

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

NICOLÁS GUARDIA

Os critérios para a identificação e indenização do dano moral intencional no  
direito brasileiro e no direito norte-americano

Porto Alegre

2014

NICOLÁS GUARDIA

**Os critérios para a identificação e indenização do dano moral  
intencional no direito brasileiro e no direito norte-americano**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais desta Universidade.

Orientadora: Prof. Dra. Lisiane Feiten Wingert Ody.

**Porto Alegre**

**2014**

NICOLÁS GUARDIA

**Os critérios para a identificação e indenização do dano moral  
intencional no direito brasileiro e no direito norte-americano**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais desta Universidade.

Aprovado em 11 de julho de 2013.

BANCA EXAMINADORA:

---

**Professora Doutora Lisiane Feiten Wingert Ody**

Orientadora

---

**Professor Mestre Domingos Sávio Dresch da Silveira**

---

**Professor Doutor Gerson Luiz Carlos Branco**

## **AGRADECIMENTOS**

Com imensa gratidão, à minha mãe, ao meu pai, e à minha irmã, pelo amor e pelo apoio incondicional – não tenho palavras para agradecer todo o carinho e a torcida. Com especial consideração, à Professora Lisiane Feiten Wingert Ody, pela disponibilidade, paciência e ensinamentos na orientação do presente trabalho. Com muito afeto, aos meus amigos, pela convivência, e aos ex-colegas de trabalho, servidores e membros da Procuradoria Regional da República da 4ª Região, pela enriquecedora experiência durante os últimos dois anos. Com profundo respeito, a todos os Professores e Professoras desta Faculdade de Direito.

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo uma análise, a partir de uma perspectiva comparatista, da disciplina da responsabilidade civil por dano moral no direito brasileiro e no direito norte-americano, mediante a identificação dos limites para a existência e indenizabilidade do dano moral, assim como a sua aceitação, consolidação e adaptação pelos tribunais. Percebe-se que o direito brasileiro, para fins de delimitação do dano moral indenizável, adota critérios que se aproximam à noção de dano moral “sério” do direito norte-americano. É feita a distinção entre os conceitos de dano moral “sério” e o dano moral “severo”. A análise objetiva das circunstâncias do dano e a exclusão da responsabilidade em razão da proteção de diretrizes e princípios importantes na sociedade emergem como critérios que, embora criados pelas cortes norte-americanas, são compatíveis com o direito brasileiro. Conclui-se que a criação de referenciais jurisprudenciais, a exemplo das “conventional figures” da Common Law, permitiriam um arbitramento mais criterioso das indenizações por dano moral no direito brasileiro.

Palavras-chave: responsabilidade civil extracontratual – dano moral – indenização - arbitramento

## **ABSTRACT**

The present paper aims to analyze, from a comparative perspective, the tortious liability for emotional harm in the Brazilian law and North-American law, by identifying the threshold for existence and recovery for emotional harm, as well as their acceptance, consolidation and adaptation by the courts. It is noticed that the Brazilian law, for purposes of limitation of the emotional liability, adopts criteria similar to the North-American law notion of “serious” damage. It is distinguished the concepts of “serious” emotional damage and “severe” emotional damage. The objective analysis of the circumstances of the emotional harm, as well the preclusion of liability on grounds of important policies or principles arise as criteria that, although created by the North-American courts, are compatible with the Brazilian Law. This paper indicates the creation of jurisprudential references, like the “conventional figures” of the Common Law, would allow a better assessment of awards for compensation of the emotional harm in Brazilian law.

Key-words: torts – emotional harm – compensation – assessment

## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>1 INTRODUÇÃO .....</b>  | <b>8</b>  |
| <b>2 A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL .....</b>          | <b>13</b> |
| 2.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL OBJETIVA.....       | 16        |
| 2.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL SUBJETIVA.....      | 20        |
| <b>3 O DANO MORAL.....</b>                                       | <b>30</b> |
| 3.1 A VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À EXISTÊNCIA DE DANO MATERIAL.... | 34        |
| 3.2 A REPARABILIDADE DO DANO MORAL PURO .....                    | 38        |
| 3.3 A DELIMITAÇÃO DO DANO MORAL INTENCIONAL.....                 | 40        |
| 3.4 PUNITIVE DAMAGES.....  | 48        |
| 3.5 O CÁLCULO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS .....              | 50        |
| <b>4 CONCLUSÃO .....</b>   | <b>53</b> |
| <b>REFERÊNCIAS.....</b>  | <b>57</b> |
| <b>BIBLIOGRAFIA .....</b>  | <b>59</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

O dano moral é consequência inevitável da vida em sociedade, uma vez que seu conteúdo abrange a própria dimensão ontológica do ser humano<sup>1</sup>.

Em uma sociedade individualista e moderna, em que se desfazem os pontos de referência de tradição e moral, conceitos e pré-conceitos, formas de viver e regras de convívio, é natural o sentimento de vulnerabilidade em relação à segurança emocional, espiritual, mental ou psicológica. Em tempos de revolução nos processos tecnológicos, surgem novos meios e possibilidades de causar abalos à tranquilidade moral, seja por meio de invasão de informações pessoais ou pelo uso das ferramentas de comunicação em massa, que estendem o alcance do dano, inclusive, a uma infinidade de pessoas, como se vê dos fenômenos das redes sociais. Trata-se do conflito entre a necessidade de entretenimento e informação, e os interesses daquele que vê o seu nome exposto, a sua imagem divulgada, ou que sofre com as falsas informações<sup>2</sup>. Contudo, a responsabilidade civil no direito brasileiro recém ingressou em sua fase de aceitação da possibilidade de plena indenização do dano moral, de modo que os tribunais ainda discutem quais seriam os seus critérios de aferição e valoração.

Assim, a principal tarefa da responsabilidade civil extracontratual é selecionar, dentro de um enorme universo de situações cotidianas em que está presente o dano, aqueles casos em que a vítima pode transferir o prejuízo ao seu causador<sup>3</sup>. Caso contrário, o direito estaria sob risco de permitir a banalização da responsabilidade civil.

No direito brasileiro, a noção de dano moral, após sofrer influxos da Constituição Federal de 1988, veio, inclusive, a ser definida como uma *violação do direito à dignidade*<sup>4</sup>, estabelecendo uma moldura bastante ampla à definição do dano moral indenizável.

---

<sup>1</sup> CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 20.

<sup>2</sup> ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. Oxford: Clarendon Express, 1998, p. 687.

<sup>3</sup> ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. Oxford: Clarendon Express, 1998, p. 621.

<sup>4</sup> MENEZES, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*. Volume XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 34.



Frente a esse novo enfoque constitucional, percebe-se que existe uma problemática decorrente da expansão do campo de incidência da responsabilidade civil, bem como uma falibilidade da aplicação absoluta do princípio da reparação integral. Para Sanseverino, há uma tendência verificável atualmente de ampliação do âmbito de proteção da responsabilidade civil, que pode ser observada na evolução de uma concepção tradicional e restritiva, na qual somente seria possível reparar os efeitos patrimoniais do evento danoso -e que por muito tempo prevaleceu como entendimento majoritário de nossos tribunais- para outra mais ampla, em que se incluem os danos emergentes e lucros cessantes, culminando, enfim, no reconhecimento da ampla indenizabilidade dos danos extrapatrimoniais<sup>5</sup>.

Contudo, não obstante o enfoque em ampliar as hipóteses de responsabilidade, existem, e continuarão existindo, verdadeiras limitações, especialmente de cunho econômico, à plena e total reparação dos eventos danosos<sup>6</sup>.

Para Cahali, ‘o desabrochar tardio da reparabilidade do dano moral em nosso direito fez desenfrear uma “demanda reprimida”, que por vezes tem degenerado em excessos que o autor classifica como “inaceitáveis”’<sup>7</sup>.

De outro canto, afirmam Menezes Direito e Cavalieri Filho que a definição dos critérios para o deferimento da indenização, em razão de sua subjetividade, “pode levar a disparates a partir mesmo do próprio conceito de dano moral”<sup>8</sup>.

É nessa linha que a experiência do sistema da Common Law serve como um valioso referencial, uma vez que a sua tradição é de um pluralismo irrestrito em seu campo da responsabilidade civil<sup>9</sup>.

O direito anglo-americano incorpora os problemas sociais na medida em que surgem e se desenvolvem, e, porque constantemente atualizado, buscou na criação de critérios objetivos para identificação do dano juridicamente relevante uma maneira de manter hígida a disciplina dos *torts*, especialmente em se tratando de

---

<sup>5</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral – indenização no Código Civil*. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 137.

<sup>6</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral – indenização no Código Civil*. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 137.

<sup>7</sup> CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 18.

<sup>8</sup> MENEZES, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*. Volume XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 341.

<sup>9</sup> TUNC, André (editor). *International Encyclopedia of Comparative Law: Torts*. Volume XI, Capítulo 02. Tübingen: J.C.B Mohr, 1979, p. 18.

danos imateriais, como é o dano moral, em que a sua prova é dificultosa, quando não impossível. E, ainda que a especificidade do *Law of Torts* possa tornar o sistema tecnicamente complexo, Zweigert e Kötz acreditam que “[a] força da Common Law provavelmente está na maneira cuidadosa em que sopesa e trabalha as características específicas de cada *tort* individual e o tipo de caso em que é aplicado”<sup>10</sup>, o que possibilitaria conduzir cada um dos casos a uma solução mais apropriada.

É na necessidade de expansão e diversificação do âmbito da responsabilidade civil que tanto os sistemas da Civil Law como os da Common Law têm buscado inspirações recíprocas. Não é por menos que se verifica uma tendência de unificação dos *torts*<sup>11</sup> em um princípio geral da responsabilidade, enquanto o direito continental tem se diversificado para possibilitar a reparação de danos específicos, surgidos em razão da tecnologia e da do reconhecimento da devida proteção aos direitos de personalidade.

E porque há um processo de aproximação de ambos os sistemas jurídicos que se faz necessária uma análise pelo método comparado, tanto no que diz a respeito das diferenças entre os modelos em questão, quando das similaridades, que, a este trabalho, são de maior interesse, buscando sempre o aprimoramento do direito nacional.

Não se olvida, contudo, ser necessário ter em mente, no estudo comparativo, que as fontes formais não constituem o único fator de modelação das relações sociais<sup>12</sup>, uma vez que as regras e os procedimentos jurídicos que um sistema considera essenciais podem não o ser em outro. Mas é perfeitamente possível que, no contexto de diferentes sistemas, sejam utilizados os mesmos processos de valoração<sup>13</sup> de relevância de elementos como o dano.

Na primeira parte deste trabalho é apresentada uma visão geral da disciplina da responsabilidade civil no direito brasileiro e no direito norte-americano,

<sup>10</sup> No original: “[t]he strenght of the Common Law probably resides in the careful way it weighs and works out the specific characteristics of each individual tort and of the type of case which it is applied”. ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. Oxford: Clarendon Express, 1998, p. 623.

<sup>11</sup> TUNC, André (editor). *International Encyclopedia of Comparative Law: Torts*. Volume XI, Capítulo 02. Tübingen: J.C.B Mohr, 1979, p. 19.

<sup>12</sup> DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4ª Edição. São Paulo: Martins-Fonte, 2002, p. 14.

<sup>13</sup> ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. Oxford: Clarendon Express, 1998, p. 624

subdividindo-se essa análise na responsabilidade civil contratual e na responsabilidade civil extracontratual, esta última abordada em dois pontos distintos: a responsabilidade civil objetiva e subjetiva.

Para tanto, foi feito uso, no que toca ao direito brasileiro, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, bem como de diversas obras da doutrina nacional. É possível notar, também, uma significativa contribuição da doutrina francesa relativa à responsabilidade civil, em especial a obra dos Mazeaud e de Savatier, que são constantemente citadas ao longo deste trabalho. O objetivo dessa inserção foi possibilitar, com maior clareza teórica, a comparação de conceitos da responsabilidade civil extracontratual com a sua correspondente na Common Law.

Em relação ao direito norte-americano, essa primeira parte do trabalho teve como base a obra Restatement (Third) of Torts, visto que serve como uma sistematização da doutrina e da jurisprudência referente à matéria de responsabilidade civil extracontratual. Também foram consultadas outras importantes obras da doutrina da Common Law, a exemplo de autores como Holmes e Fleming, bem como diversos capítulos do volume XI da International Encyclopedia of Comparative Law.

A segunda parte do trabalho é dedicada à análise comparativa do dano moral no direito brasileiro e norte-americano, levando em conta aspectos históricos relacionados à aceitação jurisprudencial acerca da sua reparabilidade, seguindo desde a sua vinculação inicial do dano moral ao dano corporal até a sua evolução como espécie autônoma, bem como os limites à sua reparabilidade criados por cada um dos sistemas.

Nesse linha, o enfoque é de análise do entendimento jurisprudencial norte-americano e da evolução da doutrina e da jurisprudência no direito brasileiro, utilizando-se, para tanto, de metodologia comparativa funcional e factual.

As duas subseções finais são dedicadas aos temas do *punitive damage* e do cálculo das indenizações por dano moral, em que se retoma uma análise mais doutrinária, abordando sempre a compatibilidade dos institutos e critérios estabelecidos no direito norte-americano com o direito brasileiro. Busca-se, com isso, a compreensão das técnicas de arbitramento do dano moral em ambos ordenamentos jurídicos, e a possibilidade de aproveitar a experiência prática da

Common Law na formulação de soluções para os problemas enfrentados pelo direito brasileiro no campo da responsabilidade civil extracontratual.

O presente trabalho evita, na medida do possível, a tradução de termos específicos do direito estrangeiro, a fim de não deturpar o seu real significado. Quando necessário para o melhor entendimento do tema, permitiu-se a tradução livre de expressões e trechos de obras doutrinárias e jurisprudenciais.

## 2 A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL

Em sucinta definição, a responsabilidade civil é uma obrigação em que cabe a uma pessoa reparar o dano causado a outrem por sua culpa, ou culpa de seus dependentes<sup>14</sup>.

Para Pontes de Miranda, “a proibição de ofender, *neminem laedere*, é um dos princípios fundamentais da ordem social”<sup>15</sup>, dever moral esse que é traduzido na ordem jurídica por meio da responsabilidade<sup>16</sup>. Rui Stoco molda o conceito de ordem social sobre a promoção das condutas lícitas e na repressão daquelas ilícitas, tendo o direito o papel de estabelecer deveres, assim considerados em obrigação de fazer, não fazer ou tolerar, absolutos ou relativos, no sentido de atingirem a todos ou a particular ou determinado grupo<sup>17</sup>.

