

Dano Moral Reflexo: A Legitimação Frente ao Cenário Constitucional

Rosana Batista Rabello Brisolla Diuana
Advogada. Pós-graduada em Direito Privado pela UFF e em Direito Público e Privado pela EMERJ.

I - INTRODUÇÃO

Desde que se consagrou no ordenamento jurídico o instituto da responsabilidade civil da pessoa natural ou jurídica, bem como da administração pública pelos atos lesivos a direitos ou bens de terceiros, reconheceu-se, por via de consequência, o dever de indenizar do agente causador do dano como meio eficaz de restabelecer o *status quo* ante através de compensação patrimonial denominada indenização.

Dentro desta perspectiva, e partindo do pressuposto de que a intervenção estatal se mostra imprescindível para garantir a reparação do dano e afastar a irresponsabilidade, passou a ser extremamente relevante desconstruir o instituto do dano para determinar as suas ramificações e facilitar a sua identificação no caso concreto, definindo os limites subjetivo, quantitativo e qualitativo e fornecendo ao magistrado elementos para dizer o direito, afastando qualquer possibilidade de arbitrariedade, excessiva onerosidade ou enriquecimento sem causa.

Sob esta ótica, surge a figura do dano moral, ou extrapatrimonial, como um dano autônomo decorrente da simples violação a um direito personalíssimo do indivíduo sem que isso lhe afete a esfera econômica reduzindo-a.

Daí dizer que nada obsta que, como resultado de uma conduta ilícita ou lícita causadora do dano, possa se verificar a coexistência do dano moral e do dano material, ou patrimonial, conforme entendimento já sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça através do enunciado nº 37, ou que do dano moral decorra o dano material direta ou indiretamente¹.

Como o instituto do dano moral configura lesão a bem de cunho imaterial essencial à preservação da dignidade da pessoa humana, que por sua vez é fundamento do Estado de Direito, o dever jurídico de reparar o dano se estabelece neste patamar, o que quer dizer, em uma leitura civil constitucional, que o direito personalíssimo do indivíduo - a honra, a liberdade, o nome, entre outros é um direito fundamental do indivíduo, sendo a reparação moral uma garantia assegurada constitucionalmente.

Portanto, como consecutário lógico do princípio da dignidade humana, na precisa lição de Sergio Cavalieri² o dano moral se configura com a violação do direito à dignidade inerente ao indivíduo, sendo desnecessária que se verifique uma reação psíquica da vítima ao dano suportado, o que torna possível reconhecer legitimidade a qualquer pessoa que tenha seu direito violado, podendo, assim, pleitear a devida reparação independentemente da pouca idade que tenha ou de estar limitada por qualquer causa de incapacidade civil absoluta ou relativa.

Contudo, na incansável busca de fazer valer os preceitos constitucionais frente à subjetividade e o certo grau de abstração que existe na aferição do dano moral, nem sempre o operador do direito consegue trazer o sentimento de justiça à vítima do dano.

Os desdobramentos do dano moral dão conta da infinidade de questionamentos possíveis.

Desse modo, ante a omissão legislativa em tratar melhor o assunto, coube à doutrina e à jurisprudência se manifestarem so-

¹ CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3ª ed. rev., amp. e atual. Conforme o **Código Civil de 2002**. São Paulo: RT, 2005, p. 22.

² CAVALIERI Filho, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. Malheiros, 2005, p. 101.

bre o que se denomina e quando se verifica o dano moral reflexo, sendo a este aspecto do dano moral que se restringe a presente pesquisa científica.

Em linha de princípio, tem-se por dano moral reflexo, indireto ou em ricochete aquele que atinge direito personalíssimo de um indivíduo sem que a conduta do agente causador do dano tenha sido direcionada àquele, mas a pessoa com quem tenha uma relação de afeto por vínculo familiar ou de convivência.

Surgem, então, os legítimos questionamentos acerca da possibilidade de se reconhecer o direito à indenização pelo dano moral reflexo a vítimas indiretas do evento danoso e a legitimidade para requerê-lo, ou seja, se existe a limitação subjetiva ativa, bem como se é possível a coexistência de indenização entre as vítimas do dano direto e do dano indireto, e se existe diferença entre o instituto do dano moral indireto e a possibilidade de transmissibilidade do dano moral direto.

Desta feita busca o presente trabalho identificar e desvendar a linha tênue que existe entre o que é ou não violação a um direito personalíssimo de terceiro, capaz de ensejar direito à indenização apesar de se verificar de forma indireta, bem como seus desdobramentos lógicos.

Para orientar o desenvolvimento da presente pesquisa e proporcionar uma compreensão mais aprofundada e crítica do tema proposto, procedemos ao seguinte questionamento: Em sendo admitido no ordenamento jurídico brasileiro o dano moral indireto ou reflexo, haveria alguma limitação quanto a quem poderia ser o titular deste direito e quanto à matéria ou circunstância em que tal violação poderia ser reconhecida?

A presente pesquisa científica irá, em linhas gerais, analisar as questões teóricas e os efeitos práticos no reconhecimento judicial do dano moral indireto, tendo em vista a inegável importância deste tema no cenário social moderno.

O ponto de partida será uma análise criteriosa do instituto do dano moral e da natureza da reparação, o tratamento constitucional dispensado ao tema, passando por legislações infracons-

titucionais e enunciados e decisões dos tribunais superiores sobre o tema.

Temos como meta demonstrar de forma fundamentada em doutrina, princípios e na lei a possibilidade jurídica e a titularidade para pleitear pretensão indenizatória diante de dano que extrapola a esfera pessoal da vítima direta do evento alcançando pessoas ligadas àquela por alguma circunstância.

