



Rogério Donnini: Não existe no Brasil uma indústria das indenizações

28/08/2013

Há poucos dias, o site do Superior Tribunal de Justiça divulgou notícia que pelo título deveria ser motivo de orgulho: “STJ aumenta valor de danos morais por falta de autorização para cirurgia de emergência”.^[1] Contudo, o aumento noticiado foi de 3 para 8 mil reais e isso nos fez refletir mais uma vez sobre o tema, visto que esse “aumento” não nos parece dissuasório às atividades lesivas.

Já é uma obviedade que apenas pequena parte das pessoas lesadas no Brasil se socorrem do Judiciário. A maioria se vê desestimulada a despender recursos, esforços e tempo na busca pela reparação, sobretudo em razão da ciência de que o sucesso na demanda não significará nem de longe uma reparação justa, pois, em regra, os valores fixados são diminutos, representando verdadeiro prêmio aos infratores, que não raro fazem cálculos atuariais sofisticados e se enriquecem sem causa legítima mediante o cometimento de danos. E aqui surge a importância da prevenção de danos pela firme atuação do Judiciário, com fixação de quantias que ultrapassem a barreira das primeiras dezenas de milhar.

Como já tivemos a oportunidade de escrever^[2], o princípio *neminem laedere* consta do *Digesto* ^[3] (*Pandectas*), uma das partes do *Corpus Juris Civilis* ou Código Justinianeu, do Imperador Justiniano, de 526 d.C., que abarca as *Institutas* ou *Instituições* (*Institutiones*)^[4], o Código (*Codex*), consistente de uma coleção sistemática de leis e decretos imperiais, e as *Novelas* (*Novellae Constitutiones*), que eram novas leis imperiais^[5].

No *Digesto* 1.1.10.1 (Ulpiano)^[6], entre os três preceitos do direito há o *neminem laedere* (*alterum non laedere*), não lesar a outrem, que é utilizado como fundamento para a teoria da responsabilidade civil, ao lado de outros dois preceitos: viver honestamente e dar a cada um o que é devido (*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* – “Os preceitos do direito são estes: viver honestamente, não lesar a outrem, dar a cada um o que é seu”).

A origem desses preceitos, no entanto, é grega. Em meados da República (510 a.C. até 27 a.C.), Roma conquistou a Grécia e absorveu sua cultura do período *helenista*, especialmente na retórica, didática, filosofia, oratória e literatura. Na filosofia, os destaques foram as lições de Epicuro ou a corrente filosófica conhecida como Epicurismo^[7], assim como o Estoicismo^[8], que se originou com a Escola de *Stoa*, fundada por Zenão e Cício, em Atenas, no ano 300 a.C. e representou a comunhão de uma variada gama de pensadores por muitos séculos. Essa corrente filosófica dominou a cultura romana, influenciando muitos juristas do período clássico ^[9], que compreende o interregno entre a *Lex Aebutia* (146 a.C) e o término do reinado de Diocleciano, em 305 d.C., e que continua a influenciar o pensamento ocidental.

O Aristotelismo e o Estoicismo foram as doutrinas filosóficas que mais influenciaram o pensamento ocidental. A primeira corrente, com a teoria da justiça, teve influência direta na

Antigüidade e na Idade Média. Da sua noção de ética surgem os sistemas filosóficos da Escolástica[10] e o Tomismo[11], além de vários outros pensamentos filosóficos dos séculos XIX e XX. O estoicismo (segunda corrente), formada pelos filósofos Cleante de Axo, Crisipo de Soles e, posteriormente, Cícero, Sêneca, além de seus fundadores Zenão e Cício, traduz a idéia de que a natureza é dominada pela razão e, desta forma, o natural também é racional. Portanto, o direito natural[12] e o direito da razão coincidem e correspondem ao *Logos* e, assim, à essência do justo, o que leva ao ético.

O primeiro preceito de Ulpiano (*honeste vivere*) retrata a moral estóica, que considera a honestidade um bem supremo. Para o Estoicismo, a virtude está acima de tudo e é imposta por todo o universo, visto que a natureza é dominada pela razão e esta regula a natureza do homem. Em sendo assim, o que corresponde à razão prática e, dessa forma, às concepções da ética é, simultaneamente, natural.