Contudo, a formulação de um princípio geral da responsabilidade somente encontrou eco nas codificações da Europa continental nos séculos XVII e XVIII, em razão da doutrina de autores jusnaturalistas como Grotius e Domat<sup>18</sup>. Isso porque a responsabilidade civil, em seu estágio mais remoto, previa diversos e concorrentes tipos de responsabilidade para situações em que um determinado (e tangível) interesse tivesse sido invadido por uma conduta física e específica.<sup>19</sup>

Na Common Law, a responsabilidade civil extracontratual é denominada de *tortious liability*, cuja origem deriva da palavra latina “*tortus*”, cujo significado é de torto “torto”, e que, na língua inglesa, é sinônimo para um *mal*, algo errado, reprovável<sup>20</sup>. Como se vê, a ênfase no aspecto ilícito faz com que melhor corresponda à idéia de *tortious liability* a expressão *responsabilité délictuelle* do

<sup>14</sup> SAVATIER, René. *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français – Civil Administratif, Professionnel, Procedural*. 2ª Edição. Tomo 1. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, p. 01.

<sup>15</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo LII. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 14.

<sup>16</sup> STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e a sua Interpretação Jurisprudencial*. 4ª Edição. Revista. Atualizada. Ampliada. 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 61.

<sup>17</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo LII. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 14.

<sup>18</sup> ZWIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. Oxford: Clarendon Express, 1998, p. 597.

<sup>19</sup> ZWIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. Oxford: Clarendon Express, 1998, p. 597.

<sup>20</sup> TUNC, André (editor). *International Encyclopedia of Comparative Law: Torts*. Volume XI, Capítulo 01. Tübingen: J.C.B Mohr, 1974, p. 07.

direito francês, comparativamente à nomenclatura empregada no direito brasileiro, uma vez que dá maior enfoque ao aspecto da reprovabilidade.

Tradicionalmente, diz-se que o *Law of Torts* não possui uma definição científica e exata, seja ela dada por uma enumeração de casos particulares ou por um princípio geral. Citando a doutrina de Street, expressa na obra *Foundations of Legal Liability*, Winfield diz que não há definição que seja ao mesmo tempo lógica e precisa para os *torts*, porquanto o seu conceito pertence à mais elevada categoria do pensamento jurídico<sup>21</sup>.

Para Street, conforme explica Winfield, a definição de *tort* no direito anglo-americano exigiria a especificação das condições em que surge a responsabilidade extracontratual, o que seria impossível em razão da “*nature of things*”<sup>22</sup> (natureza das coisas). Assim, é pelos limites dos outros campos do direito que os *torts* encontram a suas próprias fronteiras.

Procurando fixar esses limites para o conceito de responsabilidade no direito brasileiro, e a fim de fugir da doutrina do livre arbítrio, Pontes de Miranda a vê como fato social e objetivo, a ser analisada livre de resquícios ontológicos<sup>23</sup>, que mesclariam erroneamente conceitos como culpabilidade, imputabilidade e responsabilidade, devendo assim ser juridicamente, e mais corretamente, entendida como obrigação, encargo, contraprestação.

Essa idéia é compartilhada também no seu sentido etimológico, visto que a palavra contém a raiz latina *spondeo*, fórmula por meio da qual se ligava solenemente o devedor nos contratos verbais do direito romano<sup>24</sup>.

Sendo a responsabilidade uma obrigação, a regra geral diz ser possível a sua apreciação em termos econômicos<sup>25</sup>, o que significa poder reduzir o seu objeto a uma soma de dinheiro, ou ao menos recorrer a um critério pecuniário, de onde temos as multas e as indenizações àquilo que for naturalmente inapreciável<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> WINFIELD, Percy H. *The Province of The Law of Tort (Tagore Law Lectures delivered in 1930)*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 05.

<sup>22</sup> WINFIELD, Percy H. *The Province of The Law of Tort (Tagore Law Lectures delivered in 1930)*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 05.

<sup>23</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo LIII. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 04.

<sup>24</sup> AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 6ª Edição. 2ª Versão. Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 02.

<sup>25</sup> BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. Edição Histórica. Campinas: Red Livros, 2002, p. 18.

<sup>26</sup> BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. Edição Histórica. Campinas: Red Livros, 2002, p. 18.

O domínio da responsabilidade civil nos países de tradição continental é classicamente dividido em dois grupos, sendo esses a responsabilidade extracontratual (*délictuelle* ou *quasi-délictuelle*, na linguagem dos civilistas franceses, no sentido próprio de decorrente de *ato ilícito*, à semelhança do direito penal, mas não com ele confundido) e a responsabilidade contratual, sendo possível a qualquer uma das duas ser fundada na culpa ou no risco<sup>27</sup>. Divisão semelhante é empregada na Common Law, que as denomina de *tortious liability* e *contracts*.

Os *torts* tiveram origem na separação da pena e da reparação, resultando aos campos da “*criminal liability*” e “*tortious liability*”, sendo essa última dividida em “*contractual liability*” e “*restitutionary liability*”.

Essas especificações são, no final de contas, meramente temática<sup>28</sup>, distintas entre si pela natureza da conduta, suas consequências e pelo propósito das soluções definidas pela lei. A “*tortious liability*” existe primariamente para compensar a vítima, compelindo o causador do dano a pagar pelo dano.

Hans Stoll considera essa delimitação desejável, ao menos teoricamente, pois dá clareza e é adequada à estrita divisão entre a responsabilidade civil e o direito penal<sup>29</sup>. Na prática, contudo, reconhece o autor que a maioria dos sistemas hoje incorporam mais de um propósito à responsabilidade civil, que podem se juntar, reforçar ou mesmo substituir o propósito principal, sendo esse, por exemplo, o caso dos “*punitive damages*” ou “*exemplary damages*”, ainda presentes na Common Law, cuja inserção na matéria de responsabilidade civil por dano moral será analisada posteriormente.

Não obstante, tratando-se exclusivamente de indenização por dano moral intencional, que é o tema deste trabalho, e sendo o dano moral em si parte do “*tortious liability*”, não se deve, a princípio, fazer uso dos critérios de cálculo dos outros tipos de “*liability*”.

---

<sup>27</sup> ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 138.

<sup>28</sup> FLEMING, John Gunther. *The Law of Torts*. 8ª Edição. Sydney: The Law Book Company, 1992, p. 01.

<sup>29</sup> TUNC, André. *International Encyclopedia of Comparative Law: Torts*. Volume XI, Capítulo 08. Tübingen: J.C.B Mohr, 1972, p. 08.

## 2.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL OBJETIVA

Já advertiam Mazeaud e Mazeaud, ao tratar das divisões da responsabilidade civil, ser tão importante a distinção entre a *responsabilité délictuelle* e a *responsabilité contractuelle*, que parte da doutrina entendia por resguardar o termo “responsabilidade” somente para a primeira, deixando o termo “garantia” para caracterizar a responsabilidade contratual<sup>30</sup>. Para Clóvis do Couto e Silva, essa distinção dependeria da admissão, ou não, da regra da não-cumulatividade dos dois tipos de responsabilidade. Admitida a regra, “[s]e existe um contrato válido, e se ocorreu uma lesão a uma obrigação dele resultante, o credor somente tem direito de obter uma indenização em razão de responsabilidade contratual”<sup>31</sup>.

Isso se deve ao vínculo histórico da responsabilidade civil extracontratual à noção de culpa. A ampliação das hipóteses de responsabilidade sem culpa é uma tendência legislativa recente, muito embora possa encontrar suas origens remotas na forra instintiva e reflexa que caracterizava reparação nos primórdios da humanidade, ainda que sob fundamento diverso, qual seja, a reação instintiva, reflexa e brutal do lesado em face do causador do dano, situação em que pouco importava a culpa do último.<sup>32</sup>

Correntemente, a responsabilidade civil extracontratual objetiva, fundada na noção de risco ao invés da culpa, é definida entre nós pela idéia de que àquele que auferir proveito de uma atividade deve, em contrapartida, suportar a reparação dos danos dela decorrentes.

A responsabilidade sem culpa moderna tem origens na “teoria do risco”, criada no bojo da escola positivista do direito penal, mais especificamente na doutrina de Ferri<sup>33</sup>, que via como propósito da punição a defesa da sociedade, por meio da intimidação daqueles que poderiam imitar o ofensor, não havendo de falar em repreender cada um segundo o seu ato.

<sup>30</sup> MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. 4ª Edição. Tomo I. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932, p. 94.

<sup>31</sup> No original: “[s]’il existe un contrat valable, et s’il y a eu une lésion à une obligation qui en découle, le créancier a seulement le droit d’obtenir une réparation en raison d’une responsabilité contractuelle”. COUTO E SILVA, Clóvis do. *Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile en Droit Brésilien et Comparé*. Paris: Faculté de Droit et Sciences Politiques de St. Maur (Paris XII), 1988, p. 35.

<sup>32</sup> SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem Culpa e Socialização do Risco*. Belo Horizonte: Editora Bernardo Álvares S.A., 1962, p. 38.

<sup>33</sup> MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. 4ª Edição. Tomo I. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932, p. 72-73.



No entanto, o desenvolvimento da responsabilidade civil objetiva em nada teria se relacionado às idéias de Ferri<sup>34</sup>, havendo, em verdade, mera coincidência temporal.

Nota Orlando Gomes, em capítulo dedicado à análise da evolução da responsabilidade civil objetiva, que esta decorreu da insuficiência da noção de culpa, sobre a qual se sustentava grande parte da teoria da responsabilidade civil, frente à introdução de processos mecânicos no sistema produtivo, em que o operário era muitas vezes incapaz de provar a culpa do patrão nos casos de acidente de trabalho<sup>35</sup>.

Considera-se a aparição da teoria do risco na história da responsabilidade civil como um marco memorável, uma vez que iniciou o debate de um princípio que até então intocado, qual seja, o da culpa<sup>36</sup>.

Isso porque a norma ser suficientemente elástica, de modo a abarcar razoavelmente o que Wilson de Melo chama de “diuturnas mutações do meio a que se destina, e para que, nela sempre encontrem ressonância as aspirações de dados momentos da vida social”<sup>37</sup>. Verifica-se, alíás, que o princípio da causalidade objetiva já se fazia presente inclusive no direito romano, em determinadas hipóteses do “damnum injuria datum” da *lex Aquilia*, a exemplo dos danos defluentes da “actio de effusis et dejectis”, da “actio de expositis et suspensis”, da “actio peuperie, receptum nautarum et caponum”, dentre outros; muito embora tais dados são de valor meramente histórico, pouco relevante para os problemas enfrentados pela moderna responsabilidade civil.

Ainda sobre o tema, ensina Kuhn que “[n]o direito romano, existia uma diferença explícita entre a restituição e a pena. Nota-se (Pollock, *On Torts*, baseado em Moyle, *Note to the Institutes*, IV, 1, p. 497) que, no direito romano, os delitos

---

<sup>34</sup> SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem Culpa e Socialização do Risco*. Belo Horizonte: Editora Bernardo Álvares S.A., 1962, p. 54.

<sup>35</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações*. Revista e atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 279.

<sup>36</sup> MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. 4ª Edição. Tomo I. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932, p. 73.

<sup>37</sup> SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem Culpa e Socialização do Risco*. Belo Horizonte: Editora Bernardo Álvares S.A., 1962, p. 19.

sempre envolviam o *dolus* ou a *culpa*, e que a resposta do direito para remediar aqueles eram de natureza penal”<sup>38</sup>.

Confrontado quanto à prescindibilidade da culpa, Aguiar Dias conclui ser filosoficamente impossível conceber o instituto da responsabilidade civil nesses moldes, sob o risco de atentar contra o significado do próprio termo, que só poderia ser entendido como consequência da conjugação dos elementos de imputabilidade mais capacidade<sup>39</sup>. Isso, no entanto, representaria mais a pobreza da técnica em face da evolução da sociedade<sup>40</sup>, sendo esperadas respostas, por parte da Ciência Jurídica, aos novos rumos do processo histórico.

Nessa linha, entende-se que, embora conservado o seu *nomen juris*, a noção objetiva já não mais se encontra no âmbito da responsabilidade civil, tratando-se, sim, de verdadeira *reparação de danos*<sup>41</sup>.

Na Common Law, a responsabilidade civil objetiva é chamada de *strict liability*, cujo desenvolvimento, embora também vinculado ao processo de industrialização, não se deu pelos mesmos motivos que impulsionaram a responsabilidade civil objetiva do direito brasileiro, visto que somente com o desenvolvimento da indústria de seguros e a possibilidade de reajustes de preços por parte das indústrias é que a opinião pública acerca da *strict liability* passou a ganhar um contorno mais social<sup>42</sup>.

Nessa esteira, a responsabilidade subjetiva, em razão da exigência de prova da culpa do empregador, ao deixar sem reparação os acidentes de trabalho, passou a representar um indevido subsídio às atividades econômicas industriais, muito em detrimento das vítimas e do contribuinte, especialmente quando a indústria já tinha

---

<sup>38</sup> No original: “*En droit romain, il existe une différence expresse entre la restitution et la peine. On fait remarquer (Pollock, On Torts, s'appuyant sur Moyle, Note to the Institutes, IV, 1, p. 497) qu'en droit romain les délits supposent toujours le dolus ou la culpa et que les mesures de droit par lesquelles il est ici porté remède, sont de nature pénale*”. KUHN. Arthur K. *Principles de Droit Anglo-Américain - Droit Privé et Procédure: Étude des systèmes de droit anglais et américain, comparés avec quelques systèmes en vigueur sur le continent européen*. Tradução para o francês de Max Petitpierre. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1924, p. 277.

<sup>39</sup> AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 10ª Edição, Revisada e Aumentada. Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 15.

<sup>40</sup> AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 10ª Edição, Revisada e Aumentada. Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 15.

<sup>41</sup> AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 10ª Edição, Revisada e Aumentada. Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 15.

<sup>42</sup> FLEMING, John Gunther. *The Law of Torts*. 8ª Edição. Sydney: The Law Book Company, 1992, p. 327.

disponível para si meios de mitigar os custos do acidente<sup>43</sup>, a exemplo da expansão do ramo de seguros, de modo que se entende que a *strict liability* representou uma opção de política pública e econômica para determinados casos, não sendo o caso de falência da responsabilidade baseada na “*fault*”, mas de inadequação pontual em determinados casos de uma nova realidade econômica.

Nota-se que parte da doutrina da Common Law adota uma postura mais radical em favor da *strict liability*, defendendo que o conceito de “*fault*” seria falho nele mesmo<sup>44</sup>.

Trata-se, contudo, de parcela minoritária, que, conforme Cane, sendo ele mesmo um defensor da substituição dos *torts* pela *strict liability*, não resolveria os dois principais problemas da responsabilidade civil extracontratual, quais sejam, a necessidade de provar onexo causal entre o ato e o dano e a necessidade de definir o responsável.

Não se confundem, portanto, *negligence* e *strict liability*. A primeira significa ausência de cuidado, no sentido de descumprimento de um dever de cuidado (*duty of care*)<sup>45</sup>, enquanto a última é a ausência de *fault*, no sentido de um particular estado mental ou psicológico do causador do dano.

A doutrina da *strict liability* tem tentado uma expansão em campos tradicionalmente regidos pelos princípios da *negligence*, como acidentes de trânsito, erro médico e a responsabilidade do proprietário do local de reuniões de negócios (*business invitees*)<sup>46</sup>, em razão da grande dificuldade de se definir um dever de cuidado nessas hipóteses<sup>47</sup>, muito embora esse avanço ainda não seja predominante na jurisprudência norte-americana, o que tornaria ainda mais remota uma possível abolição da “*fault*” nos *torts*.