Entendemos que não podem ser ignorados os efeitos que decorrem da conduta danosa, sob pena de relegar o objetivo precípuo da Constituição Federal, qual seja, a proteção da sociedade, a proteção do próprio indivíduo, motivo pelo qual se deve reconhecer o direito à indenização pelo dano moral a vítimas indiretas do evento danoso, tendo em vista a intensidade do dano.

Diante da lacuna legal é difícil determinar quais são os titulares do direito à reparação moral por via reflexa, dada a possibilidade de um número indeterminado de ofendidos, portanto, cumpre ao operador do direito, ou seja, a doutrina e a jurisprudência conferir efetividade ao comando constitucional fixando critérios, seja por analogia, seja pela aplicação do Princípio da Razoabilidade, para possibilitar identificar e delimitar quem é o titular do direito, pois é inegável que todos que tenham algum vínculo com a vítima direta do dano sofrem intensamente diante do evento danoso, contudo, tal circunstância não é justificativa para o alcance subjetivo ilimitado, conforme assevera em linhas gerais Sergio Cavaliere Filho³.

A escolha do tema proposto se justifica por sua relevância social e jurídica que fez com que o legislador constituinte reconhecesse o direito à reparação do dano moral como um direito fundamental da pessoa, conferindo-lhe *status* de cláusula pétrea, apesar de não ter sido explorada pela legislação civil.

Entendemos que diante da repercussão fática do tema e dos efeitos de seu reconhecimento é imperiosa que seja sanada a omissão legislativa de forma que facilite a concretização dos preceitos e fundamentos constitucionais.

³ Ob. cit., p. 109.

II - DANO MORAL REFLEXO

2.1. Dano Moral: Contextualização até o Dano Moral Reflexo

O dano é um dos elementos essenciais da responsabilidade civil, que, ainda tem como pressupostos a ilicitude da conduta e o nexo causal (ligando a ação ou omissão ao dano).

Nos dizeres de Sergio Cavalieri, o dano é “o grande vilão da responsabilidade civil”, pois não haveria o que recompor se ele não existisse, portanto, o dever jurídico do agente que atuou ilicitamente em restabelecer a vítima ao *status quo ante*, surge do senso de justiça, devendo indenizá-la pelo dano suportado na proporção possível⁴.

Na lição de Gustavo Tepedino, o dano, para ser indenizável, deve ser certo (não hipotético) e atual (já deve estar presente quando da responsabilização), asseverando, contudo, que apesar da regra ser esta, o fato de a sociedade não ser imutável, haverá casos em que será possível a reparabilidade de danos futuros, como, por exemplo, nas hipóteses relacionadas à exposição prolongada a elementos radiativos, vez que as lesões não são detectadas de imediato⁵.

Com efeito, se hoje o dano é conceituado como lesão a um bem jurídico de outrem, que gera efeitos, quer de ordem patrimonial, quer de ordem moral, fazendo nascer o dever de indenizar para o agente causador, nem sempre foi conceituado assim, como veremos mais adiante.

A doutrina destaca que já na Antiguidade encontramos fortes indicativos de que a compensação pecuniária à lesão moral era admitida, podendo citar o Código de Hamurabi (Babilônia) que previa, junto com a vingança, a possibilidade de reparação da ofensa com o pagamento de uma “indenização”. De igual forma dispunha o Código de Manu (Índia). O Direito Romano, ao contrário dos outros citados, permitia a compensação somente em casos específicos, porque entendia que havia bens não patrimoniais que tinham

⁴ Ob. cit., p. 95.

⁵ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 338.

valor para o homem e que, portanto, mereciam tutela, decerto que com a Lei Aquilia, as hipóteses foram ampliadas⁶.

Contudo, conforme salientado na parte introdutória deste trabalho, o reconhecimento da existência de um dano extrapatrimonial encontrou resistência em suas raízes históricas, sendo repudiada por alguns juristas como Gabba, que defendia a teoria negativista da reparação e entendia que a reparação moral era uma criação da doutrina moderna e que não era possível a sua admissão, pois a subjetividade que envolve a psique humana impede a sua comprovação e valoração, por certo, que a apreciação pecuniária deste bem seria uma imoralidade.

Assim, em uma primeira fase, para os adeptos da teoria negativista não era possível indenizar qualquer lesão que não fosse ao patrimônio do ofendido.

Luiz Roldão dizia que a noção de dano estava diretamente ligada a patrimônio por conta da definição feita por Paulo no Direito Romano, que, nos seus dizeres, foi o que “delineou toda a evolução posterior no sentido de sua concepção exclusivamente patrimonial, a dificultar o acatamento da ressarcibilidade dos danos morais”⁷

Yussef Said Cahali diz que:

Na realidade, e segundo se evidencia do diversificado das legislações contemporâneas, o princípio da reparabilidade do dano moral reveste-se de um cunho marcadamente ideológico e político. Assim, para saber se o direito deve limitar sua pretensão a proteger os interesses patrimoniais ou se deve conceder certas compensações àqueles que sofrem na própria carne ou são molestados em seus sentimentos, a resposta a ser dada depende de numerosas considerações tanto de ordem ideológica como econômica, o que explica a evolução pela qual têm passado os direitos positivos [...].⁸

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*. 6ª ed, atual. ampl.. SP: Juarez de Oliveira, 2009, p. 3.

⁷ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos da responsabilidade civil*. RJ: Renovar, 2000, p. 94

⁸ Ob. cit., p. 34.

Nesta linha de raciocínio, podemos dizer claramente que foi o relevante interesse social que permeia esta matéria que fez com que, primeiro a doutrina e, bem depois, a jurisprudência passasse a aceitar a existência de um dano moral e a possibilidade de sua reparação.

