



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

JOSÉ LIRAILTON BATISTA FEITOSA

O QUANTUM DO DANO MORAL

**SOUSA - PB
2005**

JOSÉ LIRAILTON BATISTA FEITOSA

O QUANTUM DO DANO MORAL

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Processual Civil, do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

**SOUSA - PB
2005**

JOSÉ LIRAILTON BATISTA FEITOSA

O QUANTUM DO DANO MORAL

BANCA EXAMINADORA

ORIENTADOR

MEMBRO

MEMBRO

CAJAZEIRAS – PB

maio/2004

“ Considera como a maior infâmia preferir a vida á honra e, para salvar a vida, perder as razões de viver”.

(Carmen Gutierrez)

Dedico este trabalho científico aos meus pais Raimundo Batista dos Santos e Josefa Feitosa Batista, cuja nobreza de caráter se eternizou nos gestos e nas obras, de quem eu auferi as mais belas lições sobre a vida e as pessoas.

E à minha noiva Manuela Diógenes Moreira, pelo grande incentivo moral e intelectual para a concretização deste trabalho.

Agradeço a Deus por me guiar sempre no caminho certo e me dar forças para hoje concluir este capítulo da minha vida.

Ao meu orientador Joaquim Alencar, pela grande colaboração para conclusão deste trabalho.

RESUMO

Após o decurso de um longo período da história Romana, os hábitos e costumes dos povos sofreram um natural processo de aprimoramento no convívio social. O homem passou a conquistar bens e valores que hoje são amplamente tutelado pelo ordenamento jurídico, tais como o direito à vida, à privacidade e à personalidade. Esses princípios começaram a ser objeto de reparação pelo poder Estatal, como uma forma de reprimir as atitudes que comprometem a moral social. Por outro lado, uma das questões mais tormentosas dos juizes brasileiros, seja em nível de primeiro grau ou na fase recursal, consiste na fixação do "quantum" indenizatório nas ações de indenizações. Por fim, as indenizações por danos morais não devem converte-se em "loteria judicial" e muito menos em mercado de dor, para isso, os magistrados devem buscar parâmetros a ser analisado com cautela, sempre dando importância aos aspectos fáticos do evento que pode ensejar ou não uma reparação por danos morais.

Palavras-chave: reparação – indenização – compensação- satisfação- dano moral.

SUMÁRIO

RESUMO

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO I

2. Conceito de dano moral-----	14
2.1. O dano-----	14
2.2. O moral-----	15
2.3. A diferença entre dano material e dano moral-----	17

CAPÍTULO II

3. Antecedentes históricos-----	19
3.1. O Código de Hamurabi-----	19
3.2. O Código de Manu-----	20
3.3. O Código da Grécia antiga-----	21
3.4. Evolução histórica dos danos morais em Roma-----	21

CAPÍTULO III

4. O dano moral no direito comparado-----	23
4.1. Na Itália-----	23
4.2. Na Espanha-----	24
4.3. Nos Estados Unidos da America-----	24
4.4. Na Argentina-----	26

CAPÍTULO IV

5. A indenização do dano moral -----	28
5.1. Da natureza da condenação-----	28
5.2. O quantum indenizatório-----	29
5.2.1. Da mensuração da condenação-----	31
5.2.2. O dano moral e a escola base-----	36
5.3. A diferença entre a função indenizatória e compensatória do dano moral-----	38

CAPÍTULO V

6. A reparação do dano moral-----	41
6.1. Reflexos sociais da reparação do dano moral-----	41
6.2. Fatores que devem ser analisados na reparação do dano-----	42
6.2.1. A reparação dos danos e a personalidade agravada-----	43
6.2.2. Do moral e a gravidade de lesão psicológica-----	45
6.3. O papel do magistrado na reparação dos danos morais-----	46
6.4. A admissão de novas formas de reparação-----	48

CAPÍTULO VI

7. Fundamentos Jurídicos do dano moral-----	52
7.1. A consalidação dos danos morais na legislação pátria-----	52
7.2. Corrente doutrinárias-----	53
7.3. Posicionamento jurisprudencial-----	54

CAPÍTULO VII

8. As considerações finais-----	57
9.Referências bibliográficas-----	59

1. Introdução:

A questão do dano moral de longa data vem preocupando juristas em busca da solução ideal para cada época, tanto que já constante das primitivas legislações codificadas como o Código de Manu, o de Hamurabi e códigos da Grécia antiga.

Já no início do século XX, sentindo a insuficiência da ciência do Direito da época, afastada dos elementos sociais, e dos problemas dos tempos modernos, os doutrinadores proclamavam que o direito, se não pode estar a frente dos fatos sociais, também não deve estar atrasados aos dias contemporâneos, pois, o direito é continente lógico e formal constituído por conceitos e princípios que vive em busca do ajuste ideal entre as estruturas abstrata do direito e a vida concreta.

