

**FACULDADE DE CIÊNCIA E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – FACER
CURSO DE DIREITO**

SOLANGE DA SILVA SANTOS FERREIRA

O DANO MORAL: FIXAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO

**RUBIATABA – GO
2007**

**FACULDADE DE CIÊNCIA E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – FACER
CURSO DE DIREITO**

SOLANGE DA SILVA SANTOS FERREIRA

O DANO MORAL: FIXAÇÃO DO QUANTUM IDENIZATÓRIO

Monografia apresentada a Faculdade de Ciências e Educação e Rubiataba- FACER como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do professor Samuel Balduino Pires da Silva

RUBIATABA – GO
2007

SOLANGE DA SILVA SANTOS FERREIRA

O DANO MORAL: FIXAÇÃO DO *QUANTUM* IDENIZATÓRIO

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE GRADUADO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO: _____

Orientador: _____

Samuel Balduino Pires da Silva
Especialista em Direito Civil e Processo Civil

Professor de Monografia: _____

Geruza Oliveira Silva
Mestre em Sociologia

Examinador: _____

Luciano do Valle
Especialista em Direito Civil

Rubiataba 18de dezembro 2007

DEDICATÓRIA

**Ao meu cônjuge Vanderlei Ferreira.
Por que é amigo, companheiro, compreensivo,
dedicado!
Por que chorou minhas lágrimas e sorriu o meu
sorriso!
Por que se alegrou quando estive alegre!
Por que me deu forças quando estive triste
Por que acreditou e apostou em meu sucesso.
Ele tem profunda admiração pela esposa!!!**

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus! Alfa e Omega. Princípio e Fim. Onipotente, Onisciente, Onipresente. Força inabalável, Bênçãos incomensuráveis. Proteção infalível. Todas as vezes que me sentia triste dirigia uma oração a Ele e do alto me sobrevinha o socorro. Na verdade me faltam palavras para expressar os meus agradecimentos e sentimentos ao Altíssimo Deus.

RESUMO: EMBORA O DANO MORAL SE APRESENTE COMO ALGO RAZOAVELMENTE NOVO NO DIREITO BRASILEIRO, TRATA-SE DE UM INSTITUTO ANTIGO, QUE SE DESTACA AOS DEMAIS, TUTELANDO O SER HUMANO EM SUA INTEGRALIDADE. A REPARAÇÃO DO DANO MORAL É UM CONSECUTÁRIO QUE EXISTE DESTE A ANTIGUIDADE. PODE-SE CONCLUIR QUE, DESDE OS PRIMÓRDIOS JÁ SE RECONHECIA O DANO MORAL, SENDO QUE TAL REPARAÇÃO NADA TINHA A VER COM PECÚNIA. QUANDO VIGORAVAM AS ORDENAÇÕES DO REINO (BRASIL COLÔNIA), NÃO HAVIA QUALQUER REGRA EXPRESSA SOBRE O RESSARCIMENTO DO DANO MORAL, SENDO QUE ERA MUITO QUESTIONÁVEL QUALQUER AFIRMAÇÃO DE TAL POSSIBILIDADE NAQUELE MOMENTO HISTÓRICO, CONTUDO PERSISTEM AINDA HOJE INDAGAÇÕES ACERCA DA SUA ADMISSIBILIDADE E QUANTO A APURAÇÃO DO SEU *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. COM O ADVENTO DO PRIMEIRO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, OBSERVOU-SE QUE NELE CONTINHA AS PRIMEIRAS DEFESAS DA TESE DE RESPONSABILIDADE DO DANO MORAL. COM SEU PLEITO CRESCENTE NO DIREITO PÁTRIO, O DANO MORAL (OU SEGUNDO ALGUNS, EXTRAPATRIMONIAL, OU AINDA IMATERIAL) VEM ALCANÇANDO DESTAQUE DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL. A IMPORTÂNCIA DESTE INSTITUTO TEM SE FIRMADO COM O AGLOMERADO NÚMERO DE AÇÕES DE REPARAÇÃO CIVIL, REQUERENDO INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAIS, CUMULADAS OU NÃO COM DANOS MATERIAIS E ESTÉTICOS. NÃO SE PODE NEGAR QUE VIERAM LEIS ESPECIAIS REGULANDO ESPECIFICAMENTE O ASSUNTO, QUE SERÁ DEMONSTRADO NO PRESENTE TRABALHO, QUANDO FOR FALADO DA DISCIPLINA JURÍDICA. O DANO MORAL É AQUELE QUE, NO MAIS ÍNTIMO DE SEU SER, PADECE QUEM TENHA SIDO LASTIMADO EM SUAS AFEIÇÕES LEGÍTIMAS, E QUE SE TRADUZ EM DORES E PADECIMENTOS PESSOAIS. O DANO MORAL CONSTITUI UMA LESÃO AOS DIREITOS EXTRAPATRIMONIAIS DE NATUREZA SUBJETIVA, QUE, SEM ABRANCAR OS PREJUÍZOS QUE SÃO RECUPERÁVEIS POR VIA DO DANO DIRETO, RECAEM SOBRE O LADO ÍNTIMO DA PERSONALIDADE (VIDA, INTEGRIDADE FÍSICA OU MORAL, HONRA, LIBERDADE) E NÃO EXISTE QUANDO SE TRATA DE UM SIMPLES PREJUÍZO PATRIMONIAL. EXISTE, PARA TODOS, UMA OBRIGAÇÃO GENÉRICA DE NÃO PREJUDICAR, COMO EXISTE UM DIREITO, TAMBÉM GENÉRICO, DE SER RESSARCIDO, QUE ASSISTE A TODA PESSOA QUE INVOQUE E PROVE QUE FOI AFETADA EM SEUS SENTIMENTOS. O SIMPLES DESCONFORTO NÃO JUSTIFICA INDENIZAÇÃO. INICIALMENTE, PARA A IMENSA MAIORIA, OS DANOS MORAIS NÃO PODIAM SER CUMULADOS COM OS DANOS MATERIAIS, POIS ESTES ABSORVIAM AQUELES. ENTÃO SE PASSOU A INADMITIR OS PEDIDOS DE CUMULAÇÃO SEMPRE QUE OS DANOS ADVIESSEM DO MESMO FATOS.

PALAVRAS-CHAVE: DANO MORAL, INDENIZAÇÃO, EXTRAPATRIMONIAL, PECÚNIA, *QUANTUM*.

ABSTRACT: ALTHOUGH THE PAIN AND SUFFERING IF PRESENTS AS SOMETHING NEW REASONABLE IN THE BRAZILIAN RIGHT, IN TRUTH AN OLD INSTITUTE, THAT IF DETACHES TO EXCESSIVELY, TUTORING THE HUMAN BEING IN ITS COMPLETENESS. THE REPAIRING OF THE PAIN AND SUFFERING IS A CONSEQUENCE THAT EXISTS OF THIS THE ANTIQUITY. CAN TO CONCLUDE THAT, SINCE THE BEGINNINGS ALREADY RECOGNIZED THE PAIN AND SUFFERING, BEING THAT SUCH REPAIRING NOTHING HAD TO SEE WITH MONEY. WHEN THEY INVIGORATED THE ORDINANCES OF THE KINGDOM (BRAZIL COLONY), DID NOT HAVE ANY EXPRESS RULE ON THE COMPENSATION OF THE PAIN AND SUFFERING, BEING THAT QUESTIONABLE AGE VERY ANY AFFIRMATION OF SUCH POSSIBILITY AT THAT HISTORICAL MOMENT, HOWEVER STILL PERSISTS TODAY INVESTIGATIONS CONCERNING ITS ADMISSIBLE AND HOW MUCH THE VERIFICATION OF ITS QUANTUM INDEMNITY. WITH THE ADVENT OF THE FIRST BRAZILIAN CIVIL CODE, IT OBSERVED THAT IN IT CONTAINED THE FIRST DEFENSES OF THE THESIS OF RESPONSIBILITY OF THE PAIN AND SUFFERING. WITH ITS INCREASING LAWSUIT IN THE NATIVE RIGHT, THE PAIN AND SUFFERING (OR ACCORDING TO SOME, EXTRA RICHES, OR STILL INCORPOREAL) COMES REACHING DOCTRINAL PROMINENCE AND JURISPRUDENCE. THE IMPORTANCE OF THIS INSTITUTE IF HAS FIRMED WITH THE ACCUMULATION NUMBER OF CIVIL ACTION FOR LIABILITY, REQUIRING INDEMNITIES FOR PAIN AND SUFFERING, CUMULATED OR NOT WITH MATERIAL AND AESTHETIC DAMAGES. NOT IF IT CAN TO DENY THAT THEY HAD COME LAWS SPECIFICALLY SPECIAL REGULATING THE SUBJECT, THAT WILL BE DEMONSTRATED IN THE PRESENT WORK, WHEN WILL BE SPOKEN OF DISCIPLINES LEGAL. THE PAIN AND SUFFERING IS THAT ONE THAT, IN CLOSEST OF ITS BEING, SUFFERS WHO HAS BEEN LAMENT IN ITS LEGITIMATE AFFECTIONS, AND THAT IT EXPRESSES PAINS AND PERSONAL SUFFERINGS. THE PAIN AND SUFFERING CONSTITUTES AN INJURY TO THE EXTRA RICHES RIGHTS OF SUBJECTIVE NATURE, THAT, WITHOUT ACCUMULATING OF STOCKS THE DAMAGES THAT ARE RECOVERABLE FOR SAW OF THE DIRECT DAMAGE, FALLS AGAIN ON THE CLOSE SIDE OF THE PERSONALITY (LIFE, PHYSICAL OR MORAL INTEGRITY, HONOR, FREEDOM) AND DOES NOT EXIST WHEN IT IS ABOUT A SIMPLE PATRIMONIAL DAMAGE. A GENERIC OBLIGATION EXISTS, FOR ALL, NOT TO HARM, AS A RIGHT EXISTS, ALSO GENERIC, OF BEING REPAID, THAT IT ATTENDS ALL PERSON WHOM IT INVOKES AND IT PROVES THAT IT WAS AFFECTED IN ITS FEELINGS. THE SIMPLE DISCOMFORT DOES NOT JUSTIFY INDEMNITY. INITIALLY, FOR THE IMMENSE MAJORITY, THE PAIN AND SUFFERING COULD NOT BE CUMULATED WITH THE MATERIAL DAMAGES, THEREFORE THESE ABSORBED THOSE. THEN THE UNACCEPTABLE WAS ALWAYS TRANSFERRED THE ACCUMULATION ORDER THAT THE DAMAGES HAPPENED OF THE SAME FACT.