O dano moral, segundo a doutrina, atinge os chamados direitos da personalidade, que são direitos:

[...] básicos, gerais, porque pertencentes a todas as pessoas em razão do seu nascimento, extrapatrimoniais, porque ligados a valores existenciais que não tem preço - muito embora sua violação possa originar o direito à reparação pecuniária - e absolutos, eis que dotados de oponibilidade erga omnes. [...] estão indissociavelmente ligados à pessoa do seu titular e só por ele podem ser exercidos. São por isso, em princípio, intransmissíveis inter vivos ou causa mortis, embora gozem de proteção mesmo depois da morte do titular [...].⁹

Os direitos da personalidade como direitos inerentes ao homem, surgiram historicamente em uma fase pré-codificada, com a doutrina jusnaturalista, conjugado à ideia de proteção do mínimo necessário à dignidade da pessoa humana, sendo este um princípio que encontra suas bases fincadas no Cristianismo e nos ideais humanistas e iluministas, que viam o homem como uma unidade autônoma moral e racional que constitui um fim por si só¹⁰.

Apesar de atualmente não haver discussões quanto ao fato de tais direitos constituírem, em princípio, direitos subjetivos à abstenção, nem sempre foi assim, por certo que não obstante os direitos da personalidade terem representado “uma fonte importante de irrupção dos valores personalistas no Direito Privado”, enfrentaram resistência por parte da doutrina que alegava, “que a

⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.122/123.

¹⁰ SARMENTO, Daniel. *Ob. cit.*, p. 111/112.

personalidade não poderia ser objeto de direito, já que ele identificava-se com a titularidade de direitos”¹¹.

Por certo que, o caminho percorrido pelos direitos da personalidade para o reconhecimento de sua existência está diretamente atrelado a evolução e incorporação dos direitos humanos na história da sociedade, e denotam a agregação de valores humanitários e solidários a esta com vistas à harmonização social e respeito ao ser humano, sendo adotados como orientadores de conduta por diversos ordenamentos jurídicos, inclusive o nosso.

Neste contexto, os direitos da personalidade foram a mola propulsora para a evidenciação dos direitos humanos tal como conhecemos - como instrumentos aptos a assegurar uma existência digna à pessoa e justificar a legitimidade e reparabilidade do dano moral.

E é sobre o fundamento das dimensões dos direitos humanos, que preconiza a dignidade da pessoa como elemento delimitador de um Estado de direito, que surge a teoria positivista da reparação moral em contraponto à negativista, refutando os argumentos limitadores desta, sob o fundamento de que qualquer ideia que reduza o conceito de dano a apenas uma categoria de bens aferíveis economicamente, configura afronta à moral humana, e consequentemente, à existência digna do homem.

A pecúnia, como meio de reparar efetivamente a lesão moral, diz esta teoria positivista, não impõe um preço à honra do indivíduo, até porque nunca lhe será equivalente em grandeza, mas é capaz de atenuar as consequências do dano, servindo de conforto para compensar a dor, o dissabor e o constrangimento suportados pelo ofendido, bem como repreender a conduta do violador do direito.

Registra ainda a doutrina¹², uma terceira teoria, a eclética, que chegou a ser aplicada pelos tribunais brasileiros, mas que por seus próprios fundamentos foi afastada, visto que pregava que a

¹¹ SARMENTO, Daniel. Ob. Cit., p.122/123.

¹² CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3ª ed. rev. ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: RT, 2005, p. 28/29.

indenização pelo dano moral somente seria cabível quando a causa que tivesse originado esta lesão também tivesse provocado um dano material, ou seja, o que justificava a reparação era unicamente a existência de um dano econômico, excluindo da apreciação o subjetivismo próprio da moral humana e que nada tem a ver com o patrimônio do indivíduo, constituindo bens de natureza distinta passíveis de lesões autônomas.

No direito brasileiro, o artigo 159 do Código Civil de 1916 ensejava algumas dúvidas ao tratar da responsabilidade subjetiva ao omitir qual dano disciplinava, por certo que prevaleceu para a doutrina majoritária a tese de que era tanto o material quanto o moral, pois falava, de forma genérica, em dano decorrente do prejuízo ou da violação do direito. Contudo a jurisprudência entendia que a reparabilidade do dano moral, somente era possível nos casos expressamente previstos na lei¹³.

No entanto, com o advento da Constituição Federal em 1988 e da legislação consumerista em 1990, que expressamente dispunha como direito básico do consumidor a efetiva reparação moral, o conceito de dano mudou de vez, deixando de ter cunho estritamente patrimonial.

Por certo que atualmente, conforme mencionado, não há mais controvérsias sobre a possibilidade de reparabilidade do dano moral, sendo plenamente admitida pelo ordenamento jurídico pátrio, nos termos dos art. 5º, V e X da Constituição Federal e 186 do novo Código Civil (2002), sendo aplicada pelos Tribunais brasileiros a teoria da ampla reparação moral (positivista).

O problema que hoje existe refere-se a quais casos figuram hipóteses de clara violação a ordem moral do homem, a determinação dos ofendidos e o *quantum* indenizatório, vez que este fica a critério do Judiciário.

Na lição de Gustavo Tepedino¹⁴:

¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*. 6ª ed, atual. ampl.. SP: Juarez de Oliveira, 2009, p. 5.

¹⁴ Ob. cit., p. 339.