No Brasil, antes da Constituição de 1988, muitos doutrinadores não admitiam a reparação por danos morais sob argumento de ser impossível a indenização com dinheiro, ou seja, a incompatibilidade de ressarcir de acordo com natureza do dano.

Com o advento da Magna Carta de 1988, em seu artigo 5º, V e X, não mais se discute a possibilidade de composição do dano, mas todo o atentado á reputação da vítima, a sua autoridade legítima, ao seu pudor, á sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor próprio estético, á integridade de sua inteligência, a sua afeição, etc.

O novo Código Civil, em termos de responsabilidade, trouxe uma modificação substancial no que diz respeito ao fundamento moral da responsabilidade, redirecionando o foco para o lesado, antes centrado no autor

da lesão, as indenizações passam a se submeter ao limite da dignidade da pessoa, aplicando-se a esse princípio até mesmo ao autor da lesão.

Muitas têm sido as objeções contra a reparação do dono moral quanto à possibilidade de se ressarcir o valor correspondente aos interesses extrapatrimoniais. Dentre os quais, vale ressaltar, a dificuldade de descobrir-se a existência do dano, a incerteza dos donos morais de um verdadeiro direito violado e de um dano real, a impossibilidade de uma avaliação pecuniária rigorosamente precisa do dano moral.

Arbitramento é o exame pericial que visa determinar o valor do bem, ou da obrigação a ele ligada, na avaliação do dono, o órgão judicante deverá estabelecer reparação eqüitativa baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável.

Fala-se ainda na existência de uma indústria do dano moral e dessa rotulação fácil de um fenômeno social que se apoderam da máquina judiciária com intuito de obter vantagem indevida, oriundo da conscientização das pessoas quanto aos seus direitos, tenta-se desqualificar e tolher a legitimidade das indenizações obtidas por meio de ações propostas e julgadas pelo poder estatal.

Dano material é a perda causada no patrimônio, complexo de bens materiais, enquanto dano moral é, qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, em caso dessa natureza, feridos são os interesses puramente morais, de mera afeição subjetiva e não econômica, já que o dano moral está inserto nos atentados sofridos pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito ao seu patrimônio ideal, que é o conjunto de tudo

aquilo ao qual não é inerente de sua natureza, a valorização econômica em oposição ao patrimônio material.

A pessoa tanto pode ser lesada no que ele é, quanto no que ela tem, é o que acontece quando são atentados o nome, a vida privada, a honra, a intimidade de alguém ou quaisquer outras situações individuais, pessoais da vida do homem. Valores esses válidos tanto no mundo subjetivo quanto no objetivo do direito, enquanto ordem social. Assim, qualquer lesão ou perda oriunda de fato ilícito gera o dever de reparar, por isso é ético e justo, logo jurídico.

2. Conceito de dano moral:

2.1. O dano

Na esfera material, esse dano culmina com diminuição do patrimônio e se aufere por simples análise comparativa entre aquilo que o indivíduo possuía antes do evento e aquilo que se passou a possuir após sua ocorrência.

O conceito básico de dano é prejuízo, diminuição, perda, deterioração de uma coisa em relação a seu estado anterior, o dano ainda, inclui o chamado lucro cessante, ou seja, aquilo que o credor deixou de ganhar, acrescer ao seu patrimônio, em decorrência do evento. Todo ato que diminua os bens materiais, ou imateriais, pode ser considerado dano. O dano é um mal, um desvalor ou contra valor, algo que se padece com dor, posto que diminui e reduz, tire algo de alguém, do qual gozava ou aproveitava que era da integridade psíquica ou física, as possibilidades de acréscimo ou novas incorporações.

Para que esse dano seja ressarcível ou indenizável, a corrente dominante prega que ele deve ser certo, atual próprio ou pessoal, certo quanto à sua existência, quanto sua efetividade. O dano não pode ser meramente hipotético, próprio ou pessoal, porquanto só poderá pleitear indenização aquele que sofreu prejuízo decorrente do evento danoso, mesmo que indireto. Cabe ao operador do direito demonstrar a existência de uma conduta, positiva ou negativa, bem como o nexa causal, ou seja, o liame que liga a conduta ao resultado danoso, para aquele que sofreu prejuízo possa voltar-se contra o seu causador, buscando a satisfação de seu ressarcimento, seja material ou moral.

O novo Código Civil deu melhor tratamento à responsabilidade civil, então vejamos: artigo 927 “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

O citado Código remete aos artigos 186 e 187 do mesmo diploma legal, o qual esclarece o que vem a ser ato ilícito.

Artigo 186 “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Artigo 187 “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo excede manifestamente aos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Assim, o ordenamento jurídico resguardou o direito daquele que sofreu prejuízo, em busca de sua reparação junto ao acusador do dano, seja material ou moral.