WORDS-KEYS: PAIN AND SUFFERING, INDEMNITY, EXTRA RICHES, MONEY, QUANTUM.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
I. DANO MORAL: ABORDAGEM HISTÓRICA	13
1.1 O Código de Ur – Nammu	13
1.2 O Código de Hamurabi	14
1.3 As Leis de Manu	15
1.4 O Egito	15
1.5 Grécia Antiga	16
1.6 Direito Romano	17
1.7 O Direito Lusitano	18
1.8 O Alcorão	18
1.9 A Bíblia	19
1.10 O Direito Canônico	19
1.11 O Moderno Direito Português	20
1.12 Evolução Histórica Legislativa no Brasil	20
II. DANOS MORAIS: ALGUMAS INTERPRETAÇÕES	22
2.1 Conceito de dano moral	22
2.2 A configuração do dano moral	23
2.3 A disciplina jurídica	25
2.3.1 Direito Constitucional	25
2.3.2 Direito Penal	26
2.3.3 Direito do Trabalho	26
2.3.4 O Direito civil brasileiro	26
2.4 O Dano moral previsto em Leis especiais	26
2.4.1 O Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62)	27
2.4.2 O Código Eleitoral (Lei 4.737/65)	27
2.4.3 A Lei de Imprensa (Lei 5.250/67)	28
2.4.4 A Lei dos Direitos Autorais (Lei 5.988/73)	28
2.4.5 A Lei dos Danos Nucleares (Lei 6.453/77)	29
2.4.6 O Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/86)	29

2.4.7. O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8978/90)	29
2.4.8 A Lei dos Desaparecidos Políticos (Lei 9140/95)	30
2.4.9 A Nova Lei de Direitos Autorais (Lei 9610/98)	30
2.4.10 A Constituição Federal de 1988	30
2.4.11 O Novo Código Civil (Lei 10.406/02)	31
2.5 O dano moral e a jurisprudência	31
III. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA	33
3.1 Imputabilidade e Responsabilidade	34
3.2 Pressupostos da Responsabilidade Subjetiva	35
3.3 Ação ou omissão	35
3.4 Culpa ou dolo do agente	36
3.5 Relação de Causalidade	37
3.6 A prova do dano	38
IV. IMPOSSIBILIDADE DE UMA RIGOROSA AVALIAÇÃO EM DINHEIRO	40
4.1 Pautas para a mensuração do dano moral	40
4.2 Pautas de mensuração para fixação do quantum indenizatório	42
4.3 Critérios de fixação do dano moral	43
4.4 Critérios para determinação do “quantum” indenizatório	45
4.4.1 Sistema de tarifação	45
4.5 O quantum do dano moral	46
4.6 O quantum indenizatório	47
4.7 O valor do dano moral	50
4.8 O valor justo	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55

INTRODUÇÃO

Este trabalho monográfico apresenta questões relativas ao dano moral, responsável pela indústria das indenizações, muitas vezes milionárias e o quanto, na maioria das vezes, é demorada uma lide envolvendo dano moral. Um processo de indenização por dano moral pode tramitar por logor anos e, em alguns casos, o próprio requerente não tem sua pretensão satisfeita. A primeira premissa é de que não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano efetivo. Avalia-se o dano tendo em vista a diminuição ocorrida no patrimônio, de modo que a questão relativa ao dano prende-se à da indenização, dando-se relevo, pois, ao dano indenizável.

Começar-se-á, dessa maneira, com a busca de uma definição de dano moral a abarcá-lo em todo seu significado, trazendo-se, assim, os conceitos de diversos doutrinadores a fim de se encontrar uma adequação entre eles. Com essa pesquisa será possível afirmar-se que danos morais são aqueles relativos a atributos valorativos ou virtudes da pessoa como ente social integrado à sociedade, vale dizer, dos elementos que o individualizam como ser, de que se destacam a honra, a reputação e as manifestações do intelecto.

Ao indenizar, repara-se o dano causado à vítima, portanto, o prejuízo tem que ser certo. O valor recebido é apenas um lenitivo ao lesado, posto que em quase 100% (cem por cento) dos casos o dinheiro não é capaz de reparar os sofrimentos e o luto, a enfermidade e o enfeamento. Ao se analisar o dano moral e a reparação deste, há que se observar de fato a existência, além do cunho compensatório, de caráter lenitivo, de um importante aspecto punitivo. O supracitado aspecto punitivo encontra-se demonstrado pela sanção imposta ao ofensor com o intuito de diminuir o patrimônio deste pela indenização paga ao ofendido.

Diferenciam-se, portanto, o dano patrimonial e o moral. No primeiro, o prejuízo é de ordem econômica, no segundo a lesão é de cunho pessoal ou repercute no psiquismo. Também existe diferença quanto à forma de reparação, pois, com relação ao dano material, a reparação exigida pelo lesado pode ser a reconstituição do *status quo ante*, que em doutrina denomina-se sanção direta, ou então a indenização, consistente no pagamento do valor em

dinheiro, possibilitando à vítima adquirir outro bem semelhante ao danificado, ou sanção indireta.

É, pois o principal objetivo desse trabalho contribuir para o aprofundamento do estudo pertinente à reparação do dano moral, no que se refere à fixação do *quantum*, haja vista não ter uma tabela a ser seguida, sendo que o Juiz terá que analisar as possibilidades de quem paga e a necessidade de quem recebe, para que não haja assim, o enriquecimento ilícito e o empobrecimento sem causa.

Para chegar ao objetivo acima citado foi de fundamental importância a leitura de doutrinas e artigos, de renomados doutrinadores, a saber, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, José Américo Leite Sampaio, Alexandre Sturion de Paula entre outros. O método utilizado foi o bibliográfico com compilação de dados.

No primeiro capítulo trata-se do histórico do dano moral, onde se tem notícias que este surgiu desde os primórdios, sendo que no intuito de afastar a violência e a vingança eram impostas penas de multa pecuniária. Portanto, a discussão acerca da possibilidade ou não de reparação de danos imateriais, de conteúdo moral, é algo que evidente desde a antiguidade, estando presente também em nosso ordenamento de forma mais vívida desde a Constituição Federal de 1988.

O segundo capítulo aborda sobre a disciplina jurídica, ou seja, de toda legislação que cuida da matéria. Feitas as considerações necessárias e encontrando-se tal definição, partiu-se para a discussão da natureza jurídica e suas formas de reparação que mais comumente são utilizadas discorrendo-se ainda, sobre a natureza compensatória e natureza punitiva.

O terceiro capítulo fez um estudo sobre a responsabilidade objetiva e subjetiva, onde só haverá o dever de reparar o dano quando houver culpa; imputabilidade e responsabilidade, sendo que só se poderá imputar a culpa a alguém se este alguém tiver capacidade de discernimento; ação ou omissão, se por sua ação ou omissão causou prejuízo a outrem fica no dever de reparar; culpa ou dolo; relação de causalidade somente haverá culpa onde houver uma relação de causa e efeito.

No quarto capítulo dedicou-se a mostrar como são vagos os dispositivos que tratam da fixação do *quantum*. Ora, uma vez que se constata ser o dano imaterial incomensurável, sendo insusceptível de avaliação pecuniária, quando diz este ser a condenação em dinheiro por conta de dano moral mero lenitivo para a dor, sendo mais uma satisfação do que uma reparação.

Inegável, assim, a natureza satisfatória ou compensatória da ora analisada reparação, sendo esta em uma compensação ao dano e injustiça sofridos pela vítima suscetível de atenuar, em parte, seu sofrimento.

Quanto às formas existentes para se ressarcir o dano moral, tendo em vista a impossibilidade da *restitutio in integrum*, a reparação dar-se-ia em regra na forma pecuniária, visando, a compensação da dor com a alegria, um lenitivo a facilitar a aquisição de tudo aquilo que possa concorrer para trazer ao lesado uma compensação por seus sofrimentos.

I. DANO MORAL: ABORDAGEM HISTÓRICA

Embora a aceitação da ampla reparabilidade dos danos morais seja tese que só há pouco tempo se tornou razoavelmente pacífica na maioria das legislações contemporâneas, a história das nações nos demonstra, de forma clara, que sempre houve preceitos normativos que amparavam algumas dessas pretensões.

1.1 O Código de Ur – Nammu

A mais antiga codificação de que se tem notícia é o Código de Ur- Nammu, criado pelos Sumerianos descoberto em 1952, pelo professor Samuel Noah Kramer. Apesar de serem escritos incompletos, observa-se o intuito do monarca da época de afastar a violência e a vingança por meio da imposição de multa pecuniária.

Tal multa estava restrita aos casos de pura dor física e pode ser considerada como o nascedouro da reparação do dano moral. Dentre alguns dos escritos incompletos encontrados pelo professor americano, os mais expressivos são os seguintes:¹

Se (um homem, a outro homem, com um instrumento...) o pé se cortou: 10 ciclos de prata deverão pagar. Se um homem, a outro homem, com uma arma, os ossos de... tiver quebrado: 1 mina de prata deverá pagar. Se um homem, a um outro homem, com um instrumento houver decepado o nariz, 2/3 de mina de prata deverá pagar.

¹ AOL Paginas pessoais. Ur-Nammu <<http://www.meumundo.americaonline.com.br/histpensjur/cap211.html>> Acesso em 15 de ago. 2007.

1.2 O Código de Hamurabi

Tem-se conhecimento que o Código de Hamurabi (1792-1750 a.C), surgiu na Mesopotâmia, por meio do rei da Babilônia, Hamurabi, conhecido também como Kamo-Rábi, sendo o primeiro na história que trouxe idéias sobre direito e economia. O código contém 282 dispositivos legais, foi descoberto por uma expedição francesa, expedição essa que era chefiada pelo arqueólogo Jacques Morgan. Esses dispositivos foram conhecidos através de uma versão gravada em uma estrela de basalto negro, que está conservada no Museu de Louvre.

Código de Hamurabi tinha como princípio geral a idéia de que “*o forte não prejudicará o fraco*”, nos levando a crer que havia uma preocupação de conferir ao lesado uma reparação equivalente conhecido pelo sistema “*olho por olho, dente por dente*” (a lei de Talião). O dano causado era reparado da mesma forma pela qual era produzido. Se fosse cortada a mãe de uma pessoa, a mão da pessoa que cortou também seria cortada. Do mesmo modo se outro vazasse o olho de seu próximo, teria seu olho vazado também. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2006).

As ofensas pessoais eram quase sempre reparadas através de ofensas com gravidade semelhante. Em alguns casos descritos no Código, o dano poderia ser reparado através do pagamento de certa quantia à vítima. Deste pagamento surgiu a teoria da compensação econômica utilizada na satisfação dos danos extrapatrimoniais.

Havia também outras hipóteses de lesão extrapatrimonial que são encontradas no parágrafo 127, referente à injúria e difamação da família. Capítulo IX e X, que diz *in verbis* “*Se um homem livre estendeu o dedo contra uma sacerdotisa, ou contra a esposa de outro e não comprovou; arrastarão ele diante do juiz e raspar-lhe-ão a metade de seu cabelo*”. Podendo concluir de tal dispositivo, que àquela época já se reconhecia o dano moral, sendo que tal reparação nada tinha a ver com pecúnia.

É possível, então observar que o Código de Hamurabi tinha como princípio reparar danos, sendo esses materiais ou morais, condenando o causador do mesmo a sofrer de igual modo, o sofrimento do outro ou a pagar valores em prata; moeda da época.

1.3 As Leis de Manu

Manu Vaivasvata, considerado um homem respeitadíssimo pelos brâmanes (membro da mais alta casta daquela sociedade), codificou as leis sociais e religiosas do Hinduísmo. De existência discutível, o que se tem por verdade é que o Código de Manu, hodiernamente interfere na vida social e religiosa da Índia, sendo que o Hinduísmo é considerada a principal religião.

Apesar de elaborar textos jurídicos, Manu era muito religioso, tendo sido considerado o pai do Hinduísmo, com sua influência religiosa e política à época. Manu registra o feito de ter conseguido promover a organização geral da sociedade. Daí a importância desta figura lendária até os dias de hoje, justificando sua admiração pelos indianos, que guardam profundas raízes medievais. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2006)

As leis de Manu previam várias hipóteses de reparação de danos. A reparação de danos morais, advinda de erros judiciários cometidos por juízes e ministros que condenassem injustamente um inocente, também tinha previsão expressa e tais danos eram compensados com a revisão do processo e o pagamento de mil panas.