O porquê da permanência do conceito de culpa no direito brasileiro, bem como em outros países de tradição romano-germânica, pode ser explicado, primeiramente, em razão da maturação da própria idéia de responsabilidade

<sup>43</sup> FLEMING, John Gunther. *The Law of Torts*. 8ª Edição. Sydney: The Law Book Company, 1992, p. 327-328.

<sup>44</sup> CANE, Peter. *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*. 7ª Edição. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 92-93.

<sup>45</sup> ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. Oxford: Clarendon Express, 1998, p. 608

<sup>46</sup> EPSTEIN, Richard A.; GREGORY, Charles O.; KALVEN JR, Harry. *Cases and Materials on Torts*. 4ª Edição. Boston: Little, Brown and Company, 1984, p. 88.

<sup>47</sup> ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. Oxford: Clarendon Express, 1998, p. 611

objetiva. Com o tempo, notam os irmãos Mazeaud, perdeu-se o charme da novidade, possibilitando então que as críticas viessem a ser melhor entendidas, o que levou diversos de seus defensores a reconhecer a necessidade de uma retomada do princípio da culpa<sup>48</sup>, ocasionado, por consequência, a um declínio gradual da teoria do risco no âmbito da responsabilidade civil<sup>49</sup>.

Em segundo lugar, e o mesmo pode se dizer quanto ao direito brasileiro, foi menor o entusiasmo do legislador quanto as inovações da doutrina, o que levou a uma ausência de uma reforma geral da matéria<sup>50</sup>. A inserção da teoria do risco ficou limitada a casos excepcionais, como a lei dos acidentes do trabalho (Lei nº 2.681/12), a responsabilidade das empresas transportadoras, o Código Brasileiro do Ar<sup>51</sup>, situação que se manteve até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, que definitivamente deu enfoque e ampliou as hipóteses de responsabilidade civil objetiva.

No final de contas, o desenvolvimento de teorias de responsabilidade sem culpa não diminuíram em importância a responsabilidade civil subjetiva, visto que a teoria do risco foi, em sua origem, concebida somente àquelas hipóteses em que a responsabilidade fundada sobre a culpa se revela insuficiente, embora essas hipóteses, em decorrência da conjuntura moderna, sejam hoje a principal fonte de responsabilidade civil.

## 2.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL SUBJETIVA

Na Common Law, são necessários três elementos fundamentais para que seja configurado um *tort*, quais sejam, uma *injury*, reparável pelo direito, e que não

<sup>48</sup> MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. 4ª Edição. Tomo I. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932, p. 75-76.

<sup>49</sup> Contudo, observa Mazeaud: “Ce déclin de la théorie du risque n'atteint pas d'ailleurs que le droit civil proprement dit, car, si la thèse nouvelle conserve la faveur d'un grand nombre d'auteurs spécialistes du droit public”.

<sup>50</sup> MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. 4ª Edição. Tomo I. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932, p. 76-77.

<sup>51</sup> SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem Culpa e Socialização do Risco*. Belo Horizonte: Editora Bernardo Álvares S.A., 1962, p. 49.

represente uma quebra contratual (ou seja, que exista independentemente de uma relação contratual)<sup>52</sup>.

Na redação do Novo Código Civil Brasileiro, a responsabilidade civil subjetiva encontra-se estampada em cláusula geral constante no artigo 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” a ser lido conjuntamente com o artigo 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” e o artigo 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”, ambos da Parte Geral.

Em comparação do artigo 927 do vigente Código Civil com o seu artigo correspondente no Código Civil de 1916, percebe-se uma diferença na parte final da redação do primeiro. Enquanto o último previa a obrigação de reparar dano moral apenas em casos especiais de injúria ou calúnia (artigo 989) e ofensa à liberdade (artigo 990), aquele faz remissão ao artigo 186, em que se encontra o conceito de ato ilícito<sup>53</sup>.

Segundo a tese de que toda lesão a qualquer direito tem como consequência a obrigação de indenizar<sup>54</sup>, que não satisfaria ao direito moderno enumerar individualmente os tipos casuísticos de fatos delituais e quase-delituais<sup>55</sup>, de modo que se fazia necessário um conceito genérico de indenização por dano moral.

Foi na esteira dessa doutrina que o Projeto de Código Civil de 1975 (Projeto de Lei nº 634-B, de 1975), na redação de seu artigo 186, incorporou um conceito amplo ato ilícito, definindo-o simplesmente como “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que simplesmente moral”, conceito mantido em sua essência mesmo após as

---

<sup>52</sup> TUNC, André (editor). *International Encyclopedia of Comparative Law: Torts*. Volume XI, Capítulo 01. Tübingen: J.C.B Mohr, 1974, p. 07.

<sup>53</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 24.

<sup>54</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8ª Edição. 4ª Tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 57.

<sup>55</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8ª Edição. 4ª Tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 64.

emendas no Senado Federal (que substituiu “simplesmente moral” por “exclusivamente moral”).

De modo a lançar luz sobre o conceito de ato ilícito, Silvio Rodrigues primeiramente assim define a expressão *atos jurídicos*:

(...) em seu sentido amplo, engloba todos aqueles eventos, provindos da atividade humana ou decorrentes de fatos naturais, capazes de ter influência na órbita do direito, por criarem, ou transferirem, ou conservarem, ou modificarem, ou extinguirem relações jurídicas.<sup>56</sup>

Assim, no universo dos fatos jurídicos, encontra-se a categoria dos atos em sentido estrito (ou atos jurídicos), que são atos de vontade em que, qualquer seja ela, os efeitos serão somente aqueles determinados pela lei, de modo que derivam *ex-lege*<sup>57</sup>.

Em antítese a estes, temos os atos antijurídicos<sup>58</sup>, que também são atos de vontade, embora violadores da lei, e que produzem efeitos jurídicos independentemente da vontade do agente<sup>59</sup>.

Pois então temos que cuida a Responsabilidade Civil Extracontratual (ou Aquiliana) de certos atos resultantes de comportamentos do homem, denominadas de relações jurídicas, não daqueles atos de vontade em que seu objeto é lícito, e sim, daqueles atos que atentam contra a lei, que “provocam um resultado que se não afaz à vocação do ordenamento jurídico”<sup>60</sup>. Tal é o conceito de culpa.

Reitera-se, contudo, que a mera desconformidade jurídica é insuficiente para o surgimento da obrigação de reparar, deve o ato contrário à lei resultar em efetivo dano a outra pessoa. É necessária uma lesão a um direito subjetivo de outrem<sup>61</sup> para que o ato, de meramente antijurídico, passe a ser também ilícito.

Explica-se assim que, via de regra, são excluídos das hipóteses de responsabilidade os atos jurídicos que estejam conforme o direito, porquanto estes

<sup>56</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 155-156.

<sup>57</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 73.

<sup>58</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações*. Revista e atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 253.

<sup>59</sup> STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e a sua Interpretação Jurisprudencial*. 4ª Edição. Revista. Atualizada. Ampliada. 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 60.

<sup>60</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 308.

<sup>61</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações*. Revista e atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 253.

representam licença legal em favor do seu autor, não ensejando o dever de reparar ainda que resultem em eventual prejuízo a outrem.

Nota-se, contudo, a possibilidade excepcional de responsabilidade em razão de ato lícito, a exemplo da leitura do artigo 188 do Novo Código Civil Brasileiro à luz do disposto nos artigos 929 e 930.

No direito brasileiro, o ato ilícito é definido como a infração de um dever jurídico imposto pelo Direito Positivo, que acompanha dano para outrem. É sobre essa infração que se sustenta a pretensão à indenização, obrigação esta resultante, pois, da eficácia de fato jurídico<sup>62</sup>.

Acrescente-se, também, que o inadimplemento de obrigação contratual também é considerado comportamento ilícito, quando provocado pelo devedor<sup>63</sup>.

Não se trata o ato ilícito, portanto, de simples ato ou abstenção de um padrão de conduta esperado de um homem diligente e prudente, como Savatier faz questão de enfatizar, visto que nem sempre tem o homem diligente um dever legal, moral ou contratual a cumprir, bem como é possível haver diligência e prudência na conduta daquele disposto a se esquivar voluntariamente de uma obrigação<sup>64</sup>, qualidades que não tornam a sua conduta ilícita menos reprovável frente ao ordenamento jurídico.

É nesse mesmo sentido que a palavra *injury* deve ser entendida no contexto da Common Law. Embora a tradução literal do vocábulo latino “*tortus*” seja “*wrong*”, e não exatamente “*injury*”, é de se notar que a primeira faz referência a uma valoração moral, ou ao menos uma valoração social da conduta<sup>65</sup>, visto que seu significado é antítese de “*right*”, não sendo, dessa forma, adequada ao contexto da tradição anglo-americana.

Isso se dá porque historicamente a Common Law se preocupava na manutenção da paz social, pouco se importando quanto à responsabilidade moral do causador do mal. A indenização tinha como objetivo primário tentar impedir a

---

<sup>62</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 71.

<sup>63</sup> USTÁRROZ, Daniel. *Responsabilidade Contratual*. 2ª Edição. Revista. Atualizada. Ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 181.

<sup>64</sup> SAVATIER, René. *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français – Civil Administratif, Professionnel, Procedural*. 2ª Edição. Tomo 1. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, p. 08.

<sup>65</sup> TUNC, André (editor). *International Encyclopedia of Comparative Law: Torts*. Volume XI, Capítulo 01. Tübingen: J.C.B Mohr, 1974, p. 07.

vingança privada do lesado, tanto nos acasos de lesão acidental como em flagrante agressão<sup>66</sup>.

Não obstante, nota-se que o *Law of Torts* está repleto de terminologia moral, como “*malice*”, “*fraud*”, “*intent*” e “*negligence*”. Contudo, a opinião majoritária é no sentido de que “o homem responde por todas as consequências de seus atos, ou, em outras palavras, que ele sempre aja em risco próprio, totalmente independente do estado de sua consciência na situação”<sup>67</sup>.

O conceito de “*fault*”, que será explorado posteriormente neste trabalho, só será incorporado definitivamente na responsabilidade civil da Common Law no século XIX, razão pela qual houve uma significativa ampliação dos *torts of negligence*, que passaram a se tornar a principal base da responsabilidade civil no direito norte-americano<sup>68</sup>.

A presença de ato ilícito é considerada, contudo, um elemento formal. O ato ilícito é a violação de um dever jurídico originário e preexistente imputado a alguém pela lei, sendo a responsabilidade o dever jurídico sucessivo<sup>69</sup>, dever esse de reparação, mediante prestação de ressarcimento.

Assim, a responsabilidade exige também seu elemento causal-material, o dano e a sua relação de causalidade<sup>70</sup>, requisitos hodiernamente assentados em verdadeira cláusula geral da responsabilidade civil do Código Civil.

Em relação às consequências do ato ilícito, ensina Pontes de Miranda que:

Quando fazemos o que não temos o direito de fazer, certo é que cometemos ato lesivo, pois que diminuimos, contra a vontade de alguém, o ativo dos seus direitos, o lhe elevamos o passivo das obrigações, o que é genêricamente o mesmo.<sup>71</sup>

<sup>66</sup> FLEMING, John Gunther. *The Law of Torts*. 8ª Edição. Sydney: The Law Book Company, 1992, p. 327.

<sup>67</sup> No original: “*a man is answerable for all the consequences of his acts, or, in other words, that he acts at his peril always, and wholly irrespective of the state of his consciousness upon the matter*”. HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. Editado por Mark DeWolfe Howe. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1967, p. 65.

<sup>68</sup> FLEMING, John Gunther. *The Law of Torts*. 8ª Edição. Sydney: The Law Book Company, 1992, p. 327.

<sup>69</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 02-03.

<sup>70</sup> MENEZES, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*. Volume XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 61.

<sup>71</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXVI. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 13.



Característica da ilicitude, como se percebe, é a presença do dano contra outrem. O dano, ou prejuízo, é condição considerada a própria essência da responsabilidade<sup>72</sup>.

Seria verdadeiro truísmo sustentar ser o dano elemento necessário à configurar a reponsabilidade civil, visto que impossível concretizar a obrigação de ressarcir onde nada haveria de reparar<sup>73</sup>. Nessa linha, considera-se que, de todas as condições da responsabilidade civil, esta seria a que menos levanta discussões<sup>74</sup>.

As expressões “dano” e “prejuízo”, conforme a definição indicada por Pontes de Miranda, “tem dois sentidos: um largo, que abrange quaisquer ofensas e a perda; outro, estrito, que não compreende a perda”<sup>75</sup>.

Trata-se do elo entre o dever moral e o direito, no qual a própria responsabilidade tem suas origem. Por ser de amplitude maior, os problemas do domínio moral escapam do direito<sup>76</sup>, cuja finalidade é a manutenção da paz social, esta que só seria atingida quando a violação acarreta prejuízo jurídico. Ora, a violação de dever moral puro se averigua por um estado de alma, independentemente de haver ou não um resultado<sup>77</sup>, pois a responsabilidade moral é inegável quando presente o pensamento próprio do agente sobre sua má-ação<sup>78</sup>, escapando, dessa forma, o campo do direito.

Aliás, nota-se também que a responsabilidade civil é diferente de sua correspondente penal, visto que nesta última, basta o agente dar início à ação a que visava, já pode ser considerado criminalmente responsável, quando a sua conduta representar violação a norma legal. É que a intenção criminosa, tão logo ao sair do

---

<sup>72</sup> MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. 4ª Edição. Tomo I. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932, p. 229.

<sup>73</sup> AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 10ª Edição, Revisada e Aumentada. Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 713.

<sup>74</sup> MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. 4ª Edição. Tomo I. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932, p. 229.

<sup>75</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXVI. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 20.

<sup>76</sup> STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e a sua Interpretação Jurisprudencial*. 4ª Edição. Revista. Atualizada. Ampliada. 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 61.

<sup>77</sup> MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. 4ª Edição. Tomo I. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932, p. 229.

<sup>78</sup> STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e a sua Interpretação Jurisprudencial*. 4ª Edição. Revista. Atualizada. Ampliada. 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 61.

plano abstrato e ingressar na fase de execução, já representa ameaça à ordem social<sup>79</sup>.

Também escapam ao âmbito da responsabilidade as hipóteses de caso fortuito e força maior, visto que estas a ninguém podem ser atribuídas<sup>80</sup>, bem como os casos que, por disposição expressa em lei, não empenham a sua responsabilidade, embora atribuíveis a alguém<sup>81</sup>.

Vê-se, portanto, que a presença de efetivo prejuízo é necessária para a caracterização do dano juridicamente relevante para fins de reparação.

No ordenamento jurídico brasileiro, correntemente prevalece o significado mais abrangente da palavra “dano” para efeitos de caracterização da responsabilidade civil, que, por sua vez, é considerada a resposta do ordenamento jurídico às infrações de deveres jurídicos, com o fim de desfazer o estado de injustiça, recompor o dano, a perda, de modo a voltar a um estado anterior, a vítima *no statu quo ante*.