2.2. O moral

O que vem a ser o moral? Semanticamente, moral segundo o Dicionário Michaelis da Língua Portuguesa, enquanto objetivo; é relativo à moralidade aos bons costumes, diz-se de tudo que é decente, educativo e instrutivo, já na qualidade de subjetivo; é o conjunto das nossas faculdades morais, disposições do espírito, energia para suportar as dificuldades, os perigos, ânimo, tudo que diz respeito ao espírito ou à inteligência, ou seja, todo

tormento, agonia, desassossego, inquietação, etc. qual quer alteração que cause um sentimento de perda e bem-estar da dignidade.

Mas, nem toda aflição humana pode ser considerada dano moral, para ser considerado dano e, portanto, indenizável, o sentimento há de ser tal que cause ao indivíduo dissabor além daquele ordinariamente sofrido pelo homem comum.

Um indivíduo que vive em uma sociedade está sujeito a diversos desgostos, que fazem parte da convivência humana e que, embora lhe posam trazer incômodos, não podem ser tidos como indenizáveis.

Conquanto, existam pessoas cuja suscetibilidade aflora na epiderme não se pode considerar que qualquer mal-estar seja apto para ensejar o âmago, causando dor espiritual. Quando alguém diz ter sofrido prejuízo espiritual, mas este é conseqüente de uma sensibilidade exagerada ou de má suscetibilidade extrema, não existe reparação.

Para que exista dano moral é necessário que a ofensa tenha alguma grandeza que esteja revestido de certa importância e gravidade.

Por sua vez só o mero incômodo, o desconforto, o enfado decorrente de alguma circunstância que o homem médio tem de suportar em razão mesmo do viver em sociedade, não serve para que sejam concedidas indenizações.

Na análise do dano e sua dimensão, para fins de indenização, o magistrado deverá levar em conta vários fatores que deverão ser sopesados, tais como se a vítima é homem ou mulher, idosa ou de tenra idade, se goza de boa saúde ou não etc. Os indivíduos não são iguais e possuem experiências de vida distintas, fazendo com que duas pessoas recebam determinado fato de maneiras diferentes, o que é ofensivo para um, pode não ser para outro.

A indenização por danos morais não poderá causar alteração substancial no estado econômico da vítima, para que não represente seu enriquecimento sem causa, vedado em nosso direito.

Entretanto, Sabe-se que o dor moral, em verdade não se repara. Não há como fazer voltar o tempo e apagar da mente da pessoa a dor, o sofrimento, o constrangimento sofrido, o que o direito procura fazer por meio da indenização em pecúnia, é possibilitar à vítima minoração dos efeitos decorrentes do dano moral.

É possível apenas amenizar o dano, seja por tratamento psicológicos, se mais grave, ou, se de menor gravidade pela compensação da dor com outra sensação que atinja o espírito, qual seja o prazer. Assim, poderá a vítima do dano moral fazer uso da indenização recebida para adquirir algum bem ou praticar algum ato que lhe agrade e, conseqüentemente se sentir reconfortada.

2.3. A diferença entre dano material e dano moral

A reparação dos danos materiais sugundo Avio Brasil: "tem como finalidade repor as coisas lesionadas ao seu *status quo ante* ou possibilitar á vítima a aquisição de outro bem semelhante ao destruído, o mesmo não ocorre, no entanto, com relação ao dano eminentemente moral, neste é impossível repor as coisas ao seu estado anterior".

A reparação em tais casos reside no pagamento de uma soma pecuniária, arbitrada pelo senso do juiz, que possibilite ao lesado uma satisfação compensatória da sua dor íntima.

Dessa forma, enquanto uma repõe o patrimônio lesado a outra compensa os dissabores sofridos pela vítima, em virtude da ação ilícita do lesionador. Neste aspecto a diferença entre o dano material e o dano moral, por quanto às causas e efeitos são distintos, no primeiro atinge-se o bem físico reparando-se a sua perda, no segundo, fulmina-se o bem psíquico compensando-o através de uma soma em dinheiro que assegura á vítima uma satisfação compensatória.

O dano material é aquele que oferta exclusivamente os bens concretos que compõem o patrimônio do lesado, enquanto que o dano moral é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado sem repercussão patrimonial.

3. Antecedentes históricos:

3.1. Código de Hamurabi

A primeira noção de que tem conhecimento na história da Civilização acerca do dano e sua reparação, é através de um sistema codificado da Lei que surgiu na Mesopotâmia através de Hamurabi rei da Babilônia (1792-1750 a. c).

O Código de Hamurabi foi gravado em uma estrola de basalto negro, se acha conservado no Louvre, é constituído por um sistema de Leis sumérias e acadianas, que foram revistas, adaptadas e amplificadas por Hamurabi.

O princípio geral do Código era “o forte não prejudicará o fraco”. A noção de recuperação do dano encontra-se claramente definida no Código de Hamurabi, as ofensas pessoais eram reparadas na mesma classe social, á custa de ofensas idênticas. Todavia, o Código incluía ainda a reparação do dano á custa de pagamento de um valor pecuniário.