Manu apresentou características de ética social, pois, com a reparação em valor pecuniário, impedia que o transgressor fosse alvo de vingança, interrompendo o período de desforra por parte das vítimas. Assim, pôs fim à vingança que é peculiar às almas mesquinhas.

1.4 O Egito

No Egito, a figura de Faraó era respeitadíssima, pois seu poder era absoluto. Tinha como características o rigor com que se cumpriam as leis, sem qualquer piedade de seus súditos. O poder de faraó era tão absoluto que dispunha até da vida de seus súditos, bem como exigia exageradamente de sua força de trabalho para construir túmulos e templos, chegando a morrerem durante suas construções, tamanha a exigência de seus esforços. Sabe-se ainda que aqueles que construíram tais pirâmides, se ao final sobrevivessem, eram mortos para não desvendarem os segredos de tamanhos mistérios, que até os dias de hoje causa espanto ao mundo, quando são descobertas novas tumbas e novas passagens secretas.

As leis eram excessivamente rígidas, por influência dos sacerdotes, que cuidavam de iniciar os enigmas da religião ao próprio faraó, condição essa indispensável para subir ao trono. Em verdade, o faraó abusava de seu poder absoluto, punindo de forma rigorosa e desumana os culpados.

As pirâmides e as ruínas dos templos atraem milhares de pessoas. Nos museus, elas ficam maravilhadas diante das formas graciosas das estátuas e das múmias cuidadosamente preparadas, há muito tempo, para a vida após a morte. É a curiosidade quanto às descobertas e às novas idéias sobre uma das civilizações mais esplêndidas e duradouras do mundo antigo. Certamente ainda restam muitos mistérios a serem desvendados sobre a riqueza desta civilização, que somente o tempo e as contínuas pesquisas entre as ruínas poderão decifrar.

1.5 Grécia Antiga

Não há dúvidas de que a civilização grega adotava um sistema jurídico, onde outorgava leis aos cidadãos e a seus bens, no que se refere à reparação dos danos causados sempre com natureza pecuniária, afastando a vingança física e pessoal como forma de satisfação ao lesado. Como exemplo disse há dois fatos históricos que serviram de base para a afirmação de que sempre houve reconhecimento do direito da reparação dos prejuízos morais, com a prática de compensação econômica por danos extrapatrimoniais. O primeiro teria sido a reprovação pública de Eschine, feita a Demóstenes, por haver este recebido de Mídias certa porção de dinheiro como pagamento por uma bofetada.

O segundo, uma assembléia de deuses pagãos decidindo um caso de reparação de danos morais resultante de adultério – retratado por Homero na Odisséia. Hefesto (marido enganado) surpreendera, em flagrante delito amoroso, no seu próprio leito, a infiel Afrodite e o formoso Ares. Após deliberações, os deuses impuseram pesada multa a Ares em favor de Hefesto. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2006).

Não há como duvidar, do que afirma Reis (1995) (apud GAGLIANO E PAMPLONA FILHO 2006, p. 61) “*a influência cultural dessa civilização foi marcante, na medida em que propiciaram o surgimento de legislações de grande conteúdo político-filosófico, com aconteceu na antiga Roma*”.

1.6 Direito Romano

Em Roma, nos primeiros séculos, não havia um conceito genérico e abstrato de obrigação. Divergem os Romanistas acerca das obrigações terem nascido dos delitos ou dos contratos, sendo unânimes, no entanto, em afirmar que o vínculo não era jurídico e sim material (razão pela qual o devedor respondia pela dívida com seu próprio corpo).

Os delitos eram públicos quando reprimidos pelo Estado e punidos com a pena pública, e privados (ilícitos civis) quando geravam a obrigação de indenizar (desde que proposta a ação), visto que decorriam de ofensa à pessoa ou aos bens do indivíduo.

Três eram as figuras delituosas: a) delito da mutilação de um membro do corpo, para o qual a punição prevista era a pena de Talião, ou seja, o agente sofreria a mesma mutilação a que havia dado causa. Deixava-se a critério da vítima a opção pela composição pecuniária, não existindo qualquer regulamentação legal nesse sentido; b) delito de quebra ou fratura de um osso, em que nos casos de menor gravidade, substituía-se a pena de Talião por outra de cunho econômico, no calor de 300 asses para os homens livres e 150 asses para os escravos; c) injúria, que consistia em violência leve, abrangente de outras ofensas corporais (tapas, beliscão, pontapé) e era punida com multa de 25 asses.

1.7 O Direito Lusitano

Com a consolidação da autonomia do sistema jurídico português, com notória influência do Direito Romano, passaram a vigorar as Ordenações do Reino que já admitiam a reparação do dano moral. Como se vê, nas Ordenações do Reino foi expressamente consagrado o valor da afeição, vislumbrando-se desde já os conceitos embrionários da reparação por danos morais.

1.8 O Alcorão

Veja o que diz o Alcorão quando se refere a exemplos de repressão histórica às lesões na esfera extrapatrimonial, conforme se verifica de seu item V: Assim descrito por Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 59) “*O adúltero não poderá casar-se senão com uma adúltera ou uma idólatra. Tais uniões estão vedadas aos crentes*”. Acreditava-se que o adultério se caracterizava para os muçulmanos, uma lesão ao patrimônio moral, sendo essa restrição uma forma de condenação.

Aceitava-se no mundo muçulmano – de forma restrita – a Lei de Talião. Diz-se de forma restrita, porque o próprio Alcorão incentivava a substituição do castigo por uma compensação de natureza econômica. Importante frisar que mesmo estas compensações econômicas eram, por vezes, desaconselhadas em nome do perdão.

Em verdade, existia o chamado preço do sangue, isto é, a pena legalmente imputada era a de morte, mas, em havendo aceitação por parte dos herdeiros, esta podia ser substituída por uma indenização. Esta indenização era cobrada pelos herdeiros, atingindo a família e até mesmo a comunidade em que vivia o matador.

1.9 A Bíblia

Encontramos na Bíblia, o livro sagrado dos cristãos, precisamente no Velho Testamento, normas referentes à imposição de danos morais em caso de reparação devida ao pai da mulher difamada por seu próprio marido, no tocante à sua virgindade. Deuteronômio, capítulo 22, versículos 13 a 19 descreve o fato, nesses termos:

Se um homem tomar uma mulher por esposa e, tendo coabitado com ela vier a desprezá-la, e lhe imputar falsamente coisas escandalosas e contra ela divulgar má fama, dizendo: 'Tomei esta mulher e, quando me chequei a ela, não achei nela os sinais da virgindade', então o pai e a mãe da jovem tomarão os sinais da virgindade da moça, e os levarão aos anciãos da cidade, à porta; e o pai da jovem dirá aos anciãos: 'Eu dei minha filha para esposa a este homem, e agora ele a despreza, e eis que lhe atribui coisas escandalosas, dizendo: --- não achei na tua filha os sinais da virgindade; porém eis aqui os sinais da virgindade de minha filha'. E eles estenderão a roupa diante dos anciãos da cidade. Então os anciãos daquela cidade, tomando o homem, o castigarão, e, multando-o em cem ciclos de prata, os darão ao pai da moça, portanto divulgou má fama sobre uma virem de Israel. Ela ficará sendo sua mulher, e ele por todos os seus dias não poderá repudiá-la.

Como visto, a honra era largamente resguardada no Velho Testamento, sendo a razão a o emprego do castigo corporal, indenização pecuniária e proibição de jamais se divorciar era a divulgação de má fama sobre uma virgem de Israel. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2006).

1.10 O Direito Canônico

As regras ordenadoras da reparação moral do Direito Canônico foram recebidas pelos países de religião preponderantemente católicos. Desse modo a Igreja não obrigava ninguém a cumprir a promessa de casamento, e sim a reparar os danos e prejuízos que, do

descumprimento do ajuste feito, adviessem à outra parte. Previa-se também a lesão advinda da calúnia e da injúria, onde as reparações eram dúplices, tendo sanções de ordem material e moral.

Há de se ressaltar que pelo Código da Igreja, era determinada a aplicação de penas, para os religiosos e de igual modo para os leigos, podendo ser destacada como exemplo de pena canônica, a infâmia perda ou diminuição da boa reputação, por causa do mau comportamento ou prática de um delito. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2006)

Conclui-se, portanto, que a Igreja também procurou assentar os fundamentos morais dos direitos individuais da personalidade, preocupando-se não apenas com os bens de ordem religiosa, mas também em proteger a honra.

1.110 Moderno Direito Português

O Código Civil Português, que entrou em vigor no ano de 1867, na mesma linha de outras codificações modernas, não dispunha de dispositivos reguladores dos direitos da personalidade. Entretanto, conforme se verifica pelo estudo do tema, é assente na doutrina que predominou em Portugal, a tese da plena reparação dos danos morais, entendendo-se que as hipóteses legais contidas no Código cuidavam de exceções à regra geral.

Seguindo a trilha da evolução, a reparação dos danos morais passou a ter guarida no ordenamento constitucional, visto que, a partir da nova Constituição Política de 1938, inseriu-se no capítulo das garantias e direitos individuais dos cidadãos o seguinte no seu artigo 8º, parágrafo 17 *in verbis* “*O direito de reparação de toda a lesão efetiva conforme dispuser a Lei, podendo esta, quanto à lesão de ordem moral, prescrever que a reparação seja pecuniária*”.

1.12 Evolução Histórica Legislativa no Brasil

Quando vigoravam as Ordenações do Reino (Brasil Colônia), não havia qualquer regra expressa sobre o ressarcimento do dano moral, sendo que era muito questionável qualquer afirmação de tal possibilidade naquele momento histórico.

Com o advento do primeiro Código Civil Brasileiro, observou-se que nele continha as primeiras defesas da tese de responsabilidade do dano moral (artigo 76 parágrafo Único e 159)

Não se pode negar que vieram leis especiais regulando especificamente o assunto, que será demonstrado no próximo capítulo, quando for falado da disciplina jurídica.

Apesar de muitos discordarem, prevaleceu num primeiro momento, a tese proibitiva da ressarcibilidade do dano moral, admitindo-a nas hipóteses especiais expressamente previstas no Código Civil ou em leis extravagantes.

Com a promulgação da Constituição de 1988, passou-se a falar indubitavelmente, da ampla reparabilidade do dano moral no direito pátrio, pois a matéria foi levada ao *status* dos Direitos e Garantias Fundamentais (Título II da CF/88). (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2006).

II. DANOS MORAIS: ALGUMAS INTERPRETAÇÕES

Inicialmente, faz-se necessário estabelecer que, no campo dos danos morais, não há um único aspecto aceito de forma unânime pela doutrina. Tratando-se, portanto, de denominações, conceitos, configurações e outros temas relativos aos mesmos, sempre existirão posições respeitadas indicando novos caminhos a seguir.

2.1 Conceito de dano moral

Gagliano e Pamplona Filho (2006, pg. 55) pode-se definir o dano moral como *“aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos de personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente”*.

Outros conceitos como o de Caldas (1997, p. 125) segue a mesma linha de raciocínio dando a seguinte definição ao Dano Moral *“é aquele que atinge bem jurídico fora do patrimônio, ou seja, bem insuscetível de estimação econômica”*. Já Sturion (apud AUGUSTIN, 2005, p. 22), transcreve *in verbis* a definição de dano moral elaborada por Arnaldo Medeiros da Fonseca.

Dano moral, na esfera do direito, é todo sofrimento humano resultante de lesão de direitos estranhos ao patrimônio, encarado como complexo de relações jurídicas com valor econômico. Assim, por exemplo, envolvem danos morais as lesões a direitos políticos, a direitos personalíssimos ou inerentes à personalidade humana (como o direito à vida, à liberdade, à honra, ao nome, à liberdade de consciência ou de palavra), a direitos de família (resultantes da qualidade de esposo, de pais ou de parente), causadores de sofrimento moral ou dor física, sem atenção aos seus possíveis reflexos no campo econômico. (sic).