Na Grécia antiga, a noção de correção estava relacionada ao respeito dos direitos da outra parte, com a realização daquilo que foi prometido. Sobre essa ação justa, correta, exemplificada por Aristóteles em sua obra *Ética a Nicômaco*, V. 2.12, resultou na denominada *iustitia commutativa*[13].

Honeste vivere, no direito justineu, significa não apenas honestidade, mas uma noção bem mais ampla, que compreende a boa-fé (*bona fides*), a idéia de justiça e também de lealdade.[14]

O preceito *suum cuique tribuere* traz a ideia do justo e do injusto, enfatizada, entre outros, por Sócrates, Platão e especialmente por Aristóteles e indica a *justiça distributiva* (*iustitia distributiva*), que trata da divisão de dignidades, das funções e das vantagens sociais, não com base na igualdade estrita, mas na idéia de proporcionalidade[15].

O preceito *alterum non laedere* ou *neminem laedere* (“a ninguém ofender”, “não lesar a outrem”), demonstra, com clareza, a filosofia de Epicuro, que considera o direito o resultado de um compromisso de utilidade, com o escopo de os homens não se prejudicarem uns aos outros. Trata-se de uma regra básica do Direito Natural.

A doutrina de Epicuro, conhecida também por meio das obras de Cícero e Lucrécio, influenciou diretamente o *contratualismo*[16] e o *utilitarismo*[17] modernos, com Hobbes, Locke e Bentham. No direito atual há uma real tendência, cada vez mais latente, de não se desviar da busca do justo, não negar o justo, mas reduzir o justo ao útil, diante de sua mais fácil percepção, na busca do bem-estar[18].

Portanto, a ideia de não ofender a outrem, considerado elemento negativo da justiça, idealizado muito antes do *Digesto*, nos dá a exata noção do princípio *neminem laedere*, que indica verdadeiro limite, real empecilho à livre ação ou omissão que prejudique outrem, que abrange não apenas a noção de reparação do dano, mas, antes de tudo, sua prevenção.

A evolução da Responsabilidade Civil e seus pressupostos

Responsabilidade, do latim *respondere*, de *spondeo*, advém da obrigação resultante no Direito Romano arcaico, Direito *Quiritário*[19], na época da Realeza, período compreendido entre as origens de Roma e 510 a.C., em que o devedor, nos contratos verbais, se vinculava (*ob+ligatio*,

ato de vicular, ligar) ao credor, por meio de uma indagação e resposta: *Spondesne mihi dare Centum? Spondeo* (Prometes dar-me um cento? Prometo)[20].

A noção de responsabilidade civil, anteriormente à *Lex Aquilia* (século III a. C.), tinha características primitivas, pois a existência de um dano acarretava a imposição de uma pena, sem qualquer análise dos fatos que poderiam gerar essa lesão. Nos Códigos de Hamurabi (aproximadamente 1780 a.C.) e de Manu (data aproximada entre 1300 e 800 a. C.) a ideia de responsabilidade civil era rudimentar, pois a noção genérica de dano era confundida com dolo, que sempre existia na hipótese de existência de um prejuízo.

No direito romano, posto inegável a evolução da responsabilidade civil, não havia uma teoria que tratasse desse tema. No direito romano pré-clássico[21] havia a noção de delito, que dava origem à responsabilidade. Entretanto, predominava nessa fase a vingança privada. Na Lei das XII Tábuas (450 a.C.)[22], embora ainda a vingança (*vindicta*) nessa fase fosse privada, a intervenção do poder público já sucedia, com o escopo de discipliná-la[23]. Nessa mesma lei pode-se observar uma efetiva evolução da responsabilidade civil, com a possibilidade de composição voluntária[24].

A maior transformação na responsabilidade civil ocorreu com a *Lex Aquilia*[25], que deu nome à responsabilidade extracontratual ou delitual (aquiliana), nascedouro, para alguns doutrinadores, do elemento *culpa* para a caracterização do delito[26]. Nessa mesma lei foram substituídas as penas fixas (indenização tarifária) por uma pena proporcional ao prejuízo causado[27].