Isso porque, nos dizeres de Cavalieri e Menezes, essa resposta “se valeu da noção mais ampla possível, de modo a abranger todas as diversas situações que podem ensejar o dever de indenizar”<sup>82</sup>, o acaba por posicionar o dever de indenizar, vinculado à noção de reparação integral, no cerne da Responsabilidade Civil.

O dano no âmbito da responsabilidade civil deve ser direto e certo, seja atual, futuro ou decorrente de perda de uma chance<sup>83</sup>, sendo tal dano aquele que decorre de uma relação de causa e efeito considerada suficiente.

Sobre esse elemento de causalidade, o Código Civil de 1916 baseava todo o seu sistema de responsabilidade civil subjetiva na noção de culpa, cujo conceito era de “procedimento que contravém ao disposto em norma jurídica”, de modo que toda a conduta que infringisse comando legal considerar-se-ia culposa<sup>84</sup>.

---

<sup>79</sup> MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. 4ª Edição. Tomo I. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932, p. 229.

<sup>80</sup> AGUIAR DIAS, José de. *Responsabilidade Civil em Debate*. Organização e apresentação dos debates por Ilka Bulhões Rocha Peixoto. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 155.

<sup>81</sup> AGUIAR DIAS, José de. *Responsabilidade Civil em Debate*. Organização e apresentação dos debates por Ilka Bulhões Rocha Peixoto. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 155.

<sup>82</sup> MENEZES, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*. Volume XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 46.

<sup>83</sup> SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 08.

<sup>84</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8ª Edição. 4ª Tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 247.

No entanto, havia uma necessária característica de subjetividade na noção de ato ilícito. Pressupõe-se que, para existir ato ilícito, e, por consequência, a obrigação de reparar, o agente deve ser capaz de *entender e querer*<sup>85</sup>. Stocco traça um paralelo entre o ato ilícito e o afastamento do agente do comportamento médio do *bônus pater familias*, concluindo que:

Desse modo, deve haver um comportamento do agente, positivo (ação) ou negativo (omissão), que, desrespeitando a ordem jurídica, cause prejuízo a outrem, pela ofensa a bem ou direito desse. Esse comportamento (comissivo ou omissivo) deve ser imputável à consciência do agente, por dolo (intenção) ou por culpa (negligência, imprudência, ou imperícia, contrariando, seja um dever geral do ordenamento jurídico (delito civil), seja uma obrigação em concreto (inexecução da obrigação ou de contrato).<sup>86</sup>

Assim, vislumbra-se culpa na infração a comando legal ou na ação em desvio da declaração de vontade individual, ambas hipóteses que tem a elas preestabelecida uma norma de comportamento, seja na lei ou na declaração de vontade individual<sup>87</sup>.

Nos países da Common Law não se faz uso do mesmo conceito de culpa dos países de tradição continental. Isso porque a “*fault*” anglo-americana e a “*faute*” francesa não são intercambiáveis<sup>88</sup>, visto que a primeira representaria uma descrição uma atitude psicológica ou mental do causador do dano, enquanto a última seria um erro de conduta imputável à culpa<sup>89</sup>, um comportamento culpável<sup>90</sup>, conceito esse que contém em si a *fault* e a noção de *unlawfulness*<sup>91</sup>. Na ausência de um equivalente à “*faute*” francesa, pode-se dizer que a *tortious liability* se desenvolveu sobre a idéia de “*unlawful act*”.

<sup>85</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações*. Revista e atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 253.

<sup>86</sup> STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e a sua Interpretação Jurisprudencial*. 4ª Edição. Revista. Atualizada. Ampliada. 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 63.

<sup>87</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8ª Edição. 4ª Tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 247.

<sup>88</sup> TUNC, André. *International Encyclopedia of Comparative Law: Torts*. Volume XI, Capítulo 02. Tübingen: J.C.B Mohr, 1979, p. 30.

<sup>89</sup> TUNC, André. *International Encyclopedia of Comparative Law: Torts*. Volume XI, Capítulo 02. Tübingen: J.C.B Mohr, 1979, p. 38.

<sup>90</sup> ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. Oxford: Clarendon Express, 1998, p. 619

<sup>91</sup> ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. Oxford: Clarendon Express, 1998, p. 619

Na sistemática do Código Civil Brasileiro vigente, há uma ênfase na responsabilidade civil objetiva, ao contrário do que ocorria no Código Civil de 1916, cujas bases de todo o sistema de responsabilidade estavam apoiadas na noção de culpa provada<sup>92</sup>.

Leciona Caio Mário sobre a teoria objetiva:

O surgimento da teoria do risco, em todos os estágios, procura inspirar-se em razões de ordem prática e de ordem social. A teoria da culpa, escreve Eugène Gaudemet, é insuficiente na prática, porque impõe à vítima a prova da culpa do causador (*Théorie Générale des Obligations*, p. 3010). Marcava o aparecimento, dizem os irmãos Mazeaud, subjetivistas, de, pela primeira vez, discutir um princípio que, até então, parecia intangível: a necessidade de uma culpa para engendrar a responsabilidade civil daquele cuja atividade causou um dano (Mazeaud e Mazeaud, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*, vol. I, nº 67)<sup>93</sup>.

Essa evolução, que tem início no final do século XIX, culmina com a própria relativização instituto do Direito subjetivo<sup>94</sup>, que, no entender de Facchini Neto<sup>95</sup>:

Diz-se, por exemplo, que a crise do Direito subjetivo leva ao surgimento de outras situações jurídicas subjetivas, ou interesses socialmente apreciáveis, que não seriam direitos tuteláveis *erga omnes*, como ocorre com a propriedade, mas interesses juridicamente protegidos. Nessa perspectiva, o exercício de um direito subjetivo estaria condicionado à realização de finalidade de caráter supraindividual, orientadas axiologicamente pela Constituição. Conexo a esta tendência estaria o caráter subjetivo de tal responsabilidade.

De outro canto, a fim de trazer certeza na aplicação da disciplina, parcela da jurisprudência tem estabelecido verdadeiro tarifamento dos danos extrapatrimoniais, visto que, em especial no campo do dano moral, é dificultosa a delimitação da extensão do prejuízo e da expressão pecuniária de sua indenização.

Nessa linha, o presente trabalho analisará as características próprias da responsabilidade civil por dano moral, excluindo, por consequência, outras espécies de danos extrapatrimoniais.

<sup>92</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 23.

<sup>93</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8ª Edição. 4ª Tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 19.

<sup>94</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade Civil no Novo Código. *Revista TST*, Brasília, Volume 76, n. 1, jan/mar, 2010, p. 34.

<sup>95</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade Civil no Novo Código. *Revista TST*, Brasília, Volume 76, n. 1, jan/mar, 2010, p. 34.

O enfoque será na análise comparativa das soluções jurisprudências do sistema brasileiro e norte americano, para então definir critérios para a sua identificação e indenização.

### 3 O DANO MORAL

Não se confunde o dano moral, que é protegido pelo ordenamento jurídico, com a idéia de responsabilidade moral. São enfáticos os irmãos Mazeaud de que a responsabilidade moral é noção puramente subjetiva, cuja existência independente de um resultado, e cuja resposta é devida somente à Deus, se crente, ou à consciência, se ateu<sup>96</sup>.

Assim, deve a responsabilidade moral, necessariamente, escapar do âmbito do direito, uma vez que as regras jurídicas visam assegurar a harmonia ao livre desenvolvimento das relações entre indivíduos<sup>97</sup>.

Dessa forma, nem sempre uma violação de um dever jurídico é também uma violação de dever do âmbito da moral<sup>98</sup>, visto que somente quando se mostra prejudicial a outrem é que a última ingressa no universo do direito.

Para que do dano moral surja o dever de reparar, Savatier lista três condições. Exige-se, primeiramente, a presença de um objeto determinado, o que acaba, pois, por excluir a responsabilidade por violação de deveres gerais de mera filantropia ou gratidão, ou qualquer dano cujo resultado não possa ser vislumbrado. Deve, também, esse dever moral violado se referir a um fato ou uma abstenção. E, por fim, a violação do dever moral deve resultar em efetivos prejuízos para aquele que busca a reparação<sup>99</sup>.

Segundo Pontes de Miranda, para os “danos provenientes de atos – positivos ou negativos – infringentes de princípios morais, o elemento que se exige, além da relação causal, é o *dolus*, mas incluindo o chamado *dolus eventuais*, que é a pré-ciência de que a ação pode ter como consequência dano a outrem”<sup>100</sup>.

<sup>96</sup> MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. 4ª Edição. Tomo I. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932, p. 04.

<sup>97</sup> MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. 4ª Edição. Tomo I. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932, p. 04.

<sup>98</sup> SAVATIER, René. *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français – Civil Administratif, Professionnel, Procedural*. 2ª Edição. Tomo 1. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, p. 37.

<sup>99</sup> SAVATIER, René. *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français – Civil Administratif, Professionnel, Procedural*. 2ª Edição. Tomo 1. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, p. 38.

<sup>100</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo LIII. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 212.

Essa observação é importante no sentido de que, também no direito brasileiro, nem todo ato imoral, ou contrário ao decoro esperado da vida em sociedade, é necessariamente lesivo, a ponto de acionar a responsabilidade de seu agente.

Contudo, ressalta-se que, muito embora só haja antijuricidade no ato imoral que causar dano a outrem, não há critérios rígidos para verificação da lesividade meramente moral, o que tornaria necessária uma apreciação *in concreto* de cada ato<sup>101</sup>.

Foi por meio da descoberta utilitária, explica Wilson de Melo, fruto da experimentação histórica, que o homem passou a substituir o sangue pelo ouro, a receber o dinheiro em lugar dos membros do corpo, a fim de saciar o sentimento de vingança pelo dano sofrido<sup>102</sup>.

Contudo, sendo que mensuração em termos monetários sequer sempre é possível para os danos patrimoniais<sup>103</sup>, não é surpresa quando se sustenta ser, de fato, impossível especificar a reparação de lesão de interesses pessoais que nunca foram postos no mercado<sup>104</sup>.

Correntemente, o conteúdo do dano moral pode ser definido por elementos como “a dor, o sofrimento, a tristeza, a depressão, a sensação de menoscabo sofridos pela vítima”<sup>105</sup>. Cahali qualifica o dano moral como “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”<sup>106</sup>. Trata-se de definição ampla, que também engloba uma variedade de direitos de personalidade, como o uso indevido de nome de um artista famoso em

---

<sup>101</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo LIII. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 212-213.

<sup>102</sup> SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem Culpa e Socialização do Risco*. Belo Horizonte: Editora Bernardo Álvares S.A., 1962, p. 39.

<sup>103</sup> TUNC, André. *International Encyclopedia of Comparative Law: Torts*. Volume XI, Capítulo 08. Tübingen: J.C.B Mohr, 1972, p. 17.

<sup>104</sup> TUNC, André. *International Encyclopedia of Comparative Law: Torts*. Volume XI, Capítulo 08. Tübingen: J.C.B Mohr, 1972, p. 36-37.

<sup>105</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral – indenização no Código Civil*. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 257.

<sup>106</sup> CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 20.

peça de publicidade, a publicação de foto junto a informações caluniosas, gravações ilegais ou divulgação de informações médicas<sup>107</sup>.

O dano moral seria espécie de dano extrapatrimonial (ou não-econômico)<sup>108</sup>, e que, em uma definição pouco precisa, atingiria o domínio imaterial e invisível do pensamento e do sentimento<sup>109</sup>. Nesse linha, e justamente para fugir da vinculação entre patrimonialidade e prejuízo, é que Caio Mário define o dano como toda ofensa a um *bem jurídico*<sup>110</sup>.

Contrário à idéia de dano moral como um *bem*, Aguiar Dias aduz ser o vocábulo de vagueza expressa e imprestável para o fim de uma exata construção jurídica<sup>111</sup>; seria, pois, na opinião do autor, o dano moral o efeito não-patrimonial da lesão de direito, e não a própria lesão considerada abstratamente<sup>112</sup>.

Na Common Law, os *torts* se desenvolveram a partir do comando *alterun non laedere*, de modo que um *tort* é, de modo geral, um ofensa ao dever de honestidade em todas as maneiras de viver<sup>113</sup>.

A doutrina norte-americana adota a expressão “*emotional harm*” - aqui a ser entendida no sentido de *dano moral*, em detrimento de sua tradução literal como *prejuízo emocional* - como uma deterioração ou lesão à tranquilidade emocional de uma pessoa.

Essa lesão à tranquilidade emocional, conforme comentário constante no capítulo 8º, parágrafo 45, letra “a”, do *Restatement of Law Third*<sup>114</sup>, engloba uma

<sup>107</sup> ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. Oxford: Clarendon Express, 1998, p. 691.

<sup>108</sup> MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. 4ª Edição. Tomo I. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932, p. 317-318.

<sup>109</sup> MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. 4ª Edição. Tomo I. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932, p. 317-318.

<sup>110</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8ª Edição. 4ª Tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 53.

<sup>111</sup> AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 10ª Edição, Revisada e Aumentada. Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 714.

<sup>112</sup> AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 10ª Edição, Revisada e Aumentada. Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 737.

<sup>113</sup> KUHNS, Arthur K. *Principles de Droit Anglo-Américain - Droit Privé et Procédure: Étude des systèmes de droit anglais et américain, comparés avec quelques systèmes en vigueur sur le continent européen*. Tradução para o francês de Max Petitpierre. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1924, p. 276.

<sup>114</sup> O American Law Institute-ALI é uma organização independente e de grande prestígio, sediada nos Estados Unidos da América e composta por quatro mil advogados, juizes e professores universitários, que publicam trabalhos acadêmicos voltados a clarificar, modernizar e melhorar o direito norte-americano. O *Restatements of the Law* é a principal publicação do ALI, e representa uma importante, embora não-vinculante, fonte doutrinária para as cortes jurisdicionais norte-americanas. O



lista não-exaustiva de estados psicológicos, dentre os quais o pavor, o medo, a tristeza, o pesar, desânimo, a ansiedade, a humilhação, e a depressão (e demais patologias mentais), de intensidade que pode variar de um leve desconforto a uma verdadeira incapacidade, e cuja existência exige uma manifestação por parte do indivíduo que a sofre. É que, conforme Holmes, à legislação cabe apenas fixar a linha divisória entre os casos em que há responsabilidade dos que não – o que não significaria, no entanto, predizer com absoluta certeza se determinado ato, sob determinada circunstância, seria causa de responsabilidade, porque não é possível conhecer, no plano abstrato, as suas circunstâncias<sup>115</sup>. Tal tarefa cabe à jurisprudência.