O dano moral consiste, pois na lesão que surge da transgressão de certos interesses não-materias, sem equivalência econômica, contudo imaginados como bens jurídicos protegidos, componentes do leque de projeção interna ou externa inerente à personalidade do ser humano, podendo ao mesmo tempo alcançar os valores extrapatrimoniais reconhecidos à pessoa jurídica ou mesmo a uma coletividade de pessoas.

2.2 A configuração do dano moral

A configuração do dano moral não pode ficar circunscrita à vulneração de sentimentos, sob pena de o Direito placitar comportamentos que prejudicam, mas que não serão abarcados por indenização. A extensão do dano moral, desde que afastados atos que causem simples abespinhamento e que não cheguem a caracterizar o autêntico dano moral, tem de ocorrer para além do afetivo e da lesão a sentimentos.

A dimensão espiritual de uma pessoa não se reduz à órbita afetiva ou de sua sensibilidade (aptidão de sentir), pois compreende também uma intelectual (aptidão de entender) e outra volitiva (aptidão de querer). Quando o ato ilícito afeta ou compromete o desenvolvimento de qualquer destas capacidades de um modo negativo ou prejudicial, configurado estará o dano moral.

Para embasar a indenização do dano moral, o entendimento jurídico deve ultrapassar o augusto limite dos bens econômicos. Tomando o homem em sua inteireza, como sujeito de relações jurídicas, inclusive, todas as pessoas devem respeitar não só o patrimônio, como também a integridade física e moral. Há de respeitar a qualidade do ser humano, com toda a carga de atributos que ele possui e que podem ser sintetizados no direito à vida, à saúde, à paz, à tranqüilidade, à segurança, à honra, à liberdade e a todos os demais que dão conformação à dignidade humana.

Qualquer modificação no espírito, ainda que fugaz, naquele momento passageiro de ira, poderia causar indenização. Sem contar que existem pessoas de suscetibilidade

extremada. Sob qualquer pretexto ficam vermelhas, raivosas, enfurecidas. Não se pode dizer que não houve lesão a algum sentimento. Porém, seria reduzir o dano moral a mera sugestibilidade ou proteger alguém que não suporta nenhum aborrecimento trivial, o entendimento que o dano moral atinge qualquer gesto que cause mal-estar.

Existe, para todos, uma obrigação genérica de não prejudicar, como existe um direito, também genérico, de ser ressarcido, que assiste a toda pessoa que invoque e prove que foi afetada em seus sentimentos. Esse princípio sofre mitigação quando se trata de ressarcimento de dano moral. Simples desconforto não justifica indenização.

Conquanto existam pessoas cuja suscetibilidade aflore na epiderme, não se pode considerar que qualquer mal-estar seja apto para afetar o âmago, causando dor espiritual, mas este é conseqüência de uma sensibilidade exagerada ou de uma suscetibilidade extrema, não existe reparação. Para que exista dano moral é necessário que a ofensa tenha alguma grandeza e esteja revestida de certa importância e gravidade.

O perfeito entendimento sobre a configuração do dano moral está, exatamente, no verificar da magnitude, a grandeza do ato ilícito. Aquele mal, que infligido em decorrência da própria atividade que a pessoa exerce, não pode ser considerado dano moral apto a ingressar no mundo jurídico como a prática de um ilícito suscetível de dar azo à indenização.

O que se quer afirmar é que existe um mínimo de incômodos, inconvenientes ou desgostos que, pelo dever de convivência social, sobretudo nas grandes cidades, em que os problemas fazem com que todos estejam mal-humorados, há um dever geral de suportá-los.

O mero incômodo, o desconforto decorrente de alguma circunstância e que o homem médio tem de suportar em razão mesmo do viver em sociedade, não servem para que sejam concedidas indenizações.

O dano moral somente ingressará no mundo jurídico, com a subsequente obrigação de indenizar, em havendo alguma grandeza no ato considerado ofensivo a direito personalíssimo. Se o ato tido como gerador do dano extrapatrimonial não possui virtualidade para lesionar sentimentos ou causar dor e padecimento íntimo, não existiu o dano moral passível de ressarcimento.

Para evitar a abundância de ações que tratam de danos morais presentes no foro, havendo uma autêntica confusão do que seja lesão que atinge a pessoa e do que é mero desconforto, convém repetir que não é qualquer sensação de desagrado, de molestamento ou de contrariedade que merecerá indenização. O reconhecimento do dano moral exige determinada envergadura. Necessário, também, que o dano se prolongue durante algum tempo e que seja a justa medida do ultraje às afeições sentimentais.

As sensações desagradáveis, por si sós, que não trazem em seu bojo lesividade a algum direito personalíssimo, não merecerão ser indenizadas. Existe um piso de inconvenientes que o ser humano tem de tolerar, sem que exista o autêntico dano moral.

2.3 A disciplina jurídica

O instituto do dano moral guarda ligações com outros ramos do direito, além do civil, que é a sua chave-mestre. E é principalmente traçando este paralelo que se pode analisar as diversas hipóteses de dano moral, que acontecem cotidianamente. Assim observa-se:

2.3.1 Direito Constitucional

Sabem-se da importância do artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal, para a livre aceitação da doutrina da indenizabilidade do dano moral. Com efeito, esta é a letra do artigo 5º, caput, *in verbis*: “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes*”

2.3.2 Direito Penal

O crime, por sua natureza imoral, acarreta, quase sempre, um dano à vítima e, a par disso fere, em qualquer situação, os interesses da sociedade. É bom ressaltar que a indenização por dano moral, decorrente de fato que constitui crime, deve levar em conta que a punição ao agente deve ser exercitada, com rigor, na esfera criminal. As hipóteses previstas na lei penal como crime que, não raro, acarretam dano moral à vítima são: crimes contra a honra (calúnia, difamação e injúria), crime de dano, denúncia caluniosa, crimes contra a vida, lesões corporais, crimes contra a liberdade sexual, tortura e racismo.

2.3.3 Direito do Trabalho

O acidente de trabalho enseja, também, a ocorrência do dano moral, fazendo jus a indenização à vítima do acidente. O trabalhador incapacitado para o trabalho, é notoriamente ferido em sua moral, principalmente no que tange à sua dignidade.

2.3.4 O Direito civil brasileiro

Em 1916, entrou em vigor o Código Civil, que fiel às suas origens, de influência francesa, em face das divergências a respeito do tema, optou por omitir qualquer disposição legal expressa no sentido da compensação do dano moral.

2.4 O Dano moral previsto em Leis especiais

Como forma de superar os problemas existentes sobre a reparabilidade do dano moral em face da prevalência das posições restritivas, e da timidez do Código Civil no tratamento dado ao tema, sobreveio leis especiais regulando a matéria:

2.4.1 O Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62)

Esta lei encampou dicção mais ampla do que a agasalhada pelo artigo 1.547 do Código Civil ao contemplar o dano moral e sua ressarcibilidade, conforme se colhe da leitura de seu artigo 81, pois independentemente da ação penal, o ofendido pela calúnia, difamação ou injúria, cometida por meio de radiodifusão, poderá demandar no juízo cível a reparação do dano moral, respondendo por este, solidariamente, o ofensor, a concessionária ou permissionária, quando culpada por ação ou omissão, e quem quer que, favorecido pelo crime, haja de qualquer modo contribuído para ele.

O dispositivo em epígrafe fixa, ainda, os critérios para o alcance da indenização, adotando um mínimo de cinco vezes o maior salário mínimo vigente no país e um máximo de cem vezes esse salário, para o ressarcimento do dano moral.

Indo além, o Código Brasileiro de Telecomunicações, no artigo 87, ampliou aos ilícitos contra a honra, por meio de imprensa, a mesma proteção quanto aos danos extrapatrimoniais, determinando que, *in verbis*: “os dispositivos relacionados à reparação dos danos morais, são aplicáveis, no que couber, ao caso de ilícito contra honra por meio de imprensa, devendo a petição inicial ser instruída, desde logo, como exemplar do jornal ou revista contendo a calúnia, difamação ou injúria”.

2.4.2 O Código Eleitoral (Lei 4.737/65)

O Código prestigiou a idéia de reparabilidade dos danos morais advindos de ofensas à honra, contidas na Lei de Telecomunicações. Segundo o artigo 244, caberão danos morais

em caso de calúnia ou difamação contra membro ou partido político, estabelecendo, ainda, em seus parágrafos 1º e 2º as regras acerca da legitimidade e da quantificação, *in verbis*:

§ 1º O ofendido por calúnia ou injúria, sem prejuízo e independente de ação penal correspondente, poderá demandar no juízo cível a reparação do dano moral respondendo por esta o ofendido e, solidariamente, o partido político deste, quando responsável por ação ou omissão, e quem quer que favorecido pelo crime, haja de qualquer modo contribuído para ele. § 2º No que couber, aplicar-se-ão na reparação do dano moral, referido no parágrafo anterior, os artigos 81 a 88 da lei nº 4.117/62.

2.4.3 A Lei de Imprensa (Lei 5.250/67)

Conforme se verifica no artigo 49, a Lei de Imprensa regulou de forma expressa a reparabilidade do dano moral, *in verbis*:

Aquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar – os danos morais e materiais, nos casos previstos no art. 16, nºs II e IV, no art. 18 e de calúnia, difamação ou injúrias; II – os danos materiais, nos demais casos.

2.4.4 A Lei dos Direitos Autorais (Lei 5.988/73)

A lei que regula os direitos autorais também reconheceu os direitos morais e a reparabilidade dos danos causados, em seu artigo 126, determina que *in verbis*:

Quem, na utilização por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor, intérprete ou executante, além de responder por danos morais, está obrigado a divulgar-lhe a identidade.

2.4.5 A Lei dos Danos Nucleares (Lei 6.453/77)

É uma lei que não teve muita aplicação prática. Em seus artigos, o dano moral é tratado como dano pessoal.

2.4.6 O Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/86)

Não dispõe expressamente sobre os danos morais, mas em seu título VIII, capítulo I, seção III, que tratou da responsabilidade por dano a passageiro, determinou, limitando inclusive, o valor de pagamento da indenização em casos de morte ou lesão de passageiro ou tripulante, Artigo 257, *in verbis*: “A responsabilidade do transportador, em relação a cada passageiro e tripulante limita-se, no caso de morte ou lesão, ao valor correspondente, na data do pagamento a 3.500 OTN (Obrigações do Tesouro Nacional), e , no caso de atraso do transporte, a 150 OTN”.

2.4.7. O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8978/90)

Ao enunciar como direitos básicos do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos o Código de Defesa do Consumidor avançou quase um século no tempo, abandonando o arcaísmo e conservadorismo para inaugurar uma nova dimensão, ampla e abrangente.

Primeiro, concede a prevenção e proteção do consumidor através de mecanismos vários de controle das relações de consumo, da propaganda enganosa e assegurando equilíbrio nos contratos que se estabelecem entre produtor, vendedor e consumidor. Se essa prevenção falhar, assegura a reparação dos danos, quer materiais, quer morais.

2.4.8 A Lei dos Desaparecidos Políticos (Lei 9140/95)

A indenização fixada por esta Lei compensa a família dos desaparecidos durante o regime militar das décadas de 60 e 70, tendo nítido caráter de reparação moral, reconhecendo o Estado sua responsabilidade pela dor injustamente causada aos familiares da vítima da repressão política.