A ideia de responsabilidade civil é a do *neminem laedere*. No entanto, é necessária a existência de dano para que exista o dever de reparação pelo agente causador. Aquele, portanto, que viola, fere o direito e causa dano a uma pessoa comete ato ilícito e tem o dever de reparar esse prejuízo. É o que estabelece o artigo 186, combinado com o artigo 927 do Código Civil brasileiro.

No texto constitucional há vários preceitos que regulam não apenas a imputação civil dos danos, mas também a sua prevenção. O artigo 5º, V, estabelece o direito de resposta, assim como a indenização por dano material, moral e à imagem[28]. No inciso X desse mesmo artigo regula, de maneira efetiva, a proteção a alguns dos direitos da personalidade (intimidade, vida privada, honra e imagem) e a reparação de danos pela violação desses direitos.

O dispositivo constitucional que completa o princípio *neminem laedere* é o artigo 5º, XXXV, que estatui: “a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Ao estabelecer o direito de ação, destina-se esse dispositivo, também, à prevenção de danos, com a determinação de que caberá ao Poder Judiciário apreciar a ameaça a direito. Há, ainda, previsão específica relativa à prevenção de danos ao patrimônio cultural e sua eventual reparação (CF, artigo 216, § 4º).

A dignidade da pessoa humana (CF, artigo 1º, III), como um princípio superior que não autoriza a ofensa física ou moral e protege a vida digna, ou seja, ultrapassa a proteção prevista no artigo

5º, *caput*, da Constituição Federal (inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade), com o escopo de dar-lhe dignidade, respaldada no artigo subsequente (artigo 6º, *caput*), para propiciar uma vida com educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade, à infância e aos desamparados. E isso significa a antiga e, ao mesmo tempo, atual exigência do princípio *neminem laedere*.

No âmbito das relações de Direito Civil, o princípio da solidariedade tem aplicação por meio da função social dos institutos de direito privado, como a propriedade e os contratos, sem nos olvidarmos do artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942)[29], que determinava e continua a determinar que na aplicação da lei o magistrado deve atender à sua finalidade social e às exigências do bem comum.

Com a *civilização* do Direito Constitucional, expressão utilizada já em meados dos anos 1990 pelo professor Rui Geraldo Camargo Viana[30], o tema responsabilidade civil deve ser examinado a partir da Constituição Federal, diante da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, por força do disposto no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, quando determina que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

A prevenção de danos é, portanto, um direito fundamental e a exemplo do que sucede com os demais direitos dessa natureza, têm eficácia e efetividade nas relações de direito privado.

Atualmente, cada vez mais se exige do Estado e da sociedade a prevenção do *eventus damni*. Não mais se admite apenas a reparação do prejuízo suportado que, muitas vezes, se torna despidendo ou mesmo inócua, se a lesão é de grande extensão e atinge um número considerável ou indefinido de pessoas (danos coletivos ou difusos), mas sua prevenção.

Nas relações de consumo há disposição expressa quanto à prevenção de danos, consoante se verifica do artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990): “São direitos básicos do consumidor: ...VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.” Essa prevenção refere-se à postura, num primeiro momento, que os fornecedores devem ter para que o evento danoso não ocorra, evitando, assim, que haja prejuízo aos consumidores ou terceiros, com práticas preventivas como o *recall* (recolhimento de produtos defeituosos ou a substituição de peças inadequadas)[31]. Num segundo momento, cabe ao Poder Público essa incumbência, seja por intermédio de sanções administrativas (artigo 55 do CDC) ou por meio da tutela jurisdicional (artigos 83 e 84 do CDC), sempre com o escopo de evitar o dano[32].

Nas relações regidas pelo Código Civil, é inegável que a maior preocupação sempre esteve diretamente relacionada ao *princípio da imputação civil dos danos*[33], isto é, com o dever de reparação do dano causado (CC, 186 e 927).

Todavia, a real e efetiva prevenção de danos sucede com a fixação do valor de desestímulo quando do arbitramento da indenização. Diferentemente do *punitive damages* do direito norteamericano, o fator ou valor de desestímulo não tem qualquer relação com o valor de eventual

reparação material, pois é dever do Judiciário fixar valor da indenização a ponto de não mais estimular a prática do ato danoso pelo ofensor.