De toda a sorte, é possível dizer que há informalmente no direito norte-americano um princípio geral de responsabilidade por dano moral, enunciado na seção 46 do Restatement (Second) of Torts de 1965, que, em conjunto a seus comentários subsequentes, foi gradativamente sendo aceito pelas cortes como um *evolving tort*<sup>116</sup>, e que assim prevê:

Aquele que por uma conduta extrema e ultrajante, intencionalmente ou por culpa consciente, causar severo dano moral a outrem, fica sujeito a responder por tal dano moral, e se houver dano corporal dele resultante, por tal dano corporal.<sup>117</sup>

O codificador brasileiro reservou o Título III do Livro III da Parte Geral do novo Código Civil para algumas disposições gerais acerca dos atos ilícitos, posteriormente complementadas e detalhadas no Título IX do Livro I da Parte Especial, denominado *Da Responsabilidade Civil*<sup>118</sup>.

É especificamente o artigo 186 do Código Civil que menciona o dano moral como um dos pressupostos do ato ilícito, “ao passo que o *caput* do art. 927 prevê as

---

*Restatement of the Law Third* é o conjunto de dois volumes que tratam especificamente da responsabilidade civil extracontratual.

<sup>115</sup> HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law – Lecture III. Perspectives on Tort Law*. Organizado por Robert L. Rabin. 4ª Edição. Nova Iorque: Aspen Publishers, 1995, p. 03.

<sup>116</sup> Veja o acórdão da United States Court of Appeals, Third Circuit, no caso *Chuy v. Philadelphia Eagles Football Club*, 595 F.2d 1265, 1979.

<sup>117</sup> No original: *One who by extreme and outrageous conduct intentionally or recklessly causes severe emotional distress to another is subject to liability for such emotional distress, and if bodily harm to the other results from it, for such bodily harm.*

<sup>118</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade Civil no Novo Código. *Revista TST*, Brasília, Volume 76, n. 1, jan/mar, 2010, p. 17.

consequências jurídicas de tal *fattispecie*: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”<sup>119</sup>.

Nesse passo, percebe-se que a definição de dano moral é bastante ampla, sendo necessário definir alguns critérios dotados de maior objetividade para a identificação do dano indenizável.

### 3.1 A VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À EXISTÊNCIA DE DANO MATERIAL

No direito norte-americano, a identificação do dano moral por critérios mais objetivos teve impulso em 1980<sup>120</sup>, por meio da segunda edição do *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders-DSM*, publicação da *American Psychiatric Association-APA*, em que se reconheceu e definiu o transtorno de estresse pós-traumático-TEPT e, além disso, estabeleceu parâmetros e critérios para o seu diagnóstico.

Nota-se, contudo, que o TEPT é classificado como um dano psicológico, distinto do dano moral, mas a ele relacionado em razão de sua natureza não patrimonial.

Koch, em seu clássico da psicologia forense, define o dano psicológico como “condições emocionais relacionadas ao estresse resultantes de danos ou agressões reais ou imaginadas que podem se tornar objeto de processos de danos pessoais, reclamatórias trabalhistas, reparação de dano criminal, outras alegações de incapacidades, ou de tribunais de direitos humanos”<sup>121</sup>.

Acrescente-se, também, para um melhor entendimento, a definição de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil da Argentina no caso Diego A. Cherele contra EDENOR S.A., julgado em 31 de agosto de 2007, que bem diferencia o dano psicológico e o dano moral:

<sup>119</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade Civil no Novo Código. *Revista TST*, Brasília, Volume 76, n. 1, jan/mar, 2010, p. 30.

<sup>120</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. American Law Institute. *Restatement (Third) of Law*, p. 184.

<sup>121</sup> No original: “stress-related emotional conditions resulting from real or imagined threats or injuries that may become the subjects of personal injury litigation, workers compensation claims, criminal injury compensation, other disability claims, or human right tribunals”. KOCH, William J.; DOUGLAS, Kevin S.; NICHOLLS, Tonia L., O’NEILL, Melanie L. *Psychological Injuries: Forensic Assessment, Treatment, and Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006, p. 03.

O primeiro se configura por uma alteração patológica da personalidade, traduzindo-se em uma diminuição das aptidão para o trabalho e para a vida em relação, sujeito a prova. Por sua vez, o dano moral é uma lesão aos sentimentos, privando a pessoa daqueles bens que tem um valor importante, como a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física e demais efeitos, sendo avaliada e apreciada a sua monta pelo julgador de acordo com as circunstâncias que mereçam o caso<sup>122</sup>.

Percebe-se, pois, que o direito norte-americano realmente diferencia o dano psicológico do dano moral, mas põe ambos em uma reação de causalidade adequada: em que se deve escolher, entre as condições necessárias para a realização de um evento, determinadas causas que são realmente seus pressupostos, excluindo-se as outras mediante um juízo de valor<sup>123</sup>.

Nessa linha, o dano moral é definido como uma lesão à tranquilidade emocional, e se manifesta por meio de estados de psicológicos, dentre os quais, como já se disse anteriormente, o pavor, o medo, a tristeza, o pesar, desânimo, a ansiedade, a humilhação, e a depressão, bem como outras patologias mentais, cuja intensidade pode variar de um leve desconforto a uma verdadeira incapacidade.

Assim, não é surpresa que a identificação do dano moral no direito norte-americano, em um primeiro momento, e em razão das pesquisas no campo da psicologia, passou a se assemelhar à uma análise clínica, cujo intuito era obter uma certeza quanto a sua existência, similarmente ao que se tinha em relação ao dano físico – investigava-se a mente como se analisava o corpo em busca de feridas.

Koch, descrevendo a anamnese, ou seja, a entrevista que precede os exames, de pacientes litigantes que alegam sofrerem de TEPT, relata que o clínico deve considerar cuidadosamente a natureza, o curso e a severidade dos sintomas e problemas por eles relatados, a fim de identificar sintomas atípicos do transtorno, o que poderia apontar exagero, diagnóstico diferencial, ou ambos<sup>124</sup>. A descrição de

<sup>122</sup> No original: “El primero se configura por una alteración patológica de la personalidad, traduciéndose en una disminución de las aptitudes para el trabajo y la vida de relación, sujeto a prueba. En cambio el daño moral es una lesión a los sentimientos privando a la persona de aquellos bienes que tiene un valor importante como la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridade física y demás efectos, siendo evaluado y apreciado su monto por el juzgador de acuerdo a las circunstancias que el caso merezca.”

<sup>123</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile en Droit Brésilien et Comparé*. Paris: Faculté de Droit et Sciences Politiques de St. Maur (Paris XII), 1988, p. 66.

<sup>124</sup> KOCH, William J.; DOUGLAS, Kevin S.; NICHOLLS, Tonia L., O’NEILL, Melanie L. *Psychological Injuries: Forensic Assessment, Treatment, and Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006, p. 84. Citando a obra de RESNICK (1997a), diz Koch que se recomendava considerar os seguintes

sintomas constante no DSM-III passou então a servir de referencial nos casos que envolviam danos morais.

Contudo, os critérios de diagnóstico para o TEPT não solucionaram por completo os problemas enfrentados pelos juristas norte-americanos para a identificação de dano moral<sup>125</sup>. Como os sintomas descritos no DSM refletiam uma fenomenologia própria do indivíduo, e sua definição decorria de eventos já no passado, ainda era possível a criação ou exagero dos sintomas, ou a alteração de sua origem.

Os receios de fraude, de aumento nas demandas relacionadas buscando reparação por dano moral, e a dificuldade em provar o nexo causal entre uma conduta e o dano moral, em especial nos casos de dano moral ocasionado por conduta negligente, levaram os tribunais a adotarem a *impact rule* (regra do impacto), assim definida pelo Justice Boehm em decisão da Suprema Corte de Indiana no caso *Alexander v. Scheid*, 726 N.E.2d 272 (2000):

A regra do impacto originariamente consistia em três elementos: (1) um impacto no autor da ação; (2) que cause dano físico no autor da ação; (3) que, por sua vez, cause dano moral. *Id.* no 454. Essa regra impedia a reparação para os casos em que o autor da ação experimentava verdadeiro estresse emocional na ausência de dano físico.<sup>126</sup>

A regra do impacto pressupõe que, ausente um dano físico, o sofrimento mental seria meramente especulativo, sujeito a exageros ou alegações fictícias, de modo que, sendo de inexistência incerta, não haveria base racional para o dano ser indenizado.

Essa regra, posteriormente, foi mantida em parte somente na jurisdição do estado de Indiana, onde veio inclusive a ser revisada no caso *Cullison v. Medley*, 559 N.E.2d 619 (1990), a fim de permitir a indenização por dano moral resultante de “*tortious trespass*”, sob o argumento de que, inobstante seus fundamentos

---

fatores como indícios de suspeita de TEPT fingida: “(a) poor work record, (b) prior “incapacitating” injuries, (c) markedly discrepant capacity from work and recreation, (d) unvarying, repetitive dreams, (e) antisocial personality traits, (f) overly idealized functioning before the trauma, (g) evasiveness, and (h) inconsistency in symptom presentation”.

<sup>125</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. American Law Institute. *Restatement (Third) of Law*, p. 184.

<sup>126</sup> No original: “The impact rule originally consisted of three elements: (1) an impact on the plaintiff; (2) that causes physical injury to the plaintiff; (3) that in turn causes the emotional distress. *Id.* at 454. This rule precluded recovery for the case in which a plaintiff experienced real mental stress in the absence of a physical injury.”

históricos, já não mais encontrava respaldo no direito norte-americano, uma vez que a mera existência de um mínimo de dano físico não tornava o dano moral menos especulativo ou menos sujeito a exageros. O juiz, nesse sentido, seria igualmente qualificado para avaliar a existência e extensão do dano moral com ou sem a presença de dano físico.

Quanto ao receio de um aumento nas demandas de reparação de dano moral, o Justice Krahulik, no caso supramencionado, assim se manifestou: “(...) nós não acreditamos que o aumento do trabalho ocasionado por um possível aumento em demandas legítimas (relacionadas ao dano moral) é razão para negar ou proibir tais demandas”<sup>127</sup>.

A regra do impacto, nas jurisdições que decidiram abandoná-la, foi substituída, nos casos de dano moral por negligência, primeiramente pela “zone of danger rule” e, posteriormente, pela “bystander rule”.

Similarmente, a jurisprudência brasileira, em um primeiro momento, somente admitia o dano moral quando presente também o dano material, sendo a indenização do primeiro exclusivamente pela via indireta.

Para fins de ilustração, o Supremo Tribunal Federal, ao confrontar a questão da ressarcibilidade do dano moral sem reflexos no patrimônio, na ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 11.974/MG, de 1953, entendeu ser reparável pecuniariamente o dano moral somente quando haja produzido consequências materiais, em nada havendo de ser ressarcido o dano moral puro, muito embora já então a doutrina majoritária, assim como a jurisprudência de diversos tribunais, reconhecesse o princípio da responsabilidade pelos danos não-patrimoniais.

Nesse sentido, de particular elucidação é o voto do Ministro Hahnemann Guimarães, que assim assentou:

A doutrina tem admitido a “pecunia doloris”, o “Schmerzensgeld”, a indenização pela dor sofrida, mas quando dessa dor decorre prejuízo patrimonial; se o dano chamado moral, se o sofrimento moral redunde em dano material, será possível a indenização. Não é, entretanto, admissível que os sofrimentos morais dêem lugar a uma reparação, se deles não decorre nenhum dano material.

<sup>127</sup> No original: “we do not believe that the workload occasioned by some possible increase in legitimate claims is any reason to deny or prohibit such claims”.

A justificativa para esse posicionamento é de que somente com a existência de dano material seria possível cogitar a conversão do dano moral em pecúnia, e, por consequência, possibilitar a sua indenização. O fundamento, contudo, guarda similitudes com a regra do impacto anteriormente adotada no direito norte-americano, visto que ambas consideram meramente especulativo o dano moral, na ausência de um dano material.

Esse mecanismo acabava por deixar sem a devida indenização o próprio dano material sofrido; daí a necessidade de reconhecer a dupla indenização, moral e patrimonial, entendimento que veio a ser consolidado no Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 3.604/SP, julgado em 1990.

É de se notar, portanto, que o reconhecimento do dano moral como uma espécie autônoma, possível de postulação em ação própria ou a ser cumulada com danos materiais, é um desenvolvimento legislativo e jurisprudencial recente.

### 3.2 A REPARABILIDADE DO DANO MORAL PURO

O dano puramente moral indenizável não representa nenhuma inovação do Novo Código Civil, sendo que, antes mesmo da Constituição Federal de 1988, a doutrina em grande parte já se manifestava pela sua reparabilidade<sup>128</sup>.

Contudo, a jurisprudência Supremo Tribunal Federal<sup>129</sup> era enfática em interpretar restritivamente a lei civil, entendendo não ser o dano moral indenizável em si mesmo, até porque, o Código Civil Brasileiro então vigente (Lei nº 3.071/1916) não continha previsão expressa do instituto, o excluía a lesão moral dentre os bens juridicamente protegidos<sup>130</sup>.

No direito anglo-americano, é antiga a proteção contra o dano moral, visto que já era objeto das ações por “*assault*”. Fleming ressalta, no entanto, que ele

<sup>128</sup> CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 18.

<sup>129</sup> Veja a compilação de julgados do Supremo Tribunal Federal elaborada por CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 48.

<sup>130</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. *Memória jurisprudencial: Ministro Ozimbo Nonato*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007, p. 107.

permaneceu fixado à idéia de que seria necessário o autor do dano ter cometido um ato da categoria de uma tentativa de “*battery*”<sup>131</sup>, o que limitava o escopo do dano moral tão somente às ameaças de eminente contato físico.

O reconhecimento por parte da jurisprudência da possibilidade de responsabilidade por dano emocional somente veio a se consolidar no ano de 1939, quando o doutrinador reformista William Prosser anunciou que as cortes teriam criado um novo tipo de *tort*<sup>132</sup>. Nesse sentido, relata Edward White:

Dado o fato que até os anos de 1920 muitas cortes continuaram a defender que a dor mental e a angústia eram demasiadamente vagas para uma reparação legal, por volta de 1930 doenças mentais desacompanhadas de danos físicos já eram compensadas em diversas cortes. A afirmação de Prosser tinha um elemento de precisão.<sup>133</sup>

Ainda assim, à semelhança com a jurisprudência brasileira, as Cortes norte-americanas relutaram em permitir a reparação do dano moral<sup>134</sup>. Os problemas eram, contudo, de ordem prática, e não da possibilidade teórica de reparação do dano moral.

Isso porque a regra geral é a da reparação dos danos no direito norte-americano pode ser reduzida no comando de dar uma soma em dinheiro para a pessoa que sofreu o dano, cujo valor, conforme afirmou o Justice Richardson da Supreme Court of Hawaii no caso *Rodrigues v. State of Hawaii* [472 P.2d 509 (1970)], “mais próximo do possível, retorná-lo-á a posição que ele estaria em caso o mal não tivesse sido causado”.<sup>135</sup>

Nesse sentido, os juízes norte-americanos consideravam dificultosa a delimitação do dano moral, em razão da sua menor objetividade de verificação em comparação ao dano físico, o que permitiria que a vítima fingisse, exagerasse ou até

<sup>131</sup> FLEMING, John Gunther. *The Law of Torts*. 8ª Edição. Sydney: The Law Book Company, 1992, p. 31.