A idéia vigente de reparação do dano por um valor monetário tem como objetivo repor as coisas lesadas ao seu “status quo ante” ou, dar uma compensação monetária á vítima em virtude do sofrimento experimentado por esta.

Portanto, a imposição de uma pena econômica consiste em uma forma de indenização do patrimônio do lesionado que por si só constitui uma pena, proporcionando á vítima uma satisfação compensatória.

Essa compensação econômica consiste na realidade em uma penalidade cuja finalidade primordial é a de coibir os abusos de violência e reprimir o sentimento de vingança.

3.2.Código de Manu

Manu, na mitologia Hinduísta, foi o homem que sistematizou as leis sociais e religiosas do Hinduísmo. Essas leis antigas são chamadas Código de Manu, até hoje interfere na vida social e religiosa da Índia onde o Hinduísmo é a principal religião.

O código de Manu guarda uma certa semelhança com o Código de Hamurabi. O código de Manu previa uma espécie de reparação de dano quando ocorriam lesões. O sentido preconizador pelos legisladores era facultar a vítima de danos uma oportunidade de ressarcir-se á custa de uma soma em dinheiro.

O aspecto diferenciativo entre o Código de Hamurabi e o Código de Manu, era o de que, enquanto no primeiro a vítima ressarcia-se á custa de outra lesão a ser feita no lesionador, ou seja, consistia na reparação de uma ofensa por outra, já no de Manu era ás expensas de um certo valor pecuniário arbitrado pelo legislador, ou seja, uma reparação de um ato lesivo pelo pagamento de uma importância.

Dessa forma, suprimiu-se a violência física que estimulava nova reprimenda igualmente física, gerando daí um ciclo vicioso por valor pecuniário. Não há dúvidas da que a reparação do dano pelo pagamento de um valor pecuniário evitou-se que o lesionador fosse alvo da fúria vingativa da vítima.

Trata-se na realidade de um sentimento cristão, milênios antes do surgimento do cristianismo que haveria de modificar substancialmente o espírito humano. Assim sendo, o Código de Manu trouxe a lume uma conceituação primária da indenização do dano moral.

3.3.Código da Grécia antiga

A civilização grega foi a mais marcante e expressiva na evolução dos danos morais de que se tem conhecimento na história do homem na face da terra.

A noção de reparação do dano era pecuniária de acordo com as normas instituídas pelo Estado.

A Grécia concedeu ensinamentos políticos e filosóficos de grande expressão, que deram forma o espírito do homem e as civilizações que a sucederam.

A influencia cultural dessa civilização foi marcante na medida em que propiciaram o surgimento de legislações como aconteceu na antiga Roma, onde, os romanos possuíam exata noção de reparação pecuniária do dano. Assim, todo ato considerado lesivo ao patrimônio ou a honra de alguém implicava uma conseqüente reparação.

Daí para frente, o instituto de reparação sofreu no curso da história um aprimoramento importante cujas bases, no entanto, se encontram alicerçadas nas legislações citadas.

3.4. Evolução histórica dos danos morais em Roma

Os romanos possuíam exata noção de reparação pecuniária do dano. Assim, todo ato considerado lesivo ao patrimônio ou honra de alguém implicava uma conseqüente reparação. Havia também exata noção dos delitos privados e públicos, os de natureza pública eram considerados mais grave, eis que

ofendiam o Estado sobre o qual se assentava toda a estrutura política econômica social do sistema vigente da época. Daí por que os delitos contra o Estado eram graves e redundavam em repressões extremas

A responsabilidade civil no antigo direito romano subdividia-se dentro da seguinte cronologia: a Lei das XII Tábuas, no ano de 452 a.c; a Lex Aquilia no ano de 286 a.c e a legislação Justiniana no ano 528/534 a.c. o fundamento da legislação na antiga Roma assentava-se na reparação do dano através da pena pecuniária. Os romanos já aceitavam a reparação do dano moral, essa noção de reparação encontra-se no parágrafo 9º da Lei das XII Tábuas, In Verbis:

§1º "Se um quadrúpede causa qualquer dano, que o seu proprietário indenize o valor desses danos ou abandone o animal, ao prejudicado".

§2º "Se alguém causa um dano premeditadamente que o repare".

§5º "Se o autor do dano é impúbere, que seja castigado a critério do pretor e indenize o prejuízo em dobro".

§8º "Mas, se assim agiu pro imprudência, que repare o dano, se não tem recurso para isso, que seja punido menos severamente do que se tivesse intencionalmente".

§9º "Aqueles que causar danos leves indenizará 25 asses. Por outro lado, restou igualmente incontroverso que os romanos não questionavam a que título o dano havia sido perpetrado. Bastava tão somente a sua ocorrência para evidenciar a obrigatoriedade de reparar"(Will Durant. História da Filosofia).

4. O dano moral no direito comparado:

4.1. Na Itália

As origens das normas que se sucederam no curso da história tiveram o seu início na Roma.