Portanto, previne-se o dano com a fixação de valores indenizatórios que, efetivamente, inibam o agente. Não é, contudo, o que se verifica, em regra, em nosso país. Propaga-se a falsa ideia de uma “indústria das indenizações” que, em verdade, não existe, pois o que se constata é uma frequente e desmesurada violação de direitos por parte do Estado, dos fornecedores, nas relações entre particulares e, em vários casos, a fixação de valores indenizatórios que, contrariamente ao princípio *neminem laedere*, incentiva novos eventos danosos, primeiro porque os infratores apostam na parcimônia das indenizações, segundo porque sabem que inúmeros lesados não chegarão a buscar o Judiciário para que sejam reparadas os danos sofridos. Estamos, assim, diante de uma “indústria das lesões”.

O fato de existirem muitos pleitos indenizatórios e alguns deles absolutamente descabidos não justifica a asserção genérica de que entre nós os pleitos indenizatórios são exagerados e criados com o intuito de enriquecimento injusto. Embora existam situações dessa natureza, que devem ser coibidas mediante penalidades pesadas por litigância de má-fé ou ato atentatório à dignidade da justiça, inegavelmente a grande maioria dos pedidos atinentes a indenizações decorrem da efetiva violação de direitos patrimoniais e/ou da personalidade. E mais, não há que se falar em enriquecimento sem causa, pois a parte lesada foi vítima de um dano. Em situações como essas é o infrator quem se enriquece ilicitamente e sem qualquer causa legítima, pois vale-se da timidez dos valores indenizatórios atualmente praticados e da certeza de que, de um grupo de cem lesados, apenas cinco procurarão o Judiciário.

Portanto, no Direito Civil o princípio *neminem laedere* decorre do texto constitucional (artigo 5º, XXXV) e se trata de instrumento efetivo à disposição do Judiciário para que os danos sejam efetivamente prevenidos e os infratores não sejam (mais) enriquecidos sem causa lícita, a custa da violação de direitos alheios.

[1]

http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=110567&utm_source=

[2] V. artigo de nossa autoria “Prevenção de Danos e a extensão do princípio *neminem laedere*”, in Responsabilidade Civil – estudos em homenagem ao Prof. Rui Geraldo Camargo Viana, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, pp. 482/503.

[3] *Digesto*, do latim *digerere*, significa pôr em ordem. Trata-se de uma compilação de fragmentos de textos de jurisconsultos clássicos.

[4] As *Institutas* serviam como um manual de Direito Romano aos estudantes de Direito de Constantinopla (*Institutas do Imperador Justiniano*, tradução de J. Cretella e Agnes Cretella, 2ª edição, 2005, Editora Revista dos Tribunais).

[5] Eugène Petit, *Tratado Elementar de Direito Romano*, tradução de Jorge Luís Custódio Porto, Russel, Campinas, 2003, p. 87 e 88.