<sup>132</sup> WHITE, G. Edward. *Tort Law in America: an intellectual history*. 1ª Edição. Ampliada. Nova Iorque: Oxford University Press, 2002, p. 102.

<sup>133</sup> No original: [g]iven the fact that as late as the 1920s many courts continued to hold that mental pain and anguish were too vague for legal redress but that by the 1930s mental distress without accompanying physical injury was being compensated in several courts, Prosser’s statement had an element of accuracy”. WHITE, G. Edward. *Tort Law in America: an intellectual history*. 1ª Edição. Ampliada. Nova Iorque: Oxford University Press, 2002, p. 102.

<sup>134</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. American Law Institute. *Restatement (Third) of Law*, p. 136.

<sup>135</sup> No original: “as nearly as possible, will restore him to the position he would be in if the wrong had not been committed”.

mesmo imaginasse o dano sofrido; a possibilidade de atingir um grande número de pessoas por meio de uma única ação (a exemplo da comoção ocasionada pelo assassinato de um líder político); a ocorrência endêmica de dano moral na sociedade moderna; a possibilidade de agravar o dano moral ao permitir a sua reparação; e a incapacidade do sistema legal para encorajar ou compelir a mitigação do dano moral.<sup>136</sup>

Interessante notar, por sua vez, que a jurisprudência brasileira, ao longo da evolução de seu entendimento quanto à reparabilidade do dano moral, repete, primeiramente confirmando, e mais tarde rechaçando, praticamente os mesmos óbices suscitados no direito norte-americano, aqui levantados pela doutrina de Aguiar Dias e sintetizados nos seguintes pontos pelo Ministro Orozimbo Nonato no Recurso Extraordinário nº 11.786/MG: a falta de efeito penoso durável, a incerteza do direito violado, a dificuldade em se desvelar a existência do dano moral, a indeterminação do número de pessoas lesadas, a impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro, a imoralidade da compensação da dor com o dinheiro, a extensão do arbítrio concedido ao pior.

É no voto do Ministro-Relator Ilmar Galvão no Recurso Especial nº 3.604/SP, cuja decisão constitui o mais antigo precedente da Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, que é possível perceber o reconhecimento tardio do já consolidado entendimento doutrinário acerca da reparabilidade do dano moral puro: “de uma posição irreduzível de negativa de irreparabilidade do dano moral, percorreram nossos tribunais um longo caminho, que passou pela ressarcibilidade dos aludidos danos, por via da reparação de seus reflexos patrimoniais, até chegar à ampla reparabilidade”.

### 3.3 A DELIMITAÇÃO DO DANO MORAL INTENCIONAL

O dano emocional, seja ele definido como uma lesão à tranquilidade emocional, ou como dor, sofrimento, e outros estados de mal-estar emocional ou psicológico da vítima, pode ser resultante de uma infinidade de condutas, muitas das

---

<sup>136</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. American Law Institute. *Restatement (Third) of Law*, p. 136, para todos as questões apresentadas no parágrafo.



quais plenamente legitimadas pelo nosso ordenamento jurídico, a exemplo da demissão de um empregado ou o término de um relacionamento, sem contar que há uma intensa proteção constitucional aos direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, que invariavelmente devem ser considerados pelo julgador ao determinar a reparação de danos morais.

Não por menos que se a doutrina considera inviável uma enumeração exaustiva dos danos morais possíveis, uma vez que protegem o ser humano como unidade ontológica e psicossomática.<sup>137</sup>

Além do mais, também se espera da vida em sociedade um certo grau de abalos à estabilidade emocional, não sendo lícito esperar que todo e qualquer transtorno dê azo à indenização.

Levando-se em conta que já está firmado em nosso sistema o princípio da ampla indenizabilidade dos danos morais, é preciso definir em quais circunstâncias o dano moral é juridicamente relevante, a justificar a responsabilidade civil de seu causador. É preciso lembrar que não há reparação sem um real prejuízo, assunto já abordado na subseção 2.2, que trata justamente dos elementos essenciais ao instituto.

Em face a esse problema, e a fim de limitar o escopo da responsabilidade decorrente de dano moral intencional, o direito norte-americano faz uso de determinadas exigências, criadas pela jurisprudência e inexistentes para a reparação de um dano corporal, que dizem a respeito da intensidade do dano e da reprovabilidade da conduta de seu causador. O dano intencionalmente infligido deve ser severo, e a conduta que o ocasionou deve ser extrema e ultrajante, simultaneamente. Procedese, pois, a uma análise tanto da conduta do causador do dano quanto da intensidade do dano.

É de se lembrar, aliás, que a Common Law separa, em um *tort* próprio, os ataques à honra e reputação, denominando-os de *libel* e *slander*, que juntos representam a *defamation*<sup>138</sup>, de modo que não se enquadram nas regras da “*emotional liability*”, visto que a reparação não se dá em razão do sofrimento emocional.

---

<sup>137</sup> CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 57.

<sup>138</sup> ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. Oxford: Clarendon Express, 1998, p. 698.

Dessa forma, considerado o universo quase ilimitado de condutas humanas potencialmente causadoras de dano moral, somente um número bem limitado delas possibilitaria a indenização.

De início, e tratando-se da qualificação do dano moral intencional indenizável, é necessária a distinção do conceito de “severidade”, requisito este hoje necessário para a existência de “*liability*”, e “seriedade”, que é reservado às hipóteses de negligência. É o caso de trazer à baila dois importantes precedentes, que ilustram o desenvolvimento jurisprudencial acerca do tipo de dano moral que possibilita o surgimento da responsabilidade.

O primeiro é o caso *Rodrigues v. State of Hawaii* [472 P.2d 509 (1970)], que definiu o dano emocional “sério” como aquele que “pode ser encontrado na situação em que um homem razoável, normalmente constituído, seria incapaz de lidar adequadamente com o estresse mental ocasionado pelas circunstâncias do caso”.

139

Como se vê, o conceito de “seriedade” é bastante amplo, uma vez que o seu significado se relaciona a uma situação emocional ou mental além da normalidade ou do ordinário – traduzida no plano imaterial pela expressão “razoável”.

O dano sério pode representar verdadeiro sofrimento mental ou emocional. Contudo, o Restatement (Second) of Torts, em seu comentário “j” ao parágrafo 46, já definia que “[o] direito só intervém onde o dano (moral) infligido é tão severo que não se espera que um homem razoável pudesse suportá-lo”.<sup>140</sup>

O motivo pelo qual o direito norte-americano limita a indenização do dano moral “sério” é a possibilidade de conflitos entre os *torts* e importantes “*policies or principles*” da sociedade. O comentário “c” do parágrafo 46 do Restatement (Third) of Torts oferece um bom exemplo: ainda que a Primeira Emenda (à Constituição estadunidense) não impeça a responsabilidade, pode a proteção à liberdade de expressão, a depender do caso, limitar, ou inclusive impedir a indenização de dano moral infligido intencionalmente.

É nessa linha que a Supreme Court of Hawaii, no caso em tela, considerou que certas aflições emocionais, ainda que consideradas sérias e fonte de sofrimento

<sup>139</sup> No original: “*may be found where a reasonable man, normally constituted, would be unable to adequately cope with the mental stress engendered by the circumstances of the case*”.

<sup>140</sup> No original: “[t]he law intervenes only where the distress inflicted is so severe that no reasonable man could be expected to endure it.”

da vítima, podem possuir efeitos benéficos, não sendo tarefa do direito impedir o “*prime mover*” da sociedade, ou estender a sua proteção à padrões neuróticos ou sensibilidades particulares.

A fim de diferenciar o ordinário do excepcional, é necessário recorrer aos *standards* do direito, que são de aplicabilidade geral. Nesse sentido, Holmes oferece a definição mais precisa:

O direito não leva em conta as infinitas variedades de temperamento, intelecto, e educação que fazem as características internas de um determinado ato tão diferente em diferentes indivíduos. Ele (o direito) não tenta ver o homem como Deus os vê, por mais de uma suficiente razão. Em primeiro lugar, a impossibilidade de bem mesurar o poder e a limitação humana é muito mais clara que a asserção o seu conhecimento da lei, (esta) que se pensava como medida para o que se chama de presunção de que todo homem conhece a lei. Mas uma explicação mais satisfatória é que, quando os homens vivem em sociedade, uma certa conduta mediana, um sacrifício das peculiaridades individuais que passam um certo ponto, é (uma medida) necessária para um bem-estar geral.<sup>141</sup>

Conforme o comentário “a” do parágrafo 46 do Restatement (Third) of Torts, são esses limites que mantêm hígida a responsabilidade por dano moral intencional, uma vez que impedem uma abrangência desmedida do instituto, permitindo a apropriada judicialização dos casos importantes.

Em relação ao dano moral “severo” para o direito norte-americano, o seu conceito pode ser melhor compreendido das conclusões constantes na decisão do caso *Smith v. Amedisys Inc.* [298 F.3d 434 (2002)], que versou sobre o dano moral resultante de assédio sexual, retaliação e discriminação racial e de gênero em ambiente de trabalho.

Smith alegava que, durante o período de quase um ano em que trabalhou na empresa Amedisys Inc., teria sido submetida a assédio sexual por parte de seu imediato supervisor, o chefe de operações, bem como por parte do chefe do setor financeiro e do chefe executivo. O assédio, conforme o relato de Smith, incluía

---

<sup>141</sup> No original: “The law takes no account of the infinite varieties of temperament, intellect, and education which make the internal character of a given act so different in different men. It does not attempt to see men as God sees them, for more than one sufficient reason. In the first place, the impossibility of nicely measuring a man’s power and limitations is far clearer than that of ascertaining his knowledge of law, which has been thought to account for what is called the presumption that every man knows the law. But a more satisfactory explanation is, that, when men live in society, a certain average of conduct, a sacrifice of individual peculiarities going beyond a certain point, is necessary to the general welfare”. HOLMES, Oliver Wendell *The Common Law*. Editado por Mark DeWolfe Howe. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1967, p. 56.

comentários de cunho sexual e racial, beijos, abraços e toques realizados contra a sua vontade, e a exigência da chefia de que ela vestisse saias curtas, blusas decotadas, roupas justas e salto alto.

A United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, considerando que, pelas regras do Estado da Louisiana, “[o] dano moral sofrido deve ser tal que não se espera que uma pessoa razoável o suporte” e que a responsabilidade “surge somente quando a angústia mental ou o sofrimento é extremo”<sup>142</sup>, entendeu que os fatos apresentados por Smith seriam insuficientes para evidenciar um severa aflição emocional, de modo a configurar um dano moral indenizável, porquanto não seriam “unendurable”, ou seja, absolutamente insuportáveis.

Disso, pode-se definir uma moldura para o conceito de dano moral “severo” no direito norte-americano. O dano intencional deve ser “extremo” e “insuportável”, para que dele surja o dever de indenizar, noção esta acolhida no comentário “j” do parágrafo 46 do Restatement (Third) of Torts.

No direito brasileiro, o entendimento jurisprudencial não diferencia o dano moral “sério” do “severo”, senão para fins de prescrição<sup>143</sup>. O “*threshold*” de nossos tribunais é significativamente mais flexível comparado à todas restrições estampadas no Restatement (Third) of Torts, tanto que seria impensável uma solução similar àquela do caso Smith v. Amedisys Inc. [298 F.3d 434 (2002)].

Como já se disse, a apreciação do dano moral no direito brasileiro continua a ser “in concreto”<sup>144</sup>, tendo a jurisprudência tão-somente vetado a indenização aos “meros dissabores” da vida, tirando tais hipóteses do próprio conteúdo do dano moral. De resto, cabe ao julgador definir se houve real lesão emocional daquele que se diz ofendido.

É possível afirmar, dessa forma, que os limites para o dano moral indenizável no direito brasileiro seriam próximos ao conceito de dano moral “sério”

<sup>142</sup> No original: “[t]he distress suffered must be such that no reasonable person could be expected to endure it” e “arises only where the mental anguish or suffering is extreme”.

<sup>143</sup> Tal é o caso do acórdão no Recurso Especial nº 1.002.009/PE, julgado em 12 de fevereiro de 2008, em que o Superior Tribunal de Justiça decidiu que “a prescrição quinquenal prevista no art. 1º do Decreto-Lei n. 20.910/32 não se aplica aos danos morais decorrentes de violação a direitos de personalidade, que são imprescritíveis, máxime quando se fala da época do Regime Militar, quando os jurisdicionados não podiam buscar a contento a suas pretensões”. Não obstante a terminologia empregada pelo Ministro-Relator Humberto Martins, de que a morte decorrida da tortura seria fato “sério”, trata-se de, na verdade, de fato “severo”, no significado empregado neste trabalho.

<sup>144</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo LIII. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 212-213.

no direito norte-americano, afastando, por conseguinte, a moldura para o dano moral “severo”. Assim, é compatível a utilização de dois critérios criados pela jurisprudência estadunidense no direito brasileiro, com o fim de delimitar as hipóteses de dano moral indenizável, desde que devidamente ajustados à nossa realidade jurídica.

O primeiro critério diz a respeito da necessidade de uma análise objetiva das circunstâncias que teriam ocasionado o dano, de modo a medir a sua gravidade. Estariam excluídos, por serem fatores meramente subjetivos, sensibilidades ou neuroses particulares, exceto se o autor do dano delas se aproveitou.

O segundo diz a respeito de possíveis conflitos entre a indenização por dano moral e as diretrizes e princípios importantes na sociedade. Em razão da própria constitucionalização da matéria, o filtro passa a ser exclusivamente a dignidade da pessoa humana, de modo que o dano que em nada a afeta não se presta à indenização, pois inexistiria efetivo prejuízo à tranquilidade emocional ou a dignidade do ofendido.

Incompatível, por consequência, a utilização dos critérios de “severidade” em nossa responsabilidade civil, visto que estariam em conflito direto a ampla proteção da dignidade humana estampada em nossa Constituição.

Quanto à análise da conduta do causador do dano, cabe notar que no Brasil é possível inclusive o dano moral presumido, a exemplo dos casos de inscrição indevida nos cadastros de inadimplentes.

Sobre o assunto, destaca-se a doutrina de Rui Stocco:

Mas uma coisa é certa. A doutrina evoluiu no sentido de exigir a prova do dano moral quando não esteja *in re ipsa*, ainda que essa prova seja presuntiva e possa ser buscada por outros meios mais dúcteis e não se a exija direta, tal como ocorre com o dano material.

Significa dizer, em resumo, que o dano em si, porque imaterial, não depende de prova ou de aferição do *quantum*.

Mas os fatos e os reflexos que irradia, ou seja, a sua potencialidade ofensiva, dependem de comprovação ou elo menos que esses reflexos decorram da natureza das coisas e levem à presunção segura de que a vítima, em face das circunstâncias, foi atingida em seu patrimônio subjetivo.<sup>145</sup>

---

<sup>145</sup> STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*. Tomo II. 9ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 974.

Vê-se, portanto, que a doutrina brasileira, meramente para fins de prova, também leva em conta as circunstâncias do dano moral, e que, consideradas em si mesmas, não estão contidas no conteúdo do dano moral.