2.4.9 A Nova Lei de Direitos Autorais (Lei 9610/98)

Manteve a essência da proteção aos direitos morais do autor já garantida pela antiga Lei nº 5.988/73. Não houve mudanças significativas no texto da lei nova, acrescentando-se apenas um novo direito aos já existentes, que está disciplinado no inciso VI do artigo 24, *in verbis*:

São direitos morais do autor: o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

2.4.10 A Constituição Federal de 1988

No Brasil, deve-se analisar a matéria relativa à reparabilidade do dano moral em dois momentos distintos: um antes e o outro após a promulgação da Constituição da República de 1988.

A Carta Magna consagrou definitivamente a indenização advinda de dano moral e alçou-a visível ao ordenamento jurídico, ao lado do historicamente reconhecido dano material,

na esteira do que já vinha sendo reconhecido e aceito por alguns Tribunais, ao estabelecer em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito.

2.4.11 O Novo Código Civil (Lei 10.406/02)

Depois de quase 30 anos vagando e tramitando no Congresso Nacional, finalmente foi promulgado e entregue à sociedade o “novo” Código Civil. Este diploma tratou, quando se refere aos atos ilícitos, de forma mais completa sobre a responsabilidade civil: o dano.

Num ponto o novo diploma é importante para o estudo contido neste trabalho, pois como se observa da redação do art. 186 (substituto do art. 159 no Código de 1916), a causa do dano exclusivamente moral passou a ser considerada ato ilícito. Considere então, o que diz referido artigo, *in verbis*: “*aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”.

2.5 O dano moral e a jurisprudência

Após um longo período de dúvida, de negação mesmo do direito à indenização pelo dano moral, vem a jurisprudência brasileira superando e suprimindo as deficiências de uma legislação arcaica para a fixação de critérios mais razoáveis. Da mesma forma da doutrina, a jurisprudência é pacífica no sentido de admitir a indenização por dano moral.

Em casos em que se verifica a ocorrência de dano moral relacionada com títulos de crédito ou débitos cobrados, a correlação entre o valor do título de crédito/débito cobrado parece ser uma boa medida para fixação do quantum da indenização.

O montante do dano moral deve ser estipulado em consonância com a Teoria do Valor de Desestímulo, recomendada pela doutrina e jurisprudência para a elisão de comportamento lesivo à sociedade como um todo, e ao cidadão em particular.

Os tribunais têm aplicado condenações memoráveis aos responsáveis pelo dano moral causado às pessoas, principalmente aqueles relacionados a instituições que operam no mercado financeiro. Inicialmente, para a imensa maioria, os danos morais não podiam ser cumulados com os danos materiais, pois estes absorviam aqueles. Então se passou a inadmitir os pedidos de cumulação sempre que os danos adviessem do mesmo fato.

III. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

A teoria clássica, também chamada de teoria da culpa ou subjetiva, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade. Diz-se, pois, ser subjetiva a responsabilidade quando se esteia na idéia de culpa. A prova da culpa passa a ser pressuposto do dano indenizável.

A lei impõe, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou objetiva (somente pode ser aplicada quando há lei expressa que autorize), porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Portanto, na ausência de lei expressa que autorize, a responsabilidade pelo ato ilícito será subjetiva, sendo esta a regra geral no direito brasileiro.

Essa teoria dita objetiva ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa. Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns casos, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível (responsabilidade independentemente de culpa).

Quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova. O autor da ação só precisa prová-la ou a omissão e o dano resultante da conduta do réu, porque sua culpa já é presumida (objetiva imprópria). É o caso do art. 936 do Código Civil (2002), que presume a culpa do dono do animal que venha a causar dano a outrem, mas faculta-lhe a prova das excludentes ali mencionadas, com inversão do *ônus probandi*. Há casos em que se prescinde totalmente da culpa. São hipóteses de responsabilidade independentemente de culpa. Basta que haja relação de causalidade entre a ação e o dano.

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para essa teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a idéia de risco, é encarada como risco-proveito, que se funda no princípio de que é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável, isto é, quem auferir os cômodos (lucros) deve suportar os incômodos, os riscos; ora, mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo, em razão de uma atividade perigosa; ora, ainda, como risco profissional, decorrente da atividade ou profissão do lesado, como ocorre nos acidentes de trabalho.

O Código Civil brasileiro filiou-se à teoria subjetiva. É o que se pode verificar no art. 186, que erigiu o dolo e a culpa como fundamentos para a obrigação de reparar o dano. A responsabilidade subjetiva subsiste como regra necessária, sem prejuízo da adoção da responsabilidade objetiva imprópria, em dispositivos vários e esparsos (artigos 936, 937 e 938 – que tratam, respectivamente, da responsabilidade do dono do animal, do dono do prédio em ruína e do habitante da casa da qual caírem coisas -, além de outros, como os arts. 929, 930, 939 e 940), e da responsabilidade objetiva independentemente de culpa, no parágrafo único do art. 927, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Isso significa que a responsabilidade objetiva não substitui a subjetiva, mas fica circunscrita aos seus justos limites. Na realidade, as duas formas de responsabilidade se conjugam e dinamizam. Sendo a teoria subjetiva insuficiente para atender às imposições do progresso, cumpre o legislador fixar especialmente os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção.

3.1 Imputabilidade e Responsabilidade

O artigo 186 do Código Civil atual pressupõe o elemento imputabilidade (imputar nada mais é do que atribuir a responsabilidade por algum fato ou ato), ou seja, a existência, no

agente, da livre determinação de vontade. Para que alguém pratique um ato ilícito e seja obrigado a reparar o dano causado, é necessário que tenha capacidade de discernimento. Aquele que não pode querer e entender, não incorre em culpa e, por isso, não pratica ato ilícito. Desse modo imputabilidade pressupõe não a culpa, mas a responsabilidade. Para que haja imputabilidade é imprescindível a capacidade de entendimento e de autodeterminação do agente.

Para responsabilização pelo ato ilícito, necessário se faz determinar a imputabilidade do agente. No que diz respeito aos agentes incapazes, não pode haver – como não há – qualquer dúvida, sendo que estes não respondem por seus atos. Entretanto, no que concerne aos considerados legalmente incapazes, a questão é sempre delicada. Pelo que dispõe o artigo 156 do Código de 1916, muito se discutiu a respeito dessa questão.

3.2 Pressupostos Da Responsabilidade Subjetiva

Da análise do artigo 186 do Código Civil, que disciplina a responsabilidade subjetiva, também chamada de extracontratual, evidencia-se que são quatro os seus elementos essenciais: ação ou omissão; culpa ou dolo do agente; relação de causalidade e dano.

3.3 Ação ou omissão

A lei refere-se a qualquer pessoa que, por ação ou omissão venha causar dano a outrem. A responsabilidade pode derivar de ato próprio, conforme arts 939, 940, 953 do Código Civil; de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente (art. 932) e ainda, de danos causados por coisas (art. 937) e animais (art. 936) que lhe pertençam. No caso de animais, a culpa do dono é presumida – responsabilidade objetiva imprópria.

Para que se configure a responsabilidade por omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato (de não o omitir) e que se demonstre que, com a sua

prática, o dano poderia ter sido evitado. O dever jurídico de não se omitir pode ser imposto por lei (dever de prestar socorro às vítimas de acidentes, imposto a todo condutor de veículos) ou resultar de convenção (dever de guarda, de vigilância, de custódia) e até da criação de alguma situação especial de perigo.

Se alguém, por sua ação pessoal infringe dever legal ou social, prejudica terceiro, é certo que deve reparar o prejuízo. Aquele que causa dano a outrem tem o dever de repará-lo não somente quando há infringência legal, como também quando seu ato, ainda que não infrinja a lei, foge da finalidade social a que se destina. (RODRIGUES, 2003)

3.4 Culpa ou dolo do agente

Com relação à ação ou omissão voluntária, o artigo 186 do no Código Civil cogita o do dolo. Para em seguida, referir-se à culpa em sentido estrito, ao mencionar “a negligência ou imprudência”. Dolo é a violação deliberada, intencional, do dever jurídico. A culpa consiste na falta de diligência que se exige do homem médio. Para que a vítima obtenha reparação do dano, exige o mencionado dispositivo legal que prove dolo ou culpa *stricto sensu* (aquiliana) do agente (imprudência, negligência ou imperícia) por ter sido adotada, entre nós a teoria subjetiva.

Se alguém causou prejuízo a outrem fica obrigado a reparar, desse modo, mister se faz que haja prova do comportamento do agente, de forma dolosa ou pelo menos culposa. No que se refere ao dolo, o resultado é procurado pelo agente, sendo que este desejava causar dano e de fato o seu comportamento causou. Concernente a culpa o agente não visava causar prejuízo à vítima, contudo sua atitude negligente, imprudente ou de imperícia resultou um dano para ela. Obviamente para se obter a indenização, necessário se faz que a vítima prove que o agente agiu culposamente. (RODRIGUES, 2003).

Com base na extensão da culpa, a teoria subjetiva faz distinções. Culpa *lata* ou grave: imprópria ao comum dos homens é a modalidade que mais se avizinha do dolo; culpa *leve*: falta evitável com atenção ordinária; culpa *levíssima*: falta só evitável com atenção

extraordinária ou com especial habilidade. Assim, se em determinado dispositivo legal constar a responsabilidade do agente por dolo, deve-se entender que também responde por culpa grave; Código Civil, artigo 392, *in verbis*: “no cível, a culpa mesmo levíssima obriga a indenizar”. Em geral, não se mede o dano pelo grau de culpa. O montante do dano é apurado com base no prejuízo comprovado pela vítima. Todo dano provado deve ser indenizado, qualquer que seja o grau de culpa. afirma o artigo 944 do Código Civil atual que, *in verbis* “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Expõe o parágrafo único que, no entanto, se houver “*excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização*”.

3.5 Relação de Causalidade

É o nexos causal entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Somente ocorrerá responsabilidade se existir uma relação de causa entre o erro de conduta e o dano provocado. É expressa no verbo causar, consoante o artigo 186. Sem ela não existe a obrigação de indenizar. Se houve dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e, por via de consequência, a obrigação de indenizar. As excludentes da responsabilidade civil, como a culpa da vítima e o caso fortuito e a força maior (Código Civil, art. 393), rompem o nexos de causalidade, afastando a responsabilidade do agente.

Assim, se a vítima, querendo suicidar-se, atira-se sob as rodas do veículo, não se pode afirmar ter o motorista “causado” o acidente, pois na verdade foi mero instrumento da vontade da vítima, esta sim, responsável exclusiva pelo evento. O fato lesivo deverá ser oriundo da ação diretamente ou com sua consequência previsível. Referido nexos, representa uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, sendo esta considerada sua causa.

Algumas causas contribuem para que se produza o efeito lesivo, dentre elas destaca-se, conforme Sampaio (1998, pg. 431).

a) o da equivalência das condições: não é preciso que o dano seja consequência necessária e imediata do fato, bastando verificar se não ocorreria aquele, se este não tivesse acontecido; b) o da causalidade adequada: causa é o fato idôneo a produzir o dano, tendo-se em conta que qualquer pessoa mediana, colocada nas mesmas circunstâncias em que se encontrava o autor, poderia prevenir sua ocorrência. Se não puder, cuidar-se-á de efeito inevitável, inexistindo causalidade adequada; e, por fim, c) o da causalidade imediata, que considera causa do prejuízo o fato de que deriva mais proximoamente.