Os romanos não tinham uma exata e precisa noção a respeito dos danos. Ocasionalmente á intimidade da pessoa. A simplicidade do conhecimento jurídico da época não conseguia estabelecer a correta distinção entre o caráter patrimonial e não patrimonial do dano.

A idéia das pessoas naquele período histórico destacava, o fato de que as ofensas pessoais clamavam por vingança e os ofensores deveriam ser alvos de um castigo corporal, pois, tinham como pressuposto formal assegurar uma reparação de natureza satisfeita, ou seja, a condenação do lesionado ao pagamento de uma determinada importância a título de reparação a uma ofensa.

Assim, como no curso da história o Código Civil Italiano incorporou em seu texto noções básicas e genéricas a respeito da responsabilidade. Preceitua o artigo 1.151 do Código Civil Italiano que: "Qualquer fato humano capaz de produzir dano a outro, obriga o responsável que agiu com culpa a ressarcir o dano".

O que se observa no direito Civil Italiano é a admissibilidade da reparação do dano moral apenas na hipótese do ilícito penal.

4.2. Na Espanha

A Espanha ficou marcada pela acentuada influência romana em seu ordenamento jurídico. O Código Civil Espanhol consignou no seu artigo 1.092, uma regra genérica acerca da reparação do dano: "Aquele que por ação causar dano a outro ocorrendo culpa ou negligência está obrigada a reparar o dano causado".

Pelo que se denota da análise do citado artigo, a reparação pretendida pelo legislador é de natureza exclusivamente patrimonial. Todavia, em que pese à postura legislativa não contemplam de forma expressa a compensação dos danos morais, os Tribunais na maioria dos Estados europeus não fórum surdos aos apelos da sociedade, refletida nas apelações perante os Tribunais sobre a compensação dos danos extrapatrimoniais. Assim, como ocorreu na Espanha, no Brasil, e em outros países, o Supremo Tribunal Espanhol adotou decisão sobre reparação dos danos morais que foi inédita e decisiva na aceitação do tema.

Apartir desse marco inicial consolidou-se uma crescente aceitação da tese da compensação dos morais no aspecto doutrinário e jurisprudencial.

4.3. No Estados Unidos da América

No direito americano não há uma regra uniforme disciplinado de forma específica a reparação dos danos morais. Na realidade, há uma infinidade de casos concretos que se ajuntam às situações particulares de forma a resolver as pendências.

O direito americano recepcionou a compensação dos danos morais, sob o fundamento de que todo o dano deve ser objeto de reparação. Aliás, essa postura deve-se ao espírito pragmático dos povos americanos e, decorre igualmente ao estilo de vida patrimonial da sociedade americana, no caso específico dos Estados Unidos. Assim, ao recepcionar a reparação dos danos de natureza extrapatrimoniais as penas pecuniárias assumiram proporção vultosas, típicas de uma sociedade altamente industrializada e economicamente rica, é o “smart-money”, ou seja, o pagamento da dor.

O direito Inglês reconhecia amplamente a reparação do dano moral, como atesta Antônio Lindbergh Montenegro: “para toda e qualquer lesão importa um dano, ainda que patrimonialmente não corresponda á moeda mais insignificante, o dano não decorre somente do prejuízo pecuniário, mas também de qualquer ofensa que atinja o homem no seu direito”. Por isso, não importa o tipo de dano, o que se visa proteger é o direito da pessoa qualquer que seja o prejuízo produzido pela ação do lesionador.

No direito americano, a teoria mais aceita é a aquiliana, ou da culpa extracontratual nos casos de reparação dos danos morais. O procedimento adotado nos países de língua inglesa e a de natureza objetiva e concreta. A reparação dos danos nos casos de lesão é em geral ampla e irrestrita, não se questiona no direito anglo-americano a que tipo o dano moral deve ser reparado como no direito italiano, pois, o que se indaga nesses países é a existência do dano, sua consequência e necessária reparação. Para tanto, basta que os elementos indisponíveis a sua configuração tenha ocorrido.

4.1. Na Argentina

Na Argentina, encontra-se consolidada a idéia a respeito da reparabilidade dos danos morais. O atual Código argentino prevê, de forma ampla a reparação dos danos extrapatrimoniais, portanto, o agravo sofrido por uma pessoa na Argentina não abrange somente a obrigação de reparar as perdas e danos, mas também o dano moral sofrido pela vítima.

A tese da reparação dos danos moral tem sido resultada de uma construção doutrinária e jurisprudencial da maior relevância, com profundos reflexos nos demais países latino-americanos em face da expressiva postura dos doutrinadores argentinos. Aos Tribunais Argentinos têm decidido que cabe o direito á reparação por danos morais na hipótese de calúnia, de dor consequentemente da morte violenta de um filho, de desacato, de desastre ferroviário, de indevida privação de liberdade, de indevido uso de nome alheio.

Na realidade, o artigo do Código Civil Argentino consignou de forma precisa a possibilidade de reparação dos danos materiais, sempre que houve em prejuízo decorrente de atos ilícitos que possa incidir sobre sua pessoa ou a seus direitos ou faculdades.