*As discussões se voltam atualmente para o próprio conceito de dano moral e para a sua liquidação. A impossibilidade de apreciação econômica revela-se uma característica relevante, mas não basta para a sua conceituação. Os autores nacionais e estrangeiros têm debatido intensamente o problema da definição do dano moral. De forma geral, destacam-se duas grandes orientações doutrinárias: i) a que, com base no ordenamento constitucional (CF, art. 1º, III), sustenta ser o dano moral uma ofensa a cláusula geral de tutela da pessoa humana (Maria Celine Bodin de Moraes, **Danos à Pessoa Humana**, p. 184 e SS); ii) a que entende que o dano moral como qualquer sofrimento ou incômodo humano que não é causado por perda pecuniária: “a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado” (Aguiar Dias, **Da responsabilidade civil**, p. 730).*

No que se refere ao próprio conceito de dano moral e o objeto de sua violação, vale colacionar a observação feita por Sergio Cavalieri ao dizer que os direitos da personalidade não se resumem às hipóteses de violação à dignidade, podendo ocorrer a violação daqueles sem, no entanto, afetar a existência digna da vítima, motivo pelo qual é mais correto denominar o dano aos bens personalíssimos de dano imaterial. Confira-se:

Nessa categoria incluem-se também os chamados novos direitos da personalidade: a imagem, o bom nome, a reputação, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais. Em suma, os direitos da personalidade podem ser realizados em diferentes dimensões e também podem ser violados em diferentes níveis. Resulta daí que o dano moral, em sentido amplo, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada.¹⁵

¹⁵ Ob. cit., p. 102.

Daniel Sarmiento dá conta de que, a par da definição tradicional dos direitos da personalidade, como dever de abstenção de atos violadores dos bens que protege, a doutrina majoritária entende que tais bens seriam divididos em dois grupos referentes à personalidade física e à personalidade moral ou espiritual, passível de proteção penal e cível, sendo que nesta última a tutela poderia se dar de forma preventiva (abstenção, obrigação de não fazer) ou repressiva (indenizatória).

Nesta linha, no que se refere aos bens da personalidade que estariam sujeitos a tutela judicial, o insigne jurista aponta a existência de dois entendimentos, nos quais teríamos uma corrente, denominada pluralista (que parece ser a solução aplicada pelo novo Código Civil brasileiro), que diz que somente os direitos previstos na legislação é que seriam objeto de tutela, e outra corrente, denominada monista, sustentada por expressiva doutrina, que defende a tese de que, independente de tipificação legal, em uma leitura constitucional há um “direito geral da personalidade” que somado à “cláusula geral de responsabilidade por dano moral”(artigo 186 do novo Código Civil) confere uma ampla proteção a estes direitos.

Conclui Sarmiento trazendo a crítica feita por alguns doutrinadores, acerca da afeição de direito subjetivo atribuído pela doutrina tradicional aos direitos da personalidade, por entenderem que tal concepção como dever de abstenção reduz o alcance real destes direitos, bem como sua proteção, por certo que haverá casos em que estes direitos exigiram um atuar, um fazer para a sua concretização, citando como exemplo o dever dos planos de saúde de cobrirem o tratamento de certas doenças. Diz que:

Neste quadro, alguns autores, como Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Leonardo Mattiello preferiram empregar a expressão “cláusula geral de tutela da pessoa humana”, ao invés de “direito geral da personalidade”, para evidenciar o fato de que a proteção da pessoa nas suas relações privadas não se esgota na garantia de direitos subjetivos. Sem embargo, cumpre enfatizar que, no plano da

*dogmática constitucional, é hoje tranquilo que os direitos fundamentais podem revestir as mais variadas formas, relacionando-se com diversas posições jurídicas, não tendo de se comprimir na moldura por vezes estreita dos direitos subjetivos. Portanto, não enxergamos qualquer obstáculo na utilização da expressão mais clássica do “direito geral de personalidade”, desde que fique remarcado que o conteúdo deste direito fundamental, em cada caso concreto, não precisa caber na roupagem do que a dogmática civilística tradicional rotulou como direito subjetivo.*¹⁶

No que se refere à comprovação do dano moral, diz Humberto Theodoro Júnior que “se o incômodo é pequeno (irrelevância) e se, mesmo sendo grave, não corresponde a um comportamento indevido (licitude), obviamente não se manifestará o dever de indenizar (ausência da responsabilidade civil cogitada no art. 159 do CC)”¹⁷, decerto que caberá ao juiz, utilizando-se da razoabilidade, verificar no caso concreto se violou algum direito da personalidade e se a conduta imputada ao agente foi a causa única deste dano, devendo, em caso afirmativo, fixar uma indenização proporcional à lesão.

Cabe aqui, com pertinência, dizer que, por se tratar de violação a direito da personalidade, não há como provar sua ocorrência, visto que não há como se apurar a mente humana, bastando que se prove a ocorrência do fato, decorrendo da gravidade deste (*in re ipsa*) a constatação da lesão, conforme nos ensina a melhor doutrina.

Sergio Cavalieri diz que:

[...] o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da

¹⁶ Ob. cit., p. 123/125 e 127/128.

¹⁷ Ob. cit., p. 9.

*dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser causas. Assim como a febre é uma reação orgânica, a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão à sua dignidade.*¹⁸

E conclui:

*[...] por se tratar de algo imaterial ou ideal a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Seria uma demasia, algo até impossível, exigir que a vítima comprove dor, a tristeza ou humilhação através de depoimentos, documentos ou perícias; não teria como demonstrar descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais.*¹⁹

Da mesma forma, preleciona Carlos Roberto Gonçalves, ao dizer que o ânimo da pessoa que sofre a lesão moral é consequência desta e não a lesão em si, sendo aquela contingente e variável e não um indicativo de que o dano ocorrerá.²⁰

Por certo que, segundo Gustavo Tepedino, a jurisprudência oscila quanto à “delimitação objetiva da noção de dano moral” tendo decisões mais ampliativas, entendendo que basta restar evidente o dano, e outras mais restritivas, considerando que para ensejar indenização por dano moral deve a lesão causar um estado anímico significativo²¹.

O fato é que a inexistência de parâmetros objetivos para aferição do dano moral, bem como, a eclosão de demandas indenizatórias que veiculam, por vezes, “excessos inaceitáveis, com

¹⁸ Ob. cit., p. 101.

¹⁹ Ob. cit., p. 108.

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 9º ed. rev. de acordo com o novo Código Civil. SP: Saraiva, 2005, p. 565.