Apresentam-se como motivos excludentes do nexo causal: a culpa exclusiva da vítima, a culpa de terceiros, o caso fortuito e a força maior (Artigo 1058 C.C, 1916). Só há responsabilidade civil se houver dano a reparar, pois não faria sentido se cogitar de responsabilidade se não houvesse um prejuízo a ser composto, se não se cogitasse da obrigação de restaurar ou indenizar a desvalia sofrida. Impõem-se, pois, seja cumpridamente provada à existência do dano. (SAMPAIO, 1998).

No que se refere ao dolo, o resultado é procurado pelo agente, sendo que este desejava causar dano e de fato o seu comportamento o causou. Já no que se refere a culpa o agente não visava causar prejuízo à vítima, contudo sua atitude resultou um dano para ela. Obviamente para se obter a indenização, necessário se faz que a vítima prove que o agente agiu culposamente. (RODRIGUES, 2003)

3.6 A prova do dano

A prova do dano é exigência essencial para alguém ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser patrimonial (material) ou extrapatrimonial (moral), ou seja, sem repercussão na órbita financeira do lesado. O Código Civil de 2002 consigna um capítulo sobre a liquidação do dano, isto é, sobre o modo de se apurarem os prejuízos e a indenização cabível (artigos. 944 a 954), com o título Da Indenização. Mesmo que haja violação de um dever jurídico, existindo culpa e até mesmo dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida uma vez que não se tenha verificado prejuízo.

A ausência de dano torna sem objeto a pretensão à sua reparação. Às vezes a lei presume o dano, como acontece na Lei de Imprensa, que pressupõe a existência de dano moral em casos de calúnia, difamação e injúria praticadas pela imprensa. Acontece o mesmo em ofensas aos direitos da personalidade.

O ordenamento jurídico brasileiro diz que a prova do dano moral autônomo ou puro, isto é, desvinculado do dano material, se satisfaz com a demonstração da ocorrência do ato ilícito, que teve origem na ofensa extrapatrimonial.

Há que se lembrar que, como exceção ao princípio de que nenhuma indenização será devida se não tiver ocorrido o prejuízo, a regra do artigo 940 do atual Código Civil, que obriga a pagar em dobro ao devedor quem demanda dívida já paga, como uma espécie de pena privada pelo comportamento ilícito do credor mesmo sem prova de prejuízo. E, na responsabilidade contratual, pode ser lembrado o artigo 416 do Código Civil, que permite ao credor cobrar a cláusula penal sem precisar provar prejuízo.

IV. IMPOSSIBILIDADE DE UMA RIGOROSA AVALIAÇÃO EM DINHEIRO

Impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro é um dos pontos centrais da discussão entre os que aceitam e os que rejeitam a reparação dos danos morais, pois os primeiros (os que aceitam) consideram satisfatório um processo de compensação, ao passo que seus opositores (os que rejeitam) exigem um dano matematicamente redutível em pecúnia, sob pena de ser indevida qualquer prestação monetária. Vale ressaltar os dizeres dos doutrinadores de Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 72-74) “*o magistrado não é, nem deve ser um irresponsável, que fixará a indenização pelo dano moral a seu bel-prazer. Ao contrário, deverá agir com as cautelas de sempre, examinado as circunstâncias dos autos e julgando fundamentalmente*”.

4.1 Pautas para a mensuração do dano moral

O montante que serve ao ressarcimento do dano moral situa-se no plano satisfativo. A vítima receberá uma quantia com o intuito de que o emprego do dinheiro possa proporcionar alguma satisfação que mitigue, de algum modo, a dor causada pelo ato ilícito contra ela cometido. A reparação, neste caso, deverá compreender todas as conseqüências dolorosas imediatas e mediatas do ato que as causou.

Sob esse prisma, assume relevo o desequilíbrio espiritual padecido. Em um primeiro momento, deixa-se de lado a falta cometida e as características do agente causador da lesão. Depois, não pode ser afastado o modo como o mal foi praticado, a conduta do agente. Agiu-se com dolo intenso, culpa densa, ou se a omissão, negligência ou imprudência foram levíssimas.

Verificar apenas a situação da vítima induz conclusão que não pode ficar despercebida. Se a vítima de um dano moral for rica, nenhuma satisfação terá o dinheiro que será acrescido aos seus bens. Porém, às pessoas humildes e que vivam na quase indigência, uma exígua quantia poderá satisfazê-las plenamente, uma vez que possibilitará às mesmas ter acesso a bens que jamais poderiam imaginar que, um dia, viessem a possuir.

Em virtude da qualidade de incomensurável que é atribuído ao dano, a indenização é meramente convencional, de acordo com critérios que não são matemáticos, certos indiscutíveis, em virtude mesmo de ser incomensurável.

Acredita-se que princípios podem ser intentados como critérios de aproximação para ilustrar o discernimento dos juízes, na hora difícil de estabelecer em dinheiro estas indenizações. É possível encontrar algumas pautas que tenham mais força de convicção que a prudência judicial à qual tantas vezes se recorre e que hoje está desgastada.

Em primeiro lugar, a indenização não deve ser tão baixa, tão pequena, que apareça como uma indenização simbólica, mas uma quantia que se aproxime da tendência de castigar. Interessa, no entanto, a reparação compensadora, que permita, com uma quantidade de dinheiro, suavizar, de algum modo, a dor e o sofrimento. O que conta, para o cidadão comum, é uma indenização que tenha força, que tenha peso, que golpeie onde dói mais: o bolso.

A indenização, também não pode ser tão elevada que pareça extravagante e leve a um enriquecimento injusto, a uma situação que nunca se gozou, que modifique a vida do prejudicado ou da sua família, que o transforme em um novo rico.

Aos juízes acusados de serem mesquinhos, porém, outras vezes pensa-se que são demasiado generosos, porque não são eles que pagam. Aqui, talvez o recurso à prudência e ao bom sentido ao situar-se no tema: indenização que não seja tão alta, nem tão baixa.

O julgador deve estar situado e sintonizado no contexto econômico do país. Deve ter em conta os males do custo social brasileiro, a situação média das empresas, dos fornecedores de bens e serviços e da nossa população, além de levar em consideração o impacto que o valor da indenização venha a ter sobre o dinamismo econômico.

4.2 Pautas de mensuração para fixação do *quantum indenizatório*

É indubitável que, ante a ausência de previsão legal expressa, regular um montante justo e eqüitativo para satisfação decorrente de dano moral puro constitui árdua função a ser exercida pela atividade jurisdicional dos Estados.

Isto porque o prejuízo moral é incomensurável monetariamente, haja vista que a diminuição extrapatrimonial e a indenização em pecúnia possuem naturezas díspares, senão vejamos nas palavras de Silva, apud (AUGUSTIN 2005, p.75) ao referir-se à diminuição extrapatrimonial:

A fim de nortear o Estado-juiz em seu mistério de arbitrar o quantum justo como satisfação dos padecimentos morais, o sistema jurídico pátrio prescreve critérios específicos para aferir e valorar, por aproximação, o montante reparatório adequando. São as denominadas pautas de mensuração de dano moral. Eis as mais usuais: - Grau de reprovação da conduta lesiva: Deve-se analisar o nível de subversão ocasionada à moral da vítima pelo ato ilícito do ofensor, atendo-se ao escalão de abuso e de arbitrariedade que revestiram a conduta do causador do prejuízo, focando e auferindo seu grau de culpa. Por óbvio, quando maior o grau de culpa e de reprovação da ofensa, maior será a austeridade da reprimenda pecuniária imposta ao causador do dano. - intensidade e duração do dano sofrido pela vítima: Há que ser considerado também a gravidade do prejuízo experimentado pelo ofendido, cuja constatação divide-se na avaliação da intensidade e duração do dano ocasionado, ou seja, deve-se auferir a repercussão e a proporção do dano, considerando o tempo pelo qual perdurou o ataque à honra da vítima.

Noutros termos, ao magistrado caberá o mister de ponderar a intensidade e duração com que foram menoscabado extrapatrimoniais do ofendido. Dano continuidade Cícero Camargo da Silva prescreve quanto à ponderação: Silva (apud AUGUSTIN, 2005, p.76).

A repercussão e perduração dos danos que conspurquem a honra da vítima são diretamente proporcionais ao quantum indenizatório. Quanto maiores forem as incidências daquelas, mais expressivo o arbitramento deste. - Capacidade econômica do ofensor e do ofendido. Imprescindível ater-se ainda à relevante circunstância da capacidade econômica, tanto do causador do evento danoso quanto da própria vítima, considerando-se o perfil econômico de ambos a fim de ajustar o quantum indenizatório às condições pertinentes. Destarte, se de um lado o causador do ilícito deverá ser submetido à reparação pecuniária condizente com seu porte econômico, à vítima sobejará o direito à indenização satisfatória, pautada em sua condição financeira, suficiente para extrair o menoscabo suportado. Tais elementos apresentam-se como eficazes instrumentos de efetivação da medida condenatória fixada pelo órgão judicante.

Considera-se descabido submeter uma empresa de grande porte a arcar com uma indenização meramente simbólica ou determinar a uma pessoa física miserável a suportar astronômica, pelo mesmo agravo. Desse modo com relação às condições da vítima assevera Silva (apud AUGUSTIN, 2005, p. 76):

Condições pessoais da vítima: Necessário ainda considerar o status moral da vítima antes e após o procedimento lesivo, porquanto os aspectos do caso concreto, analisados conjuntamente, é que embasarão o montante indenizatório. Induvidoso que quão mais primorosa as condições pessoais da vítima da ofensa, mas vultosa será a indenização arbitrada, a fim de compor os agravos na medida em que foram perpetrados. Assim, a título de abstração, imaginemos um indevido lançamento ao rol dos maus pagadores, procedido por crasso equívoco de uma instituição bancária. Por certo que a iníqua inclusão do nome da vítima nesses bancos de dados de proteção ao crédito lhe acarreta sensíveis danos morais. Contudo, se o ofendido é devedor contumaz, que por inúmeras vezes teve seu nome justificadamente apontado como inadimplente, o padecimento moral sofrido será muito inferior à outra vítima do mesmo lançamento injusto, mas que jamais inadimpliu, fiel cumpridora de suas obrigações, que prima pela manutenção do bom nome e credibilidade. O exemplo postado acima, muito freqüente, exprime a irrefutável relevância da análise das condições pessoais de vítima como pauta de mensuração para fixação de indenização por danos morais.

As considerações supracitadas, muito amiúde traduzem a indiscutível importância da análise das condições pessoais da vítima como pauta de mensuração para fixação de indenização por danos morais.

4.3 Critérios de fixação do dano moral

Pois bem, tão certa quanto à indenizabilidade do dano moral é sua subjetividade. Muitos foram os juristas que tentaram estabelecer um critério justo para que dor e pecúnia sejam reduzidas a um denominador comum. Tal tarefa tem se revoltado como uma das mais árduas do direito contemporâneo. Efetivamente, a ninguém é dado saber quanto o próximo sofreu.

No entanto, como dito, não é pela dificuldade de se encontrar um valor para a compensação que se deixará de fixá-la. Neste diapasão, a doutrina pátria aponta basicamente três métodos para a fixação do *quantum* devido a título de compensação pelos danos morais causados.

O primeiro é o consensual. Por este critério, as partes podem transigir e chegar a um entendimento comum acerca do montante devido. Parece não apresentar maiores problemas, pois, além de envolver interesses meramente privados, é a forma mais efetiva de pacificação social entre partes iguais.