O Código Civil Argentino consolidou um notável avanço na área da responsabilidade civil em particular com referência aos danos morais, quando admitiu de forma ampla e precisa a reparação dos danos decorrente de ato ilícito na esfera contratual e extracontratual.

Esse avanço surgiu em momentos de grandes transformações no campo social e político, onde se ampliam consideravelmente as questões relativo ás ofensas aos direitos subjetivos da pessoa física e jurídica

A idéia que se extrai de todas essas considerações do direito comparado é o fato histórico. É inquestionável que os países europeus são marcados por fortes e expressivas heranças históricas e culturais próprias, que delinearão de forma acentuada as idéias dos doutrinadores no campo da responsabilidade civil.

Assim, o que se conclui em todos os continentes é um natural aprimoramento de suas estruturas normativas nos seus parâmetros históricos. E esse processo evolutivo tem como conseqüência à admissibilidade de ampla reparação dos danos morais em decorrência de qualquer ato ilícito.

5. A indenização do dano moral:

5.1. Da natureza da condenação

Muito se discute na doutrina e na jurisprudência a natureza jurídica da indenização por danos morais, uns defendem sua natureza penal, enquanto outros, sua natureza meramente compensatória.

Hodiernamente, já se reconhece sua natureza mista, ou seja, tem o condão de infligir ao causador do dano uma penalidade capaz de fazer com que não mais pratique aquele ato gerador do dano moral, o que reflete seu caráter penal, bem como propiciar ao ofendido a utilização da indenização para aferição de satisfação tal que lhe amenize o sofrimento, traduzindo seu caráter compensatório.

Nos ensinamentos de Maria Helena Diniz, em seu curso de Direito Civil Brasileiro, v.11 ed. de 1997, Saraiva, p.90 “A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de satisfação. Não se pode negar sua função; a) penal, constituído uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio pela indenização paga ao ofensor, visto que o bem jurídico da pessoa integridade física, moral e intelectual, não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às conseqüências de seu ato por não serem reparáveis; b) Satisfação ou compensatório, pois como dono moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimento que não tem preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada”

A determinação do montante indenizatória deve ser fixada tendo em vista a gravidade objetiva do dano causado e a repercussão que o dano teve na vida do prejudicado.

5.2. O quanto indenizatório

Trata-se de um ponto bastante polêmico e controverso, pois, não há nenhum critério uniforme determinado e estabelecido do qual magistrado possa se valer na hora de materializar a sentença indenizatória. O que se pode afirmar a respeito é que a partir da observância de recentes julgados a tendência tem sido o arbitramento de indenizações cada vez maiores.

Vale dizer, que a fixação do quantum indenizatório na reparação por danos morais é efetuado por arbitramento, embora não haja um consenso quanto a esta questão na doutrina brasileira, afirmando que a fixação se faz mediante observância ao Código Civil, mas levados em consideração aos princípios da razoabilidade e severidade, tendo por objetivo o atendimento a compensação e de desestímulo á reincidência, provavelmente esse arbitramento não figura da chamada justa indenização, que a melhor doutrina sustenta que a ressarcibilidade do dano moral deve propiciar meio sucedâneo ou derivativo, que visam o sofrimento da vítima.

Pode-se dividir os critérios para fixação da indenização por danos morais em positivos e negativos, no primeiro doutrina-se que deve ser observado: a condição, pessoal e social do ofendido, o grau de culpa, gravidade e intensidade do dano, hipótese de reincidência, compensação pela dor sofrida pelo ofendido. Já nos critérios ditos negativos, os pontos a serem considerados

são; enriquecimento do ofendido e viabilidade econômica do ofensor, em boa parte das decisões judiciais, a parcimônia na fixação das indenizações tem mais garantido êxito econômico ao lesante que compensação à vítima do dano moral, daí o incentivo à prática do ilícito economicamente vantajoso. O certo é que os Tribunais, hoje vêm fazendo tabula rasa dessas ponderações mais contemporâneas em torno da reparação do dano moral, a cultura judicial atual de responsabilidade Civil ainda tolera a economicidade do dano, impera ainda o despistado binômio do custo vantagem.

Temos que desenvolver uma cultura de justiça econômica e prevenção geral de abusos dos danos morais e as injustiças sociais.

Na reparação do dano moral o dinheiro não assume função de equivalência de respectivo valor como ocorre no dano material (patrimonial) o dinheiro aqui desempenha papel de satisfação tanto quanto possível, mas principalmente de pena contra incentivo ilícito, a rigor indenizar, ou seja, tornar isento de lesão e conseqüências do dano moral. A reparação aqui tem como objetivo proporcionar o lesado alguns meios para avaliar sua angústia e sentimentos feridos, servindo de pena ao infrator, ou seja, leva-se em conta, em seu arbitramento as condições sociais e econômicas do ofendido do causador do valor, o grau de sua culpa ou a intensidade do elemento volitivo.