O direito norte-americano, em contrapartida, estabeleceu como requisito à indenizabilidade do dano moral a própria presença de determinadas circunstâncias, que dizem respeito à conduta do causador do dano.

É nesse sentido que o comentário “d” do parágrafo 46 do capítulo 8º do Restatement (Third) of Torts diz ser indispensável a presença concomitante de conduta “*extreme*” e “*outrageous*” por parte do autor do dano. Mister ressaltar que definição de extremo, neste ponto, é diferente da utilizada na gradação da intensidade do dano, podendo ser entendida como uma conduta pouco comum (*unusual*).

Não bastaria, dessa forma, uma conduta meramente ultrajante (como, por exemplo, a infidelidade marital) ou meramente extrema (como a prática de um esporte de risco), para caracterizar o dano moral indenizável.

É que somente o aspecto da “intenção” seria insuficiente para avaliar a utilidade social da conduta do causador do dano moral. Trata-se, pois, de mais um mecanismo de proteção das liberdades individuais à judicialização dos possíveis danos morais dela resultante.

Permite-se, assim, “*insults and indignities*” voltadas justamente a causar abalos emocionais, porque tais condutas são esperadas da vida em sociedade. Não sendo possível formular uma regra geral ou categorias específicas de condutas extremas e ultrajantes, a jurisprudência norte-americana faz uso dos precedentes em que as cortes submeteram à conduta do causador do dano à análise do júri, para determinar se estaria enquadrada como “*extreme and outrageous*”.

Como a responsabilidade civil extracontratual no direito brasileiro tem como elemento principal a presença de “ato ilícito”, a conduta do causador do dano não deixa de ser menos reprovável em razão do modo que foi realizada, quando o dano for juridicamente relevante. Nesses casos, a inserção dos requisitos de conduta extrema e ultrajante, para fins de responsabilidade civil por dano moral, seria incompatível com o nosso sistema.

Ressalta-se que, embora o inadimplemento de obrigação contratual, quando levado a cabo pelo devedor, também seja considerado ato ilícito, pois ocasiona dano

aos seus participantes<sup>146</sup>, a jurisprudência brasileira tem rechaçado possíveis danos morais dele decorrentes.

Isso porque os elementos subjetivos do negócio jurídico somente ganham relevância quando razão determinante do ato ou sob a forma de condição, não sendo, em regra, valorizados pelo ordenamento jurídico<sup>147</sup>. Não obstante, o aspecto não-patrimonial do inadimplemento contratual se traduz numa não-valorização ou frustração de ganho<sup>148</sup>, ou seja, lucros e vantagens, não sendo hipótese de dano moral.

Quanto ao descumprimento dos deveres secundários por uma das partes, considera-se que a violação da boa-fé não deve ser valorizada como algo psicológico<sup>149</sup>, uma vez que os deveres anexos, que representam um *plus*, integram o fim da atribuição do negócio jurídico, sendo, eles mesmos, “certeza objetiva”. Assim, o descumprimento de deveres anexos são insuficiente para como causa de dano moral, sendo a sua desatenção motivo de simples adimplemento insatisfatório ou imperfeito<sup>150</sup>.

Destaca-se, por oportuno, que, indo além da divisão da responsabilidade contratual e extracontratual, Clóvis do Couto e Silva faz uso da expressão “actes existentiels” (atos existenciais) para os “contratos” que forem necessários ou indispensáveis para a vida em sociedade, em que não há indagação quanto ao elemento da vontade individual. São denominados pelo direito inglês de “necessaries”<sup>151</sup>.

Questiona-se se os deveres resultantes dos contatos sociais seriam realmente contratuais “au sense propre du terme”, ou se deveriam receber o tratamento de um “acte matériel” (ato-fato). Sendo aceita última hipótese, os atos

---

<sup>146</sup> USTÁRROZ, Daniel. *Responsabilidade Contratual*. 2ª Edição. Revista. Atualizada. Ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 181.

<sup>147</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 40-41.

<sup>148</sup> USTÁRROZ, Daniel. *Responsabilidade Contratual*. 2ª Edição. Revista. Atualizada. Ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 183.

<sup>149</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 41.

<sup>150</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 41.

<sup>151</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile en Droit Brésilien et Comparé*. Paris: Faculté de Droit et Sciences Politiques de St. Maur (Paris XII), 1988, p. 36-37.

existenciais estariam enquadrados no campo da responsabilidade civil extracontratual (*responsabilité civile delictuelle*)<sup>152</sup>.

Nesse sentido, considera-se plenamente aceitável a ocorrência de dano moral por inadimplemento contratual, uma vez que, por serem vinculados a aspectos verdadeiramente essenciais da vida social, os efeitos dos atos existenciais ingressam na esfera da própria dignidade humana, desde que haja efetivo prejuízo à tranquilidade emocional.

Contudo, especialmente se tratando de relações de consumo, a exemplo do entendimento da Nona e Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul<sup>153</sup>, a jurisprudência reconhece o dano moral resultante de conduta ilícita dos fornecedores, em razão de recusa ou demora na prestação de assistência técnica ou substituição de produto com vício, situação em que haveria quebra do princípio da confiança e ofensa às regras norteadoras da matéria consumerista. Não obstante, tais condenações, embora a título de danos morais, mais parecem visar uma punição dos fornecedores pela indiferença no cumprimento dos deveres legais estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor, do que propriamente uma indenização por efetivo dano à dignidade do consumidor lesado.

### 3.4 PUNITIVE DAMAGES

Além do caráter indenizatório, o direito anglo-americano também prevê nos *torts* a possibilidade de “*punitive damages*”, também conhecidos como “*exemplary damages*”. Sua origem se confunde com os “*aggravated damages*”, que serviam para compensar a vítima por “uma afronta aos seus sentimentos”<sup>154</sup>, sendo que

---

<sup>152</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile en Droit Brésilien et Comparé*. Paris: Faculté de Droit et Sciences Politiques de St. Maur (Paris XII), 1988, p. 61.

<sup>153</sup> Nesse sentido, veja os acórdãos exarados no bojo da Apelação Cível nº 70032969412, de relatoria do Desembargador Paulo Roberto Lessa Franz, julgado pela Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em 27 de maio de 2010; e da Apelação Cível nº 70050456987, de relatoria da Desembargadora Marilene Bonzanini, julgado pela Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em 20 de agosto de 2012.

<sup>154</sup> No original: “an affront to his feelings”. TUNC, André. *International Encyclopedia of Comparative Law: Torts*. Volume XI, Capítulo 10. Tübingen: J.C.B Mohr, 1981, p. 83.



ambos os institutos eram vistos simplesmente como “*damages*”, não fazendo a jurisprudência uma diferenciação mais rigorosa entre eles<sup>155</sup>.

Os “*punitive damages*” visam não o dano moral em si, mas como forma de censura à má-conduta do causador do dano<sup>156</sup>. Nesse sentido, é a partir da valoração das características de “*extreme*” e “*outrageous*” necessárias à própria existência do dano moral na Common Law que se estabelece a possibilidade de complementar a indenização com uma quantia a mais<sup>157</sup>. Em razão de seu caráter punitivo, há necessidade de dolo na conduta. Conforme explicam Pierre-Dominique Ollier e Jean-Pierre Le Gall, [n]ão é suficiente que parte do propósito do réu da ação em ter praticado o ato reclamado fosse obter lucro. Ele (o réu) deve ter o conhecimento que o ato por ele proposto é ilícito, e direcionar a sua atenção às vantagens materiais em cometer o ato ilícito”<sup>158</sup>.

O direito inglês estabeleceu restrições aos “*punitive damages*” a partir do *leading case* *Rookes v. Barnard* [1964] AC 1129, [1964] UKHL 1, julgado pela United Kingdom House of Lords em 21 de janeiro de 1964, em que, conforme a opinião do Lord Devlin, somente restariam duas hipóteses para “*punitive damages*” no direito inglês: nos casos de “*oppressive, arbitrary or unconstitutional action by the servants of the government*” e nos casos em que “*the Defendant’s conduct has been calculated by him to make a profit for himself which may well exceed the compensation payable to the plaintiff*”.

No direito norte-americano, os “*punitive damages*” subsistem nos casos de difamação<sup>159</sup>, e servem principalmente para evitar que o enriquecimento injusto causador do dano. Para tanto, o valor é calculado a partir do lucro auferido pelo último, impedindo-se, também, em razão justamente do caráter punitivo, o uso dos “*liability insurance*” – questão que permanece controversa nos casos de mera “*recklessness*” e “*gross negligence*”.

<sup>155</sup> TUNC, André. *International Encyclopedia of Comparative Law: Torts*. Volume XI, Capítulo 10. Tübingen: J.C.B Mohr, 1981, p. 83.

<sup>156</sup> No original: “[i]t is not sufficient that part of the defendant’s purpose in doing the act complained of was to make profit. He must have the knowledge that his proposed act is unlawful, and direct his mind to the material advantage of committing the tort”. FLEMING, John Gunther. *The Law of Torts*. 8ª Edição. Sydney: The Law Book Company, 1992, p. 241.

<sup>157</sup> FLEMING, John Gunther. *The Law of Torts*. 8ª Edição. Sydney: The Law Book Company, 1992, p. 241.

<sup>158</sup> TUNC, André. *International Encyclopedia of Comparative Law: Torts*. Volume XI, Capítulo 10. Tübingen: J.C.B Mohr, 1981, p. 83.

<sup>159</sup> TUNC, André. *International Encyclopedia of Comparative Law: Torts*. Volume XI, Capítulo 10. Tübingen: J.C.B Mohr, 1981, p. 84.

Isso porque o direito penal nem sempre é eficiente em coibir condutas que visam violar direitos de personalidade para fins de obtenção de lucro. Dessa forma, o valor da condenação em “*punitive damages*” serviria como incentivo para um policiamento de iniciativa privada<sup>160</sup>.

No Brasil, como já se viu na subseção 3.3, a jurisprudência tem encontrado meios de acomodar o instituto dos “*punitives damages*”, dando-lhe feição de danos morais, especialmente em demandas relacionadas aos direitos do consumidor, nas hipóteses em que haveria vantagem econômica por parte do fornecedor no descumprimento da legislação consumerista.

Contudo, é inadequada a inclusão de elementos punitivos à nossa responsabilidade civil, que tem como base a reparação do dano, especialmente quando se dá sob aparência de indenização por danos morais, cujo enfoque é de reparação de prejuízo aos direitos de personalidade ou à dignidade humana.

### 3.5 O CÁLCULO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Tratando-se de dano imaterial, o dano moral não pode ser medido em termos econômicos. Não é por menos que no sistema da Common Law, os danos incalculáveis caem na categoria de indenização por “*general damage*”, cuja definição do valor é dada pelas cortes de maneira discricionária, com base em uma aproximação.<sup>161</sup> Contudo, há algumas regras que devem ser levadas em conta.

A fim de evitar grandes disparidades no valor das indenizações por “*general damages*”, o direito inglês faz uso das “*conventional figures*”, que evoluíram por meio dos precedentes judiciais, e que possibilitam o indeferimento de pedidos de julgamento pelo júri, passando o cálculo da indenização a ser de responsabilidade do juiz, que, por sua vez, define o valor em quantia semelhante aos casos anteriores similares<sup>162</sup>.

---

<sup>160</sup> FLEMING, John Gunther. *The Law of Torts*. 8ª Edição. Sydney: The Law Book Company, 1992, p. 241.

<sup>161</sup> TUNC, André. *International Encyclopedia of Comparative Law: Torts*. Volume XI, Capítulo 08. Tübingen: J.C.B Mohr, 1972, p. 20.

<sup>162</sup> TUNC, André. *International Encyclopedia of Comparative Law: Torts*. Volume XI, Capítulo 08. Tübingen: J.C.B Mohr, 1972, p. 23.

No caso do direito americano, a indenização monetária é a única forma de reparar um dano não-pecuniário, não se aceitando outras medidas reparativas por parte do ofensor, como retração, pedido de desculpas público, declaração de direito ou publicação da decisão judicial<sup>163</sup>.

No direito brasileiro, o artigo 1.553 do Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071/1916)<sup>164</sup>, além de permitir a indenização por danos morais, visto que o diploma anterior quase não mencionava as hipóteses específicas de reparação a serem estimadas por arbitragem, também constituiria uma cláusula geral para a matéria<sup>165</sup>.

Na prática, deve-se levar em consideração o artigo 944 do Novo Código Civil, que estabelece que “[a] indenização mede-se pela extensão do dano”. Em contrapartida, o seu parágrafo único permite a redução equitativa da indenização pelo juiz, quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, regra essa que, para a sua aplicação, Cavalieri Filho adverte ser necessário bom-senso, equilíbrio e razoabilidade, “de sorte a não deixar a vítima ao desamparo, nem levar o causador do dano à insolvência”<sup>166</sup>. De toda sorte, é notória a ampla discricionariedade a cargo do juiz na fixação do *quantum* indenizatório<sup>167</sup>.

Quanto a reparação integral do dano moral, entende-se que o princípio foi acolhido, ao menos implicitamente, pela jurisprudência brasileira, que o aplica de maneira mitigada, como se vê da reiterada rejeição dos tarifamentos indenizatórios fixados em lei ordinária, a exemplo dos artigos 1.547 e 1550 do Código Civil de 1916, e da antiga Lei de Imprensa<sup>168</sup>, que resultou, inclusive, na Súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça<sup>169</sup>.

Assim, prevalece como critério para o cálculo da indenização por danos morais o livre arbitramento por parte do juiz, com respeito à razoabilidade e a busca por uma correspondência com a extensão do dano.

---

<sup>163</sup> TUNC, André. *International Encyclopedia of Comparative Law: Torts*. Volume XI, Capítulo 08. Tübingen: J.C.B Mohr, 1972, p. 41.

<sup>164</sup> “Art. 1.553. Nos casos não previstos neste capítulo, se fixará por arbitramento a indenização.”

<sup>165</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile en Droit Brésilien et Comparé*. Paris: Faculté de Droit et Sciences Politiques de St. Maur (Paris XII), 1988, p. 61.

<sup>166</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 129.

<sup>167</sup> SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 208.

<sup>168</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral – indenização no Código Civil*. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 268.

<sup>169</sup> Súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça: A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.

Contudo, essa ampla discricionariedade parece ser efeito do recente reconhecimento da reparabilidade do dano moral. A tendência, ao que parece, é de desenvolvimento de referenciais práticos para o valor das indenizações, a serem criados pela jurisprudência, a exemplo das “conventional figures” da Common Law. Trata-se de um método *objetivo* (ou abstrato) de avaliação do dano. Sob esse método, “o valor que o bem afetado possuiria para qualquer pessoa é determinativo. Destarte, onde uma propriedade pessoal é destruída, seu valor comum ou de mercado é de ser compensado”<sup>170</sup>.