Se não há consenso, a única solução viável é a submissão dos interesses privados ao juízo de um terceiro. No presente estudo só tem em mente a submissão à jurisdição estatal. Deixaremos de lado a composição de interesses por juízo arbitral que, a princípio não está afastada. Para a solução judicial Moreira e Correia (apud, AUGUSTIN, p. 100-101) apresentam dois métodos de fixação:

A compensação tarifada (ou legal) e a por arbitramento judicial. Pela primeira, a lei estabelece margens fixas para a indenização. Para determinado agravo sofrido pela vítima, passa a ser possível uma indenização de valores que variam no intervalo entre “x” e “y”. É o exemplo do que ocorre na lei de Imprensa (Lei nº 5.250 de 09.02.67), que estabelece um teto máximo de 200 salários mínimos (vide arts. 51 e 52).

Em não sendo possível utilizar os citados acima, vejamos o que dizem Moreira e Correia (apud, AUGUSTIN, p. 101)

Quando não se encontra uma solução pelos métodos anteriores, resta submeter à fixação do quantum debeatutur ao arbitramento judicial. Assim o juiz, através de critérios preestabelecidos, avalia a extensão do dano moral e abriga o ofensor a repará-lo diretamente. Se isto é impossível, toma lugar a reparação in pecúnia, se determinado qual quantia será suficiente à compensação. Obviamente a tarefa não é das mais fáceis. Uma eventual supervalorização do dano correspondente a um enriquecimento sem causa do lesado. Por outro lado, a fixação de um valor subestimado não compensa o dano moral.

Não se pode negar que, na fixação do *quantum* indenizatório nas ações de responsabilidade civil tendo em vista à reparação por danos morais há que se considerarem as condições pessoais em sentido amplo do lesante e do lesado.

4.4 Critérios para determinação do “*quantum*” indenizatório

4.4.1 Sistema de tarifação

É impossível se criar uma tabela que fosse capaz de abranger, não só os eventos possíveis, que da causa aos danos morais, mas, inclusive que previsse um valor específico para cada dano. A tarifação seria como uma tabela de preços de supermercado, ou seja, para cada produto, um preço. Desse modo Delgado (2004, p. 299) assevera:

Sabe-se perfeitamente bem que, por mais experimentado que seja o legislador, por mais que detenha uma vasta e eximia cultura jurídica, jamais será capaz de elaborar um sistema normativo perfeito. Perfeição no sentido de prever todos os casos possíveis de ocorrência no dia-a-dia. Tanto é verdade que as lacunas estão aí, justamente, para confirmar esta assertiva.

Como se vê, a lei determina que a quantificação da indenização por danos morais ficará à mercê, de qualquer forma, ao arbítrio do juiz. Ele decidirá sobre o valor a ser pago a título de indenização por danos morais. Todavia, ainda usando as palavras de Delgado (2004, p. 299-300) pode se afirmar que:

Em primeiro lugar é impossível prever todos os casos possíveis onde configura o dano moral, uma vez a cada dia surgem novos fatos geradores que produzem eventos danosos que causam lesão de ordem moral. [...] Em segundo lugar, porque jamais se poderia deter, com êxito, um valor exato estipulado “a priori” uma vez que cada caso é um caso específico, e suas fáticas peculiaridades, deve-se levar em conta, não apenas as circunstâncias fáticas nas quais o dano se verificou, mas também, e, principalmente as condições pessoais das partes envolvidas.

Vige no direito brasileiro a máxima de que o juiz é imparcial, portanto o magistrado é homem de carne e osso, tem alma e sentimentos, sendo assim jamais poderá se manter totalmente imparcial, analisando o caso concreto, mais precisamente nos casos em que criam grande comoção social. Contudo Delgado (2005, p. 308) ainda se posiciona da seguinte forma:

[...] não deve ficar nenhum receio posto que por maior que seja o seu envolvimento não poderá divorciar-se da lei afastar-se dos preceitos legais nas legislações. Não poderá o magistrado julgar por sua fria opinião. É claro que na sentença pode exarar sua opinião, entretanto a decisão será sempre com fundamento na lei.

4.5 O quantum do dano moral

Vale lembrar que o Brasil é um dos raros países que possui o instituto do dano moral constitucional. O artigo 5º, incisos V e X, da Carta Magna de 1988, alberga, de forma inquestionável, a admissão do dono moral da seguinte forma: Artigo 5º, V, *in verbis*:

É assegurado o direito de reposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem e X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano matéria ou moral decorrente de sua violação.

Sturion de Paula, (AUGUSTIN, 2005, p. 24), continuam dando suas contribuições quando afirmam que:

De pronto observa-se que um dos pontos empregados para a ocorrência do fato danoso não se restringe apenas ao físico, corporal, mas pode caracterizar-se com facilidade na forma verbal ou expressões simbólicas, ou seja, um sujeito será atacado em sua integralidade por emprego de palavras, gestos, simbólicos, figurações

Os que são pela admissibilidade dos danos morais, alegam que não se trata de pagar pela dor, mas sim de minguá-la, oferecendo recursos para o ofendido gozar de outros prazeres, como meio de amenizar o sofrimento proporcionado pela violação então sofrida. Desta forma, a indenização seria uma competição que visaria à atenuação da dor, não o pagamento. O doutrinador Sturion de Paula (apud AUGUSTIN 2005, p. 27) posiciona-se pelo seguinte entendimento:

De que a fixação do quantum deve ater-se tão-somente na sanção do dano causado, visando uma condenação pecuniária punitiva, e não uma “compensação” econômica a fim de lenir a dor com confortos ou prazeres. Pois, enquanto direito objetivo a um dano subjetivo, torna-se difícil interferir limitativamente sem que se deprecie o ser humano então atingido pelo dano imaterial; mas como uma sanctio júris a maleabilidade da discussão sobre valores isola o sofrimento, a reputabilidade, o equilíbrio psíquico, ... enfim, a integralidade humana, permitindo que o magistrado julgue com uma psicologia menor, além de diminuir a tensão que, não raras vezes, presencia-se neste processos. O quantum sancionatório a ser aplicado deve sobrelevar o dano moral aos demais danos existentes, de forma que obtenha uma valorização econômica suficiente a sobrestar a possibilidade de novos danos de igual natureza pelo mesmo agente ofensor e por outros, o que poderia, por falta de melhor parâmetro, amparar-se no potencial econômico deste. A importância obtida com a sanção aplicada ao infrator reverter-se-ia ao lesionado, mas não com o sentido de compensar ou atenuar a dor, e sim como satisfação da promoção da justiça, onde o ofensor foi punido economicamente pelo dano cometido, servindo de exemplo para os demais membros da ordem social, e quando muito, saciando a vingança, inerente ao homem em tais casos.

4.6 O *quantum indenizatório*

Mas o debate acerca dos danos morais indenizáveis é acirrado em torno da problemática da mensuração ou quantificação das indenizações. Trata-se de um ponto bastante polêmico e controverso, pois não há nenhum critério uniforme determinado e estabelecido do qual o magistrado possa se valer na hora de materializar a sentença indenizatória. A fixação do *quantum indenizatório* dos danos morais encontra obstáculos na dificuldade de arbitramento de sua valoração naturalmente difícil, buscando a doutrina basear-se em alguns princípios que reagem a matéria, observando de início que a reparação por dano moral deve abranger uma compensação para o ofendido ou lesionado e constituir em pena ao ofensor ou lesionante para coibir a prática reiterada do ato lesivo.

O caráter eminentemente de ressarcimento da responsabilidade civil, visando ao restabelecimento do *status quo ante* pela recomposição do patrimônio lesado, o que não se afigura difícil nos danos materiais, pelo simples fato de fácil constatação do prejuízo sofrido. Porém, a matéria, ganha conteúdo controvertido quando se trata de danos morais, nos quais, não se pode deixar de reconhecer, que não se visa à indenização a recompor sentimentos, insuscetíveis, por sua natureza, deste resultado por seu próprio efeito.

A reparação, aqui, tem como objetivo proporcionar ao lesado alguns meios para aliviar sua angustia e sentimentos feridos, servindo também de pena ao infrator, ou seja, levam-se em conta, em seu arbitramento, as condições sociais e econômicas do ofendido e do causador do dano, o grau de sua culpa ou a intensidade do elemento volitivo, assim como a reincidência.

Na reparação do dano moral o dinheiro não assume função de equivalência, de respectivo valor, como ocorre no dano material/patrimonial, antes ao contrário, o dinheiro, aqui, desempenha papel de satisfação tanto quanto possível, mas principalmente de pena (contra-incentivo ao ilícito). A rigor, indenizar, ou seja, tornar indene, inseto da lesão e conseqüentemente do dano moral (extrapatrimonial) é impossível, assim só resta mesmo a compensação material (satisfação/restituição possível) e pena pecuniária (caracter aflitivo).

Vale dizer, em síntese, que a fixação do *quantum* indenizatório na reparação por danos morais é efetuada levando-se em consideração os princípios de razoabilidade e severidade, tendo por objetivo o atendimento à compensação e de desestímulo à reincidência. A doutrina sustenta que a ressarcibilidade do dano moral deve proporcionar meios sucedâneos ou derivativos que visam amenizar o sofrimento da vítima, como passeios, divertimentos, ocupações e outros do mesmo gênero, ou seja, melhoria na qualidade de vida da vítima proporcionada pela indenização do dano moral não representa qualquer ilicitude, ou qualquer falta de justa causa, senão contraprestação compensatória e punitiva em face do ato ilícito do dano moral. O contrário disso seria converter a vítima do dano em vítima, também, da miopia judicial.

Em suma, pode dividir-se os critérios para fixação de indenização por danos morais em positivos e negativos. Nos primeiros, doutrina-se que deve ser observado: a econômica, pessoal e social do ofendido, a condição econômica do ofensor; grau de culpa, gravidade e intensidade do dano, hipótese de reincidência, compensação pela dor sofrida pelo ofendido e desestímulo da prática delituosa. Já nos critérios ditos negativos, os pontos a serem considerados (negados/evitados) são: o enriquecimento do ofendido e viabilidade econômica do ofensor.

O certo é que os tribunais hoje vêm fazendo tábula rasa dessas ponderações mais contemporâneas em torno da reparação do dano moral e arbitrando por baixo as indenizações que raras vezes alcançam o patamar de 100 (cem) salários mínimos, como se as dores e as perdas morais fossem necessariamente mínimas como o mínimo do salário brasileiro. O patrimônio particular e individual do lesante, assim, tem sido mais protegido que o patrimônio nos casos de desfalque e desvios (quantos devolvem aos cofres públicos o que deles tiram?). Nesse sentido Amaral (apud AUGUSTIN, 2005, p. 127) assevera que:

A quantia, a ser arbitrada na condenação, a seu turno, deverá ser de tal monta a promover não apenas a justa compensação, mas alcançando igualmente o outro escopo da indenização do dano moral, correspondente ao desestímulo à prática de novos ilícitos, conforme reconhece a jurisprudência, espalhada no seguinte trecho de emenda de Acórdão proferido pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça: “indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e outros membros da sociedade a cometerem atos dessa natureza.” (REsp 168.945-SP, rel. Min. Pautada Ribeiro, DJU*

06.09.2001, grifamos). Desde a velha Roma os princípios jurídicos de que “ubi emolumento, ibi ônus” (onde existe a vantagem, existe o ônus correspondente). Assim, por exemplo e em principio, nada de tão absurdo as condenações jurídicas (ainda raras entre nós) de grande empresas e ricos fornecedores de a pagarem consideráveis indenizações por danos que sua atividade empresarial gera aos consumidores. Quem lucra com o risco deve arcar com os encargos da reparação plena dos danos que isso engendra.

