰ CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 309.

⁵¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por um nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). *O código civil e sua interdisciplinidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 376.

⁵² Idem.

⁵³ TARTUCE, Flávio. Op. cit., p. 476.

⁵⁴ Idem.

que o cerca e, por conseguinte, com os objetivos que as indenizações oriundas da responsabilidade civil devem assumir⁵⁵.

Nessa linha, a função social da responsabilidade civil concatena-se com a proteção da pessoa humana e da sua dignidade como valor fundamental. A cláusula geral de tutela da pessoa humana, condensada no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, fundamentaria, destarte, o surgimento de novos danos reparáveis⁵⁶.

De acordo com o Enunciado nº 274 aprovado na IV Jornada de Direito Civil realizada pelo Conselho de Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça:

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no artigo 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

Portanto, o importante enunciado doutrinário em exame reconhece a existência de novos direitos da personalidade, além dos direitos já sabidamente codificados, emergindo daí, efetivamente, a possibilidade de surgimento de novos danos reparáveis, como o dano social.

A parte final do enunciado estabelece que o conflito entre os direitos da personalidade deve ser resolvido concretamente pela técnica de ponderação, desenvolvida por Robert Alexy, representando a tendência da constitucionalização do Direito Civil⁵⁷.

Na elucidação de sua proposição, Antônio Junqueira de Azevedo esclarece sobre os comportamentos exemplares negativos:

O mesmo raciocínio deve ser feito quanto aos atos que levam à conclusão de que não devem ser repetidos, atos negativamente exemplares – no sentido de que sobre eles cabe dizer “Imagine se todas

⁵⁵ TARTUCE, Flávio. Op. cit., p. 476.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ TARTUCE, Flávio. Op. cit., p. 477.

as vezes fosse assim!” Também esses atos causam um rebaixamento do nível coletivo de vida - mais especificamente na qualidade de vida⁵⁸.

Entre os exemplos de danos sociais, a doutrina destaca: a empresa de transporte aéreo que atrasa sistematicamente os seus voos⁵⁹; a empresa que diminui a fórmula no medicamento⁶⁰; o pai que solta o balão com o filho⁶¹; o posto de combustíveis que explode⁶²; a loja do aeroporto que exagera no preço em dias de apagão aéreo⁶³; o sindicato de uma determinada categoria que, em ato de greve, resolve parar a cidade de São Paulo, fazendo sua manifestação na principal avenida da cidade, em plena sexta-feira à tarde⁶⁴.

Antônio Junqueira de Azevedo alerta para a dificuldade na questão da legitimidade e, desta feita, a quem atribuir o valor da indenização. Invocando o artigo 883, parágrafo único, do Código Civil, que trata do pagamento indevido e do destino em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz, o autor admite que o acréscimo de indenização resultante do dano social poderia, em tese, ir para um fundo como ressarcimento à sociedade, como ocorre no caso dos danos ambientais⁶⁵.

Entretanto, conclui que a indenização por dano social deve ser entregue à vítima, que foi parte na ação e foi quem de fato trabalhou, embora agindo por interesse próprio, atuou em benefício de toda sociedade⁶⁶.

A proposição do dano social, como um novo dano a embasar a responsabilidade civil, começa a encontrar eco em nossos Tribunais.

A Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo enfrentou brilhantemente o tema no julgamento de recurso de apelação em que figurou como relator o ilustre Desembargador Teixeira

⁵⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Op. cit., p.375.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ TARTUCE, Flávio. Op. cit., p. 478.

⁶¹ Idem.

⁶² Idem.

⁶³ Idem.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Op. cit., p. 376, 377.

⁶⁶ Idem.

Leite, condenando a empresa Amil ao pagamento de indenização por danos sociais no valor de um milhão de reais, destinando a quantia ao Hospital das Clínicas de São Paulo⁶⁷:

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 de 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, 4ª Câmara de Direito Privado, Comarca de Origem: São Bernardo do Campo, Rel. Des. Teixeira Leite, j. 07.2013).

⁶⁷ TARTUCE, Flávio. Op. cit., p. 481.

Bibliografia

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva. 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). *O código civil e sua interdisciplinarietà*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BENACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade civil contratual*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral e sua reparação civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 2011.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPEZ, Teresa Ancona. *O Dano estético*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Américo Luís Martins da. *Dano moral e sua reparação civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 2012.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2011.

TARTUCE, Flávio. *Direito das obrigações e responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Método. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey. Juarez de Oliveira. 2010.