A vantagem é que o método objetivo proporciona uma maior segurança jurídica. A sua aplicação aos danos morais, em razão da própria imaterialidade do prejuízo, não representa, e é importante ressaltar, uma tentativa tabelamento, nem vinculam o julgador a patamares de indenização, servindo somente como (importantes) referenciais criados pela jurisprudência, permitindo ao juiz definir o valor exato da indenização de acordo com a razoabilidade e justiça.

---

<sup>170</sup> No original: “the value which the affected good would possess for any person is determinative. Hence, where personal property is destroyed, its common or market value must be compensated”. TUNC, André. *International Encyclopedia of Comparative Law: Torts*. Volume XI, Capítulo 08. Tübingen: J.C.B Mohr, 1972, p. 23.

## 4 CONCLUSÃO

Os danos morais são um dos temas mais controvertidos da responsabilidade civil extracontratual, tanto em razão da dificuldade de delimitação do seu conteúdo, em razão de sua extrapatrimonialidade, como na definição de quais situações são juridicamente relevantes a fim de justificar a sua indenização.

Da negativa de sua reparabilidade, à sua vinculação aos danos patrimoniais, a doutrina em um primeiro momento, seguida pela jurisprudência brasileira, evoluiu para o reconhecimento da ampla reparabilidade dos danos morais, tornando-se uma categoria independente da responsabilidade civil, conforme se demonstrou nas subseções 3.1 e 3.2, um entendimento que hoje se faz presente no Código Civil Brasileiro vigente (Lei nº 10.406/2002) e na Constituição da República.

Restou, portanto, definir qual é o dano moral indenizável, tendo em base tanto os elementos fundamentais da responsabilidade civil em nosso sistema, definidos na subseção 2.2, como também a partir critérios práticos para aferição do dano juridicamente relevante, que, em razão da natureza imaterial e variável dos danos morais em cada caso, só podem ser desenvolvidos pela jurisprudência, assunto abordado na subseção 3.3.

Buscou-se, portanto fazer uma análise comparativa desses critérios de ordem prática no direito brasileiro e norte-americano, a partir da doutrina e jurisprudência acerca do dano moral, a fim de traçar uma moldura para enquadrar os casos em que é possível a indenização.

O dano moral compartilha, tanto no direito brasileiro quanto no direito norte-americano, um mesmo conteúdo, como visto no início da seção 3. Trata-se de uma lesão à tranquilidade emocional, é a dor, o sofrimento, a tristeza, a depressão. É toda a lesão que atinge o aspecto imaterial do ser humano, mas que não representa, necessariamente, uma violação do dever moral. A característica do dano moral é a presença de um verdadeiro prejuízo a outrem.

É no modo em que se valora a intensidade do prejuízo que estão as diferenças de cada sistema. Assim, enquanto o direito brasileiro considera juridicamente relevante o dano moral “sério”, ou seja, aquele que ultrapassa a esfera da normalidade e razoabilidade, atingindo algum direito de personalidade ou a dignidade humana, como se viu na subseção 3.3, o direito norte-americano permite

a responsabilidade do causador do dano intencional somente quando este se mostrar “severo”. A exigência de “severidade” do dano representa um patamar de intensidade muito maior que a mera “seriedade”. É preciso que o dano seja humanamente insuportável e extremo, tornando bastante restritas as hipóteses de responsabilidade.

A diferença nos requisitos de intensidade ficou clara na análise do caso *Smith v. Amedisys Inc.* [298 F.3d 434 (2002)], constante na subseção 3.3 deste trabalho, que versava sobre o dano moral resultante de assédio sexual, retaliação e discriminação racial e de gênero em ambiente de trabalho. Ao se aplicar a exigência de “severidade”, mesmo uma lesão terrível à personalidade e à dignidade humana restaram sem indenização, porquanto não foi considerada insuportável ou extrema.

Tampouco a exigência de conduta extrema e ultrajante, requisitos que se somam ao dano “severo” para a existência de responsabilidade no direito norte-americano, faz sentido no direito brasileiro, conforme abordado na subseção 3.3, que, de toda a sorte, não exige determinadas características na conduta do agente para que haja o dever de indenizar, bastando que esteja caracterizado o ato ilícito, definido na subseção 2.2.

Dessa forma, uma inclusão dos “*punitive damages*” em nossa responsabilidade civil, além de não ser compatível com o objetivo de reparar os danos, também ficaria sem uma base de valoração, em razão da inexistência de critérios mensuração da gravidade da conduta no direito civil brasileiro.

Contudo, a inadequação do requisito de “severidade” ao nosso sistema não descarta a utilidade da análise comparativa, visto que o direito americano também faz uso do conceito de “seriedade” no dano moral por negligência, estabelecendo critérios de valoração que encontram eco nas necessidades de nossa responsabilidade civil.

Nesse sentido, o caso *Rodrigues v. State of Hawaii* [472 P.2d 509 (1970)], também visto na subseção 3.3, permitiu um melhor entendimento sobre o assunto. Dele se extraí que o dano moral “sério” é aquele que “pode ser encontrado na situação em que um homem razoável, normalmente constituído, seria incapaz de lidar adequadamente com o estresse mental ocasionado pelas circunstâncias do

caso”<sup>171</sup>, conceito este adequado à nossa realidade jurídica, pois diz a respeito das situações que fogem do que razoavelmente se espera da vida em sociedade.

A jurisprudência norte-americana, com base no conceito supracitado, estabeleceu duas limitações à responsabilidade civil por dano moral que dizem respeito à reparabilidade do dano: a primeira é referente às “*policies*” e aos “*principles*” considerados importantes para a sociedade, sendo a segunda referente à objetividade da análise das circunstâncias do dano, ambos detalhados na subseção 3.3.

O uso dessas limitações à responsabilidade civil por dano moral, cuja análise sempre será “*in concreto*”, representam guias à atividade jurisdicional, critérios de bom senso que podem ser aplicados mesmo em nosso sistema, desde que de acordo com a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional.

Uma maior objetividade na análise do dano moral no direito brasileiro somente será possível após o reconhecimento da existência de limites à reparabilidade do dano moral, por meio de aplicação de um “*threshold*”, ou de uma moldura, referente à intensidade e tipo de dano. Para tanto, a experiência norte-americana, com seus critérios de aferição do dano moral “*sério*”, que foram criados e polidos pela jurisprudência, pode servir de inspiração para o aprimoramento da responsabilidade civil no direito brasileiro.

Também podem servir de inspiração as “*conventional figures*” da Common Law, de modo a criar referências jurisprudenciais para o valor das indenizações de danos morais, sem, contudo, vincular a atividade do juiz, de modo a preservar o arbitramento com base na razoabilidade e justiça de acordo com o caso concreto. Rejeita-se, por conseguinte, as tentativas de tarifação do dano moral, uma vez que contrárias ao princípio da reparação integral, ainda que mitigado

Portanto, mostra-se de grande relevância a análise comparativa, uma vez que a Common Law desenvolveu a sua responsabilidade civil de maneira fragmentada, buscando encontrar uma solução adequada para cada caso de “*liability*”, sem se prender às exigências de generalização, como se vê na responsabilidade civil dos sistemas de tradição continental. Essa evolução possibilitou soluções sob medida para os casos de dano moral, estabelecendo

---

<sup>171</sup> No original: “*may be found where a reasonable man, normally constituted, would be unable to adequately cope with the mental stress engendered by the circumstances of the case*”.

limites à responsabilidade civil e impedindo uma banalização das demandas judiciais, um problema que hoje está na pauta dos tribunais brasileiros.



## REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Anales, Segunda Época, Año LIV, Numero 47, 2009.

ARGENTINA. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. MJJ15570. Diego A. Cherel contra Edenor S.A. Julgado em 31 de agosto de 2007.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Senado Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>

BRASIL. Projeto de Lei nº 634-B, de 1975. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15675>>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 163.472/RJ. Relator Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. Companhia Estadual de Águas e Esgotos-CEDAE contra Edith de Azevedo Fernandes. Julgado em 21 de junho de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.002.009/PE. Relator Ministro Humberto Martins. Segunda Turma. União contra Maria Viana de Souza. Julgado em 12 de fevereiro de 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 3.604/SP. Relator Ministro Ilmar Galvão. Segunda Turma. Fazenda do Estado de São Paulo contra Manoel Messias Figueiredo e cônjuge. Julgado em 19 de setembro de 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 11.786/MG. Relator Ministro Orosimbo Nonato. Relator para acórdão Ministro Hahnemann Guimarães. Segunda Turma. Iachua Cadus contra Prefeitura Municipal de Ubá/MG. Julgado em 07 de novembro de 1950.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 11.947/MG. Relator Ministro Hahnemann Guimarães. Segunda Turma. José Antonio Mavarrel contra Empresa Força e Luz (Siqueira Meireles Junqueira e Cia.). Julgado em 12 maio de 1953.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. American Law Institute. Restatement (Second) of Law, Torts, 1965.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. American Law Institute. Restatement (Third) of Law, Torts, 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of Hawaii. 472 P.2d 509 (1970). Rodrigues v. State of Hawaii. Julgado em 03 de setembro de 1970.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of Illinois. 798 N.E.2d 75 (2003). Feltmeier v. Feltmeier. Julgado em 18 de setembro de 2003.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of Indiana. 559 N.E.2d 619 (1990). *Cullison v. Medley*. Julgado em 18 de setembro de 1990.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of Indiana. 579 N.E.2d 452 (1991). *Shuamber v. Henderson*. Julgado em 09 de outubro de 1991.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of Indiana. 726 N.E.2d 272 (2000). *Alexander v. Scheid*. Julgado em 03 de abril de 2000.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of Louisiana. 556 So.2d 559 (1990). *Lejeune v. Rayne Branch Hospital*. Julgado em 22 de março de 1990.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of Louisiana. 585 So.2d 1205 (1991). *White v. Monsanto Company*. Julgado em 09 de setembro de 1991.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Fifth Circuit. 298 F.3d 434 (2002). *Smith v. Amedisys Inc.* Julgado em 26 de junho de 2002.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Third Circuit. 595 F.2d 1265 (1979). *Chuy v. Philadelphia Eagles Football Club*. Julgado em 09 de março de 1979.

REINO UNIDO. *United Kingdom House of Lords*. [1964] AC 1129, [1964] UKHL 1. *Rookes v. Barnard*. Julgado em 21 de janeiro de 1964.

## BIBLIOGRAFIA

AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 6ª Edição. 2ª Versão. Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

\_\_\_\_\_. *Da Responsabilidade Civil*. 10ª Edição, Revisada e Aumentada. Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade Civil em Debate*. Organização e apresentação dos debates por Ilka Bulhões Rocha Peixoto. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

AGOSTINI, Eric. *Direito Comparado*. Tradução de Fernando Couto. Porto: RES Editora, 1992.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1980

BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. Edição Histórica. Campinas: Red Livros, 2002.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

CANE, Peter. *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*. 7ª Edição. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

\_\_\_\_\_. *Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile en Droit Brésilien et Comparé*. Paris: Faculté de Droit et Sciences Politiques de St. Maur (Paris XII), 1988.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4ª Edição. São Paulo: Martins-Fonte, 2002.

EPSTEIN, Richard A.; GREGORY, Charles O.; KALVEN JR, Harry. *Cases and Materials on Torts*. 4ª Edição. Boston: Little, Brown and Company, 1984.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade Civil no Novo Código. In: *Revista TST*, Brasília, Volume 76, n. 1, jan/mar, 2010.

FLEMING, John Gunther. *The Law of Torts*. 8ª Edição. Sydney: The Law Book Company, 1992.

GHERSI, Carlos Alberto (diretor); WEINGARTEN, Celia (coordenadora). *Tratado de Daños Reparables: Parte General*. 1ª Edição. Volume I. Buenos Aires: La Ley, 2008.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. Revista e atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HOLMES, Oliver Wendell. *O Direito Comum: As Origens do Direito Anglo-Americano*. Editado por Mark DeWolfe Howe. Traduzido por J. L. Melo. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1963.

\_\_\_\_\_. *The Common Law*. Editado por Mark DeWolfe Howe. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1967.

ITURRASPE, Jorge Mosset; PICAZO, Luis Díez; BUSNELLI, Francesco; PERRET, Louis; COUTO E SILVA, Clovis do. *Daños*. Buenos Aires: Depalma, 1991.

KOCH, William J.; DOUGLAS, Kevin S.; NICHOLLS, Tonia L.; O'NEILL, Melanie L. *Psychological Injuries: Forensic Assessment, Treatment, and Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006.

KUHN, Arthur K. *Principles de Droit Anglo-Américain - Droit Privé et Procédure: Étude des systèmes de droit anglais et américain, comparés avec quelques systèmes en vigueur sur le continent européen*. Tradução para o francês de Max Petitpierre. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1924.

LEAL, Roger Stiefelmann. *Memória jurisprudencial: Ministro Orozimbo Nonato*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. 4ª Edição. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932. Tomo I.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. 5ª Edição Consolidada. Paris: Éditions Montchrestien, 1960. Tomo III.

MENEZES, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*. Volume XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória Legislativa do Código Civil*. Brasília: Senado Federal, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 10ª Edição. 16ª Tiragem. Volume III. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade Civil*. 8ª Edição. 4ª Tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984. Tomo XXVI.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984. Tomo LII.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984. Tomo LIII.

RABIN, Robert L. (organizador). *Perspectives on Tort Law*. 4ª Edição. Nova Iorque: Aspen Publishers, 1995.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2002.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. Tradução de Véra Jacob de Fradera da 5ª Edição italiana. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral – Indenização no Código Civil*. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

SAVATIER, René. *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français – Civil Administratif, Professionnel, Procedural*. 2ª Edição. Tomo 1. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951.

SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem Culpa e Socialização do Risco*. Belo Horizonte: Editora Bernardo Álvares S.A., 1962.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*. Tomo II. 9ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade Civil e a sua Interpretação Jurisprudencial*. 4ª Edição. Revista. Atualizada. Ampliada. 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

TUNC, André (editor). *International Encyclopedia of Comparative Law: Torts*. Volume XI, Capítulo 01. Tübingen: J.C.B Mohr, 1974.

\_\_\_\_\_. *International Encyclopedia of Comparative Law: Torts*. Volume XI, Capítulo 02. Tübingen: J.C.B Mohr, 1979.

\_\_\_\_\_. *International Encyclopedia of Comparative Law: Torts*. Volume XI, Capítulo 07. Tübingen: J.C.B Mohr, 1979.

\_\_\_\_\_. *International Encyclopedia of Comparative Law: Torts*. Volume XI, Capítulo 08. Tübingen: J.C.B Mohr, 1971.

\_\_\_\_\_. *International Encyclopedia of Comparative Law: Torts*. Volume XI, Capítulo 10. Tübingen: J.C.B Mohr, 1981.

USTÁRROZ, Daniel. *Responsabilidade Contratual*. 2ª Edição. Revista. Atualizada. Ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

WINFIELD, Percy H. *The Province of The Law of Tort (Tagore Law Lectures delivered in 1930)*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

WHITE, G. Edward. *Tort Law in America: an intellectual history*. 1ª Edição. Ampliada. Nova Iorque: Oxford University Press, 2002.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. Oxford: Clarendon Express, 1998.