- [6] O Digesto, conhecido com o nome *Pandectas*, foi promulgado em 15 de dezembro de 533.
- [8] A maior preocupação do estoicismo foi de caráter ético. V. Bertrand Russell in *História do Pensamento Ocidental*, tradução de Laura Alves Aurélio Rebello, Ediouro, Rio de Janeiro, 3ª edição, 2003, p. 171.
- [9] http://helciomadeira.sites.uol.com.br/historia_arquivos/Texto003.htm (texto original de Domínio Público. Excertos extraídos e adaptados para a disciplina História do Direito, por Hécio Maciel França Madeira).
- [10] A Escolástica é a filosofia cristã da Idade Média. Arthur Kaufmann, em sua obra *Filosofia do Direito*, traduzida por António Ulisses Cortês, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2004, p. 35, esclarece que “A filosofia jurídica medieval marcada pelo Cristianismo caracterizou-se sobretudo por ter procurado filiar a nova doutrina cristã na herança da filosofia antiga (principalmente *Platão* e *Aristóteles*). Assim, a bipartição em direito natural e direito legal (positivo) foi substituída por uma tripartição em direito divino (eterno), direito natural e direito humano (positivo, temporal).”
- [11] Fundamentos da filosofia de São Tomás de Aquino, defendidos pelas correntes de filosofia medievais e modernas.
- [12] Custódio da Piedade U. Miranda, em sua obra *Teoria Geral do Direito Privado*, Del Rey, Belo Horizonte, 2003, p. 16, esclarece que “...o direito natural não é o direito de uma ordem jurídica determinada, não é contingente nem mutável, não varia no tempo nem no espaço. Não é constituído de normas jurídicas editadas por um Estado, antes de princípios universais, imutáveis e perenes.”
- [13] Helmut Coing, *Elementos Fundamentais da Filosofia do Direito*, tradução de Elisete Antoniuk, Sergio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002, p. 42, 43 e 245.
- [14] António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*. 2. reimpr. Coimbra: Livr. Almedina, 2001.
- [15] France Farago in *A Justiça*, tradução de Maria José Pontieri, Manole, 2004, p. 73.
- [16] *Contratualismo* “é a doutrina que reconhece como origem ou fundamento do Estado (ou, em geral, da comunidade civil) uma convenção ou estipulação (contrato) entre seus membros. Essa doutrina é bastante antiga e, muito provavelmente, os seus primeiros defensores foram os sofistas.” (Nicola Abbagnano, ob. cit., p. 239)
- [17] Corrente do pensamento ético, político e econômico dos séculos XVIII e XIX, desenvolvida na Inglaterra.
- [18] Michel Villey, ob. cit., p. 533 e 534.
- [19] A palavra Quiritário vem de *quiris* (lança), que era o símbolo da força e do direito usado pelos romanos na Realeza, época em que as leis apócrifas preponderavam, juntamente com os costumes dos antepassados (*mores majorum*).



[20] Álvaro Villaça Azevedo, *Teoria Geral das Obrigações, Responsabilidade Civil*, Editora Atlas, 10ª edição, 2004, p. 276.

[21] Período compreendido entre as origens de Roma (aproximadamente 800 a.C.) e 149 a.C. V. José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, vol. I, Editora Forense, 13ª edição, 2004, p. 2.

[22] A palavra código deriva do latim *codex*, que provém de *caudex* (tronco de árvore). Daí a origem da palavra tábua.

[23] Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade civil*, 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 2.

[24] É o que se constata da Tábua VIII, Lei III: “Para a fratura de um osso de um homem, pena de 300 *asses*; a um escravo, pena de 150 *asses*”

[25] A *Lex Aquilia* surgiu de um plebiscito na República (século III a.C.) e regulamentou, de maneira mais ampla, os danos passíveis de reparação, sem a aplicação a todas as espécies de danos, cabendo à jurisprudência, posteriormente, essa extensão. V. Eugène Petit, ob. cit., p. 614 e 615.

[26] Rudolph von Ihering, *O espírito do direito romano*, v. 3, tradução de Rafael Benaion, Alba, Rio de Janeiro, 1943, e Leonardo A. Colombo, *Culpa aquiliana (cuasidelitos)*, 3ª edição, Buenos Aires, La Ley, 1965, p. 94, entre outros. Em sentido contrário pode ser citado Emilio Betti (*Teoria generale delle obbligazioni*, Milano: Giuffrè, 1954, v. 3, p. 37), para quem a culpa não era elemento constitutivo do delito na *Lex Aquilia*.

[27] Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit., p. 4.

[28] V. Oduvaldo Donnini e Rogério Ferraz Donnini, *Imprensa livre, dano moral, dano à imagem, e sua quantificação à luz do novo Código Civil*, Editora Método, 2002.

[29] “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

[30] Nas aulas de mestrado/doutorado na PUC-SP e USP.

[31] V. Rogério Ferraz Donnini, *Responsabilidade civil pós-contratual*, Saraiva, 2ª edição, 2007, p. 133.

[32] José Geraldo Brito Filomeno, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Forense Universitária, 8ª edição, 2004, p. 140 e 141. V, ainda, Luiz Antonio Rizzatto Nunes, *Curso de Direito do Consumidor*, Saraiva, 2004, p. 711 e s., e Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 155.

[33] Rosa Maria de Andrade Nery, *Introdução ao Pensamento Jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado*, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 261/266.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2013-ago-28/rogerio-donnini-nao-existe-brasil-industria-indenizacoes/>