Com efeito, há uma grande e duvidosa preocupação no sentido do magistrado buscar evitar o enriquecimento ilícito e a banalização do instituto jurídico como tem acontecido na prática em nosso País. O juiz ao analisar e qualificar o arbitramento da indenização deverá observar a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e a posição social e política deste, e também a intensidade do dolo ou grau da culpa do responsável e sua

intenção econômica, nunca proporcionando a vítima um enriquecimento sem causa.

5.2.1. Da mensuração da condenação

Como avaliar o dano moral sofrido? como dor valor á dor do espírito? Não há uma formula matemática para se mensurar o dano moral, cada indivíduo sente o fato gerador do dano de uma determinada maneira e intensidade. Por isso, não teve sucesso a doutrina que procurou fixar critérios objetivos para sua mensuração.

Na análise da quantificação da indenização por danos morais deve se ter em mente a realidade social e cultural, bem como o âmbito de abrangência e incidência da indenização por danos vigentes em nosso ordenamento jurídico.

Todavia, o magistrado deve sopesar o bem jurídico que se pretende, seja, indenização com outros componentes da mesma esfera de interesses, *in casu*, bens atinentes aos direitos da personalidade, do qual faz parte o dano moral, a fim de se chegar ao quantum.

Mas, para se chegar ao valor de bens tão intangíveis que são os bens componentes do direito da personalidade, deve-se ter parâmetros uma coisa, só pode ser considerado menos ou mais valiosa, ou de maior ou menor importância, em comparação a outra.

Aqui cabe questionarmos, dentro do contexto dos direitos da personalidade, qual o bem da vida mais valioso, a resposta solta aos olhos até dos menos atentos, pois é a própria vida.

O direito a vida é o mais importante bem jurídico protegido em nossa Constituição da República. É em razão da vida do homem que o próprio Estado existe, para regular suas relações no meio social em que vive e em relação às outras nações. O Estado não existe por si só, o Estado é para o homem, e não o homem para o Estado.

O artigo 1º da Constituição da República arrola como fundamento do Estado, entre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Ainda, o artigo 5º, capto, da Carta Magna determina que "todos são iguais perante a Lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade da direito á vida, á liberdade, á igualdade, á segurança e a propriedade".

A jurisprudência, no reclame da sociedade não pode ficar inerte aos danos ocasionados a interesses jurídicos, passou a mensurar em valor pecuniário os direitos da personalidade, haja vista que no estagio da evolução em que o homem se encontra, não conheceu, ainda, outra forma de reparar a dor, senão pela tentativa frustrada de compensação de sentimento, ou seja, o dor pelo prazer.

O que se indeniza, em verdade não é a vida, mas a dor, na análise do caso concreto o magistrado não deve julgar, tendo em vista a maneira como os danos ocorriam em sua própria órbita jurídica, se atingida fosse, mas segundo a afetação desses interesses jurídicos no seio da coletividade social em que ocorreu o dano.

O trabalho do juiz é árduo e exige mais do que conhecimento tecnológico, devendo ser sempre considerado aspectos sociológicos políticos e

culturais a fim de se chegar a um julgamento o mais próximo do desejável em uma sociedade fraterna, justa e igualitária.

Encontra-se em tramito no Congresso Nacional, projeto de Lei que visa criar critérios para afixação da indenização por dano moral, estipulando-lhe um valor máximo, segundo sua gravidade. O projeto é de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares (PSB-SE), se o projeto for transformado em lei o valor para o dano moral da natureza leve será devido o máximo de indenização de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 90.000,00 (noventa mil reais). Já, para o dano de natureza grave a indenização poderá figurar entre R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) a 180.000,00 (cento e oitenta mil reais).

Independentemente de transformação do projeto de Lei, deverá o magistrado valer-se do bom senso, buscando nos princípios gerais do direito a medida da indenização dos danos morais.

A subsunção, ou seja, o trabalho exegético de aplicação do direito ao caso concreto requer do Estado juiz mais que o exercício da função legislativa. Daí a relevância dos princípios e regras de interpretação e integração da norma.

Importante terem-se parâmetro para a indenização, sempre levando-se em consideração o nível de valorização que a sociedade contemporânea tem, numa graduação constante, sob risco de se cometerem injustiça.

A definição dos subsídios para a concessão de indenização por danos morais é um desafio, já que se tratando de dívida de valor, sua conversibilidade em conteúdo patrimonial ou pecuniário depende da análise de elementos subjetivos da natureza do dono e daqueles que o sofreu, sendo, portanto, sua

mensuração muita mais complexa que a decorrente devida por danos materiais.

No entanto, se por um lado a definição de critérios rígidos é muito difícil, a liberdade ampla no arbitramento do valor da indenização é um perigo. Várias são os exemplos de ações de indenização por danos morais com pedidos exorbitantes que violem o verdadeiro sentido da reparação, servindo como meio de enriquecimento ilícito já que o réu da ação muitas vezes preocupado com o resultado se ver obrigado a celebrar acordos absolutamente descabidos. É o que podemos chamar de indústria da indenização.