²¹ Ob. cit., p. 340.

exageros que podem comprometer a própria dignidade do instituto”²², fazem surgir um problema de ordem prática e de certa forma conceitual, o que faz com alguns operadores do direito, generalizando as situações, invoquem argumentos que, de certa forma, remetem, à teoria negativista da reparabilidade, favorecendo, assim, a impunidade.

Com efeito. Como assegurar os direitos do homem, sem uma efetiva proteção dos únicos direitos capazes de compor a sua personalidade e lhe assegurar o mínimo de dignidade e realização pessoal. Se permitimos que uma lesão à moral humana fique sem a devida reparação, por conta de demandas sem fundamento ou pelo fato da indenização ser fixada pelo juiz, atuaremos contra o direito e o sentimento de injustiça reinará, o que não é mais compatível com o estágio atual da sociedade.

Neste contexto, reconhece-se a plena possibilidade da existência de um dano moral reflexo ou indireto, visto que haverá casos em que um evento danoso envolvendo determinada pessoa surtirá efeitos em outras pessoas, e igualmente afrontar os direitos da personalidade destas, logo, as vítimas indiretas do evento teriam um interesse de buscar em juízo a compensação do seu bem jurídico violado - legitimidade para reclamar direito próprio, decorrente de dano que se originou concomitantemente e em decorrência de dano da vítima direta.

Entende-se, então, por dano moral reflexo, indireto ou em ricochete aquele que atinge direito personalíssimo de um indivíduo sem que a conduta do agente causador do dano tenha sido diretamente direcionada àquele, mas a pessoa com quem tenha uma relação de afeto seja por vínculo familiar ou de convivência, independentemente da existência de um vínculo econômico, lhe sendo conferido o direito de pleitear a devida reparação.

Por óbvio, se o dano moral encontrou muita resistência no seu reconhecimento, mais ainda a sua feição reflexa.

²² CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 3ª ed. rev. ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: RT, 2005, p. 20.

Por certo que, em primeiro momento da história do dano, vingou nos nossos Tribunais a tese de que somente existiria dano moral quando houvesse o dano patrimonial (teoria eclética).

Logo, no caso dos pais que pleiteassem, em decorrência de conduta ilícita de outrem, a reparação em razão da morte de um filho menor, aqueles não fariam jus a qualquer indenização, quer patrimonial (através de pensão alimentar) ou moral, visto que se entendia que, diante da impossibilidade jurídica e às vezes fática de o menor contribuir para a manutenção do lar, não havia prejuízo econômico, pelo que não se podia falar em indenização. Decerto que danos morais, “como parcela autônoma, somente seriam indenizáveis se ofendida a própria vítima do acidente, em sua integridade física”²³, nunca os atingidos pela via reflexa.

Contudo, era inegável que a morte de um filho, independente de sua idade, provocava dano moral sem precedentes, o que fazia com que essas decisões deixassem um sentimento de injustiça e impunidade.

Assim, neste contexto, antes do advento da Constituição Federal de 1988, veio a súmula 491 do Supremo Tribunal Federal que dispunha, que independente de contribuir ou não para a manutenção da família, o dano decorrente da morte do filho menor era indenizável, sendo tal súmula aplicada para assegurar uma reparação patrimonial pelo fato de os pais terem perdido o que haviam investido no filho com educação e na expectativa frustrada de ver realizado a potencialidade econômica deste²⁴.

Como assevera Humberto Theodoro Júnior:

Como a exegese então dominante não autorizava a indenização de dano puramente moral, a não ser nas hipóteses excepcionais cogitadas em leis expressas, o Supremo Tribu-

²³ CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3ªed. rev. ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: RT, 2005, p. 81.

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 9º ed. rev. de acordo com o novo Código Civil. SP: Saraiva, 2005, p. 574.

*nal Federal qualificava a morte do menor, na espécie, como representativa de um dano econômico “potencial”.*²⁵

Com a entrada em vigor da Constituição Federal, houve uma mudança de paradigma, passando os Tribunais a admitir a ampla reparação do dano moral, passando-se a entender que somente seria aplicável a súmula 491 do Supremo Tribunal Federal quando ficasse comprovado que o menor contribuía para a renda familiar, caso em que seria possível a cumulação com o dano moral, o que sempre se verificaria no caso da morte do menor. Caso o menor não trabalhasse, caberia aos pais tão somente dano moral pela perda de um filho, reconhecendo-se, assim, a existência do dano moral reflexo.

Difere das hipóteses de transmissibilidade do dano moral, vez que esta envolve direito sucessório.

Assim, se a vítima direta do dano que promove a demanda indenizatória, contudo vem a falecer no curso deste processo, como estamos diante de ação com natureza patrimonial, o espólio a sucederá no processo (Resp 296.391/RJ).

Vale colacionar posicionamento do Superior Tribunal de Justiça através do seguinte acórdão:

Administrativo e processual civil. Recurso especial. Ação de reparação de danos materiais e morais. Responsabilidade objetiva do Estado. Acidente em via pública. Ausência de sinalização quanto à existência de obras inacabadas. Lesões comprovadas. Acórdão que condenou o Município apoiado em matéria constitucional (art. 37, § 6º, CF/88) e no acervo fático-probatório dos autos. Incidência da súmula 07/STJ. Ausência de omissões. Vulneração do art. 535, II, CPC, não-reconhecida. Falecimento do autor no curso da ação. Legitimidade ativa do espólio. Juros moratórios. Termo a quo. Evento danoso. Súmula 54/STJ. Revisão do valor da condenação. Impossibilidade. Súmula 07/STJ. Culpa concorrente.

²⁵ Ob. cit., p. 25/26.