4.7 O valor do dano moral

Como já foi dito, é impossível um tabelamento perfeito a todos os casos possíveis de ocorrência de dano moral e mais, de um valor exato para cada evento. Assim Delgado (2004, p. 304 e 305) diz que:

Prever, o que pode ser considerado evento capaz de produzir dano moral é impossível, e a pretensão de, aprioristicamente, prever um valor exato, tabelado, é arriscado e contraproducente. Cada evento repercutirá de forma diferente em cada pessoa. Se uma pessoa, diante de um determinado evento não sentir qualquer constrangimento ou dor moral, qualquer abalo em sua psique, não terá direito a pleitear uma indenização a um título de dano moral. Muitos são os que, diante de um determinado acontecimento, não esboçam qualquer reação da mágoa, ressentimento, abalo, nem mesmo chegando a recorrer ao judiciário. E caso recorram à previsão tabelada de um valor, é muito contra producente, pois a repercussão poderá exigir um valor maior ou menor do que o previsto na tabela. Outro ponto, ainda de mais seriedade, concerne à esta questão de se querer dar um valor à dor, através de um reprovável tabelamento. Se isso se verificar, estar-se-á a cancelar aquilo que a doutrina nacional, tão bravamente, lutou para rechaça, ou seja, atribuir-se um preço à dor, a chamada “pretium doloris”. A indenização por danos morais somente foi aceita em sede doutrinária, pelos que, inicialmente, a combateram com todas as forças e, jurisprudencialmente, por nossos tribunais, a partir do momento em que, doutrinadores e magistrados se convenceram de que, deveras, conceder a indenização por dano moral não era da um preço à dor, transformar a honra, a moral em objeto de mecânica, mas sim e, fundamentalmente, compensar a vítima por todo o sofrimento moral a que, injustamente, foi submetida.

O Projeto de lei número150/99, renumerado, tomado assim o número 7.124/02, pretende criar uma tabela para os danos morais, cujos valores se situam entre R\$ 20mil reais e

R\$ 180 mil reais. O artigo 7º do citado projeto tem a incumbência de instituir tal tabelamento. Conforme se depreende do citado projeto. Cujos textos, na íntegra, constam no adendo do presente trabalho, assim reza de forma textual seu citado, *in verbis*:

Ao apreciar o pedido, o juiz considera o teor do bem jurídico tutelado, os reflexos pessoais e sociais da ação ou omissão, a possibilidade de superação física ou psicológica, assim como a extensão e duração dos efeitos da ofensa § 1º Se julgar procedente o pedido, o juiz fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes níveis: I – ofensa de natureza leve: até R\$ 20.000,00 (vinte mil reais); II – ofensa de natureza média: de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 90.000,00 (noventa mil reais). III – ofensa de natureza grave: de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) a R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais). (Rodrigo Mendes Delgado, 2004, pg.308/309).

As lesões são classificadas em leves, médias e graves. Uma bonita classificação, diga-se de passagem. Mas, por Deus, quem poderia ter condições de classificar uma lesão moral em um dos três níveis? Muito provavelmente, nem os psicólogos possuem tal capacidade, ouousem tal desiderato. Nem mesmo a vítima tem condições de dizer se seu sofrimento foi leve, médio ou grave.

Claro que, lógico e bom senso, possa-se aferir a gravidade do sofrimento, e, sinceramente, é o que se deve esperar do magistrado ao analisar o caso concreto, mas, daí a querer estabelecer uma classificação rigorosa, e o que é pior, um tabelamento, já passa dos limites do razoável. Um mesmo evento pode repercutir de formas variadas em relação às pessoas. Dentro de um conjunto de várias pessoas, um mesmo evento pode produzir uma gama muito variada de relações. Desde pessoas que terão um sofrimento extremado, até as que nada sofrerão em relação ao evento. Delgado (2004, p. 309 -310) comenta o assunto dando sua opinião:

A pretensão de se classificar em níveis, a dor alheia, apresenta uma pretensão sem explicação. Que haja formas variadas de intensidade de sofrimento, isso é ponto incontroverso até mesmo para os que são leigos nessa temática. Todavia o reconhecimento dessa assertiva não pode se erigir em supedâneo para justificar a pretensão de se dar um valor à dor. Qual o valor exato ao se atribuir ao sofrimento de uma mãe que perde seu filho de tenra idade? Qual valor se atribuir a uma pessoa que perde seu

braço ou uma perna em razão da imprudência de um motorista? Qual o valor a ser atribuído à dor de uma pessoa que passa a sofrer de problemas mentais sérios, após uma intervenção cirúrgica, em que, por negligência, ficou sem suficiente oxigenação do cérebro por longo período? Ou daquele que ficou paraplégico ou tetraplégico, ou do que ficou cego, ou surdo, depois de um acidente? É possível nesses, e em mais de um sem número de casos, se aquilatar de forma exata, por meio de uma tabela, aprioristicamente confeccionada, em qual categoria da tabela o dano se amolda melhor? Creio, sincera e humanamente, que não.

4.8 O valor justo

Nas palavras de Delgado (2004, p. 376- 377) chega-se a conclusão de que não se pode medir o dano moral:

[...] considerar fatos e circunstâncias que se impõem estando-se diante da impossibilidade de proceder à reparação in natura dos danos morais. Sabendo-se de antemão, que é impossível o estabelecimento de um valor, aritmeticamente, exato, tendo-se optado pelo dinheiro como instrumento viabilizador da compensação por danos morais, e, por fim, não tendo aplicabilidade nenhuma a teoria da “compensatio lucri cum damno”, sendo que seus efeitos são bem mais negativos do que, propriamente positivos, podendo funcionar como causas geradoras de impunidade. Diante do critério resta a questão: qual seria o valor que, a um só tempo, satisfizesse os anseios da parte ofendida, proporcionando-lhe uma compensação, a mais cabal possível, não gerando, todavia, um enriquecimento indevido e punisse o ofensor pelo ato ilícito praticado, não lhe causando, por conseqüência, a ruína financeira? Em primeiro lugar, pode-se dizer de forma uníssona que não há um valor exato. Haja vista o fato de que o dano moral não se exterioriza no mundo fático, material ou físico, impossível é se estabelecer um valor aritmeticamente correto como dito acima. Isso, alias, reverbera o entendimento mais moderno.

Portanto, necessário se faz ter em mente que todos são responsáveis por aquilo que cativam. Por fim, como disse Saint-Exùpéry: *Tu te tornas eternamente responsável por aquilo que cativas*. Seres humanos não são fantoches, concebidos para agradar o exclusivismo e a maldade alheia, mas foi idealizado em nome e em honra do Criador. Apenas Ele pode deliberar os rumos do homem. Tudo isso para que a ciência jurídica seja verdadeiramente transformada em fonte de Direito e, quem sabe, de Justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como conjectura da responsabilidade civil, o dano é qualquer lesão sentida pela vítima em seu conjunto de bens jurídicos, sejam estes materiais ou morais, leve-se em conta que os dois, por representarem interesses autênticos dos titulares de direitos, devem ser resguardados. O dano moral ocorre no campo da subjetividade, ou no plano dos valores da pessoa enquanto ser social, e provém de técnicas atentatórias à personalidade, traduzindo-se em sentimento de ansiedade da alma do insultado, capaz de gerar inquietações psíquicas ou dano ao aspecto afetivo ou social do seu patrimônio moral.

Pode-se, então, afirmar, de maneira ampla, que o dano moral é aquele que se manifesta na ofensa ao patrimônio ideal da pessoa. Da imensa gama dos direitos tutelados como da personalidade, atados à noção de dignidade humana, deriva a inviabilidade, constatável de plano, de enumeração exaustiva de todas as hipóteses de ocorrência do dano moral e, por via reflexa, a dificuldade de classificação sistematizada, cabendo, então ao Magistrado a tarefa de identificar o dano moral reclamado na demanda, a partir das circunstâncias e peculiaridades trazidas pela hipótese.

Esboçados alguns pontos concernentes ao dano moral, resta, agora, finalizar sobre o tema central objeto do presente estudo: o *quantum* indenizatório.

A fixação do *quantum* indenizatório consta-se entre os temas delicados do Direito, a exigir acurada sensibilidade e senso de justiça, pois, como visto, diferentemente do que ocorre com relação aos danos materiais, não se volta à recomposição patrimonial do ofendido, com o restabelecimento puro e simples do status quo ante; persegue, acima de tudo, a compensação,

de alguma forma, das aflições da alma humana, das dores provocadas pelas mágoas produzidas em decorrência das lesões íntimas.

Há que se concordar de que o valor reparatório, a título de dano moral, deve ficar ao livre e aceitável arbítrio do magistrado, único validado a conferir, a partir de seu conhecimento, a expansão da lesão e o que a esta corresponda. Há quem tema, e muito, tal liberdade dada ao julgador, e, via de efeito, defenda, enfaticamente, a implantação de uma tarifa ou taxa de valores por parte da lei, a fim de restringir eventuais excessos. Mas, em se tratando da fixação da reparação do dano moral, o voto de confiança na atividade judicante se faz ainda mais indispensável, pois a valoração de um juiz, inegavelmente, tem infinitas vantagens sobre a previsão fria de uma lei genérica.

Assim cautela e razoabilidade devem ser tomadas como palavras-de-ordem em todo o procedimento de cômputo do dano moral e da indenização devida em função deste. Dessa forma, necessita o juiz, ao estimar o valor, repita-se, tarefa das mais difíceis, determinar um ponto a partir do qual exercerá sua avaliação. Seu trabalho assemelha-se ao da lapidação de uma pedra de inestimável valor, no qual a força mal empregada é capaz de arruinar todo o resultado pretendido.

O ponto de partida, esse primeiro parâmetro a ser considerado, se presente, há de ser o valor pedido pelo ofendido, que, em tese, em um primeiro momento, obviamente, seria o único capaz de mensurar o quantum suficiente, haja vista o caráter compensatório da reparação. Demais disso, não se pode esquecer que a reparação pecuniária do dano moral não indeniza de maneira satisfatória – e nem poderia – a agressão íntima sofrida pelo lesado.

Num segundo instante, caberia a intervenção do juiz, que passaria a apreciar, de forma integrada, a gravidade ou extensão do dano, as circunstâncias do caso, a situação pessoal e social do ofendido e a condição econômica do lesante.

Os ensinamentos que se podem retirar do estudo, organizado, é que existem muitas divergências que ainda continuam a se discutir na comunidade jurídica, como a quantificação do dano moral; tarifação; arbitramento; critérios para o arbitramento da reparação, dentre outras, que caberão a doutrina e a jurisprudência, com a sua força criativa peculiar, trilhar novos caminhos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CALDAS, Pedro Frederico. Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral. São Paulo: Saraiva, 1997.

DELGADO, Rodrigo Mendes. O Valor do Dano Moral: Como Chegar até Ele. Teoria e Prática. 2ª ed. São Paulo: JH Mizuno, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil. 4ª ed.ed. ver. atual e reform. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol. 3

RODRIGUES, Sílvio. Responsabilidade Civil. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Vol. 4

SAMPAIO, José Adércio Leite. Direito à Intimidade e à Vida Privada. Belo Horizonte: Del Rei, 1998.

STURION, Alexandre de Paula (e outros col.). Dano moral: um prisma de sua admissão e da aferição de seu quantum sob a ótica da conotação sancionaria. In: AUGUSTIN, Sérgio (coord.) Dano Moral e sua Quantificação. 3ª ed. Caxias do Sul: Plenum, 2005.

TOLEDO PINTO, Antonio Luiz de; WINDTH, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Lívia. Vade Mecum / obra coletiva. 4ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.