Inexistência. Inaplicabilidade do art. 21, e parágrafo único, CPC. 1. Tratam os autos de ação de indenização ajuizada por João Félix Filho em face do Município de Maceió objetivando reparação por danos morais e materiais decorrentes de acidente em via pública que ocasionou-lhe graves lesões físicas. No curso do processo, o autor faleceu, passando a ser representado pela viúva inventariante. A sentença julgou procedente o pedido, condenando o réu ao pagamento da importância de R\$ 25,00 (vinte e cinco reais) a título de dano material, corrigido a partir da data do evento, e R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) pelo dano moral. Acórdão do TJAL negou provimento à apelação voluntária, reconhecendo a legitimidade dos familiares para continuarem no pleito indenizatório, a responsabilidade civil do município e a incidência de juros moratórios a contar da data do dano. Recurso especial indicando infringência dos arts. 535, II, 219 e 21, parágrafo único, do CPC; e 405 do CC. 2. Inexistência de afronta ao art. 535, II, CPC. As questões suscitadas pelo recorrente foram respondidas em segundo grau, sendo despicenda a pretensão de anulação dos julgamentos proferidos. 3. O espólio, detentor de capacidade processual, tem legitimidade para, sucedendo o autor falecido no curso da ação, pleitear reparação por danos materiais e morais sofridos. Precedentes do STJ: Resp 647.562/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 12/02/2007, Resp 648.191/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 06/12/2004; Resp 470.359/RS, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 17/05/2004; AgRgREsp 469.191/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 23/06/2003; Resp 343.654/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 01/07/2002. Em sentido oposto: Resp 697.141/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 29/05/2006. 4. A ação por danos morais transmite-se aos herdeiros do autor por se tratar de direito patrimonial. (Resp 647.562/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ12/02/2007). 5. A responsabilidade objetiva do Município foi reconhecida pelo Tribunal de segundo grau com base na análise do art. 37, § 6º, da CF/88, em combina-

ção com o exame dos elementos fáticos e circunstanciais dos autos. Impossibilidade, na via estreita do recurso especial, proceder à reforma de julgamento sustentado em premissas de tal natureza. Aplicação da Súmula 07/STJ. Ainda, é relevante a circunstância de inexistência de interposição de recurso extraordinário, atraindo o verbete sumular 126/STJ.

6. *“Na seara da responsabilidade extracontratual, mesmo sendo objetiva a responsabilidade configurada nos autos, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, e não a partir da citação” (Resp 780.548/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 14/04/2008). “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.” (Súmula 54/STJ).*

7. *Não reconhecida a culpa concorrente da vítima, conforme exame do acervo fático-probatório dos autos realizado pelo Tribunal a quo, não há que se falar na aplicação do art. 21 do CPC, nem de seu parágrafo único. Ainda, rememore-se o teor do verbete sumular n. 326/STJ: “Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca”.*

8. *Os autos demonstram a condenação do município ao pagamento de R\$ 25,00 (vinte e cinco reais) a título de dano material, corrigido da data do evento, e R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) pelo dano moral. De plano, percebe-se que tais valores não se revelam exorbitantes ou desproporcionais. Nesses termos, tem-se que a pretensão de sua reavaliação encontra óbice na Súmula n. 7/STJ.*

9. *Recurso especial parcialmente conhecido e não-provido. (REsp 1028187 / AL Ministro José Delgado Primeira Turma DJE 04/06/2008)²⁶*

Se a vítima direta vem a falecer antes de intentar a demanda ressarcitória, há controvérsias quanto à possibilidade de transmissibilidade, decerto que há um entendimento que diz que sendo a honra um bem personalíssimo, só quem sofre violação pode pleitear

²⁶ Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 24/03/2009.

ar reparação, logo não há direito sucessório relativo aos danos morais; por outro lado, há o entendimento de que o que se transmite é o direito à indenização e não o direito personalíssimo que sempre se extingue com a morte, visto que o dano já está consumado, portanto, “cuida-se de incorporação aos patrimônios dos herdeiros daquele direito que nasceu e foi reconhecido pela própria vítima, a qual, contudo, não teve a oportunidade de iniciar ação.”²⁷

2.2. Legitimidade para Pleitear Dano Moral Reflexo, Indireto ou Ricochete

Uma vez que não está livre de apreciação pelo Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, nos termos da Constituição Federal e da legislação processual civil, uma vez nascido o direito de se pleitear em juízo a reparação ou satisfação de um direito violado, se impõe a observância de determinados requisitos que devem ser preenchidos para a legitimidade da demanda, chamada de condições da ação.

Somente aquele que teve o direito violado pode pleitear em juízo a reparação pelo dano suportado, vez que se trata de direito de próprio.

Observa Sergio Cavalieri que:

[..]os efeitos do ato ilícito podem repercutir não apenas diretamente sobre a vítima mas também sobre pessoa intercalar, titular de relação jurídica que é afetada pelo dano não na sua substância, mas na sua consistência prática. [...] é o que a doutrina convencionou chamar de dano reflexo, dano em ricochete ou, ainda, como querem outros, dano indireto. [...] o ofensor deve reparar todo o dano que causou, segundo a relação de causalidade. (...) sendo assim, somente o dano reflexo certo e que tenha sido consequência direta e imediata da conduta ilícita pode ser objeto de reparação, ficando afastado aquele

²⁷ CAVALIERI Filho, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 6ª ed. Malheiros, 2005, p. 110/113.

*que se coloca como consequência remota, como mera perda de uma chance [...]*²⁸

Assim, verificamos que se de um mesmo evento danoso, ocorrer dano moral direto (quando a conduta lesiva é direcionada diretamente à vítima) e dano moral reflexo (quando a conduta lesiva tem seus efeitos suportados por outros em razão de um vínculo afetivo com a vítima direta), ter-se-ão vítimas distintas, com direitos autônomos, portanto, com legitimidade ordinária para intentar diferentes ações indenizatórias²⁹.

Vale colacionar trecho de voto do Des. Fernando Foch, na apelação cível 2008.001.53792 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

[...] A primeira litisconsorte, hoje com oito anos de idade - tinha quatro, quando o feito foi aforado, - nasceu no Hospital Geral de Nova Iguaçu, da rede pública estadual. Não teve a sorte da irmã gêmea veio à luz com uma isquemia no braço esquerdo. Só dois dias depois foi submetida a exame por especialista, cujo veredicto foi de amputação do antebraço, logo também do braço e da mão. Com os pais, bateu as portas do Judiciário para obter a condenação de o Estado indenizá-la por danos materiais, através da prestação de pensões vitalícias, ante a incapacidade laborativa, bem assim, para si, indenização pelo evidente e inegável dano moral - nem o réu nega,- o que também é postulado por seus genitores. Supreendentemente não foi deduzido pedido de reparação estético. [...] Indaga-se: a falta de um braço não provoca discriminação na escola, por exemplo, por parte de outras crianças? E na adolescência, idade do despertar da sexualidade, idade dos flertes, dos namoricos, idade de se “ficar” com alguém, ela não sofrerá discriminação? Sofrerá. E sofrerá na idade adulta. Será discriminada até a morte:

²⁸ Ob. cit., p. 124/125.

²⁹ Resp 122.573/PR. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 24/03/2009.

ela é diferente, ela tem um braço a menos. O que dizer dos pais? A experiência comum autoriza concluir pela dor indizível dos genitores, ao verem a filha mutilada em razão nada mais, nada menos, do que o catastrófico atendimento médico dispensado na rede hospitalar pública a quem dela necessita, ou seja, quem não pode pagar atendimento particular, salvo, é claro, os que, podendo, para lá são levados em situações de emergência - cúmulo da má-sorte. Serviço público dessa deplorável qualidade pode até não resultar de uma postura ideológica de desprezo pelo pobre, de cuja inexistência cinco séculos de história não me dão certeza. Mas em qualquer caso é, em si, causador de dano moral porque revela um secular desprezo por quem não tem títulos, dinheiro e prestígio. Embora tenha dignidade ínsita à condição humana [...].³⁰

A questão que hoje impõe uma solução refere-se justamente à legitimidade para pleitear a reparação ante a lesão moral, ante a indeterminação dos ofendidos, visto que é muito dificultoso para o operador do direito delimitar quem poderá buscar a reparação.

Estamos diante de vários fatores relevantes, inclusive, referentes à subjetividade que envolve os bens da personalidade e os vínculos afetivos que a vítima direta construiu decorrente das relações familiares, noivados, amizades etc.

Humberto Theodoro Júnior nos lembra que:

Muitas vezes, mesmo sem parentesco civil, pode a pessoa ser fortemente abalada pela lesão a um ente querido como o filho de criação, o noivo, o companheiro, etc. Em outras circunstâncias, uma parente, mesmo em grau próximo, pode não manter qualquer tipo de convivência ou afetividade com a vítima do dano; pode até mesmo ignorar-lhe a existência ou ser seu desafeto. É claro que, em semelhante conjuntu-

³⁰ Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em 24/03/2009.

*ra, não haverá lugar para pleitear reparação por dano moral reflexo.*³¹

Conforme já se asseverou, a omissão legislativa acerca das especificidades envolvendo dano moral acaba por deixar nas mãos do intérprete do direito o estabelecimento de critérios para a identificação dos ofendidos no dano moral reflexo e evitar a impunidade.

Sergio Cavalieri, diante da indeterminação de ofendidos (que pode alcançar tios, sobrinhos, amigos, etc.), recorre ao princípio da razoabilidade e à aplicação por analogia da regra aplicável ao dano material constante no art. 948, II e parágrafo único do artigo 20 do novo Código Civil, “para limitar a indenização àqueles que estavam em estreita relação com a vítima, como cônjuge, filhos e pais. A partir daí, o dano moral só poderia ser pleiteado na falta daqueles familiares e dependerá de prova de convivência próxima e constante”.³²

É o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, que trazemos através dos votos da lavra do Ministro Sálvio de Figueiredo, nos recursos especiais 157.912/RJ e 160.125/DF que, em linhas gerais, diz que os familiares mais próximos ou do núcleo familiar, como pais, irmãos menores, cônjuge da vítima direta, não precisam provar o prejuízo, seja moral seja patrimonial, advindo da morte desta, portanto, o dano reflexo, nestes casos decorre *in re ipsa*.

Decerto que a dificuldade surge quando saímos do círculo familiar mais próximo, quando temos, então, que estabelecer quem é o sujeito ativo apto a pleitear a reparação moral, já que aqui não valerá a presunção *juris tantum* que existe em relação à família em sentido estrito, sendo imposto aos demais parentes ou terceiros, a obrigação de provar que o dano de fato ocorreu (através de documentos, fotos etc.) e o nexo causal.

Carlos Alberto Bittar observa que, no que se refere à solidariedade, a concorrência ou hierarquia (preferência) entre os

³¹ Ob. cit., p. 15.

³² Ob. cit., p. 109.

legitimados ativos, cada um tem direito próprio, autônomo, não excluindo o direito dos demais, o que lhes permite pretender a reparação separadamente.³³

Daí surge o problema de quantificação do dano moral reflexo quando os vários legitimados (por exemplo, os pais e irmãos menores da vítima) entram em juízo com a ação indenizatória.

Apregoa Humberto Theodoro Júnior:

*É preferível ver-se, na hipótese, o núcleo familiar como uma unidade ou uma comunidade, cuja honra foi ofendida e que, assim, se faz merecedora de reparação geral, em benefício conjunto de todos os seus integrantes. Não que uma criança não tenha honra a ser tutelada, mas é que a sua imaturidade não justificaria uma reparação isolada, fora do contexto maior da família.*³⁴

Ousamos discordar deste entendimento, pois cada um dos membros do conjunto familiar tem direito próprio, autônomo que apesar de residirem sob o mesmo teto e estarem ligados pelo mesmo evento danoso, não induz que haja entre eles uma solidariedade ativa, por certo que o juiz ao arbitrar a indenização deverá fazê-lo com razoabilidade em atenção ao direito de cada um.

Por certo que nos dizeres de Aguiar Dias:

*[...] com a outorga de uma soma global, a repartição do quantum entre as vítimas, proporcionalmente ao dano experimentado, se tornaria impossível, além de outras dificuldades que naturalmente suscitaria, sem contar que cada um intenta sua ação por direito próprio, que não depende do procedimento dos demais para prosperar. Não há, nessas hipóteses, solidariedade ativa.*³⁵

³³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 9º ed. rev. de acordo com o novo Código Civil. SP: Saraiva, 2005, p. 558.

³⁴ Ob. cit., p.17.

³⁵ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª ed. rev. atual. de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Belford Dias. RJ: Renovar, 2006, p. 1062.

Vemos, assim, que danos oriundos de morte por acidente de trabalho, perseguição política, perda de filho em casos de fato de serviço, em relação de consumo, bem como a incapacitação deste, negativas de cobertura de plano de saúde, são notadamente exemplos citados pela doutrina e adotados pela jurisprudência, em que os legitimados para pleitear a reparação serão todos aqueles que com a vítima direta do dano tenham forte ligação afetiva, mesmo que desta não dependa economicamente.

O dano decorrente do abalo de crédito, de ações de cobrança só se verificarão na via reflexa se a vítima indireta provar a ocorrência do dano e que foi submetido aos efeitos, como por exemplo, a cobrança ser ilegítima e ser feita de forma a provocar constrangimentos, vexames aos familiares, por certo que a solidarização do cônjuge ou dos outros membros da família com os transtornos sofridos pela vítima direta, não gera presunção absoluta de danos morais por ricochete.

Com efeito, constatamos que a jurisprudência, em algumas hipóteses fáticas, reconhece o dever de indenizar a vítima direta do evento, bem como as pessoas que com ela tenham vínculo familiar.

Vale trazer acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em que reconheceu a ocorrência do dano moral indireto, o nexu causal e a titularidade da esposa da vítima direta diante da negativa de atendimento médico em situação de emergência³⁶:

Embargos de declaração. Decisão monocrática fundada no art. 557 do CPC. Ocorrência de omissão. Vício que ora se sana. Pleito também formulado pela esposa. Dano moral em ricochete. Negativa da prestação de serviços médicos que abala não só a integridade psicológica do paciente, como também a de seus familiares próximos, os quais são alcançados pelo sofrimento de ver seu ente querido submetido a extrema aflição e angústia ante a impossibilidade

³⁶ Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em 29 jan. 2009.

de obter o tratamento indispensável à manutenção de sua saúde e de sua vida, sofrendo, portanto, de forma reflexa, o dano moral causado a ele. Jurisprudência dominante no eg. STJ. Quantum reparatório de R\$ 10.000,00 hábil a minimizar o abalo emocional sofrido pela esposa do paciente que o acompanhou na via tortuosa da busca pela cobertura do procedimento médico urgente. Pleito de majoração do percentual dos honorários sucumbenciais, que não merece acolhida, posto que a lide é de pouca complexidade e sem incidente processual. Parcial provimento dos embargos de declaração. (2008.001.58809 - Apelação Cível. Des. Celia Meliga Pessoa - Julgamento: 18/12/2008 - Decima oitava Câmara Cível).

III - CONCLUSÃO

À guisa das considerações feitas, pode-se concluir que, em um primeiro momento, a reparação moral passou por diversas fases no universo social, sendo associada, inicialmente, à imoralidade por impor um pagamento de um valor pela violação de um bem imaterial, contudo, com a ordem jurídica constitucional que se instaurou, firmou-se o seu reconhecimento.

Vimos que a reparação para o dano moral não busca dar um preço para um bem personalíssimo violado, mas dar equivalência, conforto à vítima, trazendo-lhe senso de justiça e afastando a impunidade.

Concluiu-se que, de acordo com o novo enfoque constitucional, a melhor tese é aquela que sustenta ser o dano moral uma ofensa à cláusula geral de tutela da pessoa humana³⁷, o que vem a demonstrar claramente que o bem violado no dano moral é distinto da natureza do bem violado no dano material.

Sob esta perspectiva, vimos que os direitos da personalidade como objeto do dano moral não se restringem àqueles previstos na legislação civil, podendo abarcar qualquer bem imaterial, que

³⁷CAVALIERI Filho, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 6ª ed. Malheiros, 2005, p. 101/102.

deve ser constatado em cada caso concreto, com base na “cláusula geral de tutela da pessoa humana”³⁸.

Assim, haverá casos em que será admitido o dano moral indireto ou reflexo, pois, sendo todos os seres humanos titulares de direitos personalíssimos, nada mais justo que de um evento danoso que produza uma série de efeitos, que alcancem tanto a vítima direta quanto a indireta, faça surgir para cada uma direitos autônomos a serem ressarcidas, por certo que não será lícito fixar um valor indenizatório global.

Pudemos verificar, em linhas gerais, que o dano moral reflexo não se confunde com a possibilidade de transmissibilidade da reparação pelo dano moral.

Por fim, concluímos que, em atenção ao princípio da Razoabilidade, haverá limitação quanto ao número de ofendidos indiretos que teriam direito de pleitear a reparabilidade, sendo que em relação a indivíduos e casos específicos haverá uma presunção que de fato o dano ocorrerá, enquanto que nos demais casos, será imprescindível a prova do dano e do reflexo deste. 📄

³⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 128.