A doutrina tem considerado que, tendo em vista a falta de indicação do legislador no que diz respeito aos critérios de definição do quantum indenizatório, os elementos a serem observados no arbitramento do dano moral serão aqueles decorrentes da indenização pelo dano causado por morte de pessoas da família, de abalo da credibilidade e ofensa á honra das pessoas, bem como do dote a ser constituído em favor de mulher agravada em sua honra, que seriam aproveitados para os demais casos.

Outrossim, considerando a grande avaliação entre os critérios acima colocados, permaneceu um critério eminentemente subjetivo no arbitramento fundado justamente na liberdade do órgão jurisdicional competente para a fixação do valor da indenização.

Por outro lado, deve buscar parâmetros rígidos para a indenização por dano moral a ser analisado com cautela, sempre dando importância aos aspectos fáticos do evento que enseja a reparação.

A título de ilustração vejamos, alguns casos de indenização milionária por danos morais que justificariam a adoção de critérios para a determinação

do valor, a fim de coibir o enriquecimento ilícito das vítimas: a Brahma foi condenada a pagar indenização por danos morais de R\$ 5,7 Milhões a um juiz, o equivalente a 450 vezes o salário do magistrado. A Rede Record de televisão foi condenado em primeira instância, a pagar R\$ 1 um milhão ao ex-juiz da vara da infância e da juventude de Jundiaí.

A empresa Bunge Fertilizante foi condenada a pagar R\$ 18 milhões de indenização por danos. A Globo foi condenada a pagar R\$ 2 milhões a Malu mader de indenização por ter exibido sua imagem.

Nos de erro médicos, a jurisprudência vem encontrando mais dificuldade na estipulação da indenização por danos morais, o que é natural, haja vista que as filigranas que envolvem as circunstâncias do erro médico são de maior riquezas, tais como o tipo de tratamento e suas seqüelas, de alcanças infindáveis. É no campo do erro médico que se demonstra com maior clareza a relevância de o Magistrado sopesar a indenização num difício trabalho de valoração do dano.

O poder judiciário já pacificou o entendimento de que a simples inscrição é fato gerador de dano indenizável, independentemente da demonstração do prejuízo efetivo, criou-se na jurisprudência o dano moral presumido.

O objetivo não é criticar os julgados até por que não há condições matarias para isso, mas simplesmente defender a necessidade de serem adotados alguns critérios para a definição desses valores, o que no caso da competência jurisdicional cabe ao Superior Tribunal de Justiça.

5.2.2. O dano moral e a escola base

O Direito brasileiro, principalmente da segunda metade do século passado até aqui, experimentou espetacular evolução no que tange o dano moral, saindo de uma posição refratária a qualquer indenização para os danos não patrimoniais para uma posição de aceitação plena. Em matéria de danos morais, o último obstáculo a ser vencido é justamente o valor da indenização, ou seja, nos tribunais brasileiros não se encontram dificuldades com relação ao reconhecimento dos danos que sejam efetivamente morais, o problema o *quantum debetur*, daí a importância do caso da escola base.

A exemplo de outra legislação como a Italiana e Argentina o direito brasileiro não é diferente em deixar com o magistrado o poder de arbitrar o valor dos danos morais, entretanto, o mero arbitramento sem ater-se aos critérios de avaliações pode levar a um desajuste dos dois lados, ou seja, o que acabaria prevalecendo seria a indesejável arbitrariedade; tanto de uma indenização extremamente pesada que não possa sequer, ser paga pelo ofensor como o de uma reparação extremamente leve, que acabe premiando o ofensor.

Entretanto, não se pode olvidar que também a adoção isolada de cada um dos critérios para a fixação de indenização injusta tanto para o ofensor, quanto para o ofendido.

O arbitramento que levasse em consideração tão somente a forte capacidade econômica do ofensor, sem considerar a gravidade da conduta e a repercussão da ofensa, poderia resultar em um valor irreal punindo de forma

excessiva o ofensor e, por conseguinte dando um verdadeiro premio ao ofensor por ter sido lesado.

Autores como Humberto Theodoro Júnior e Espínola Filho sustentam não ser função do direito civil punir alguém, esta função seria própria do direito penal. O que ocorre é o próprio instituto da responsabilidade civil e, portanto, da indenização que foi concedido desde os primórdios da lei de Talião até aqui com o escopo de punição, o que evoluiu foi à forma de efetivar esta punição em primeiro momento ele encontrou-se na própria pessoa do ofensor, nos maus tratos, depois evoluiu-se para uma punição pecuniária independente do dano, apenas de acordo com a gravidade da conduta, e hoje, modernamente, a punição continua mas passou a exigir a prova do dano, seja ele material ou moral.

Por que a indenização do dano moral a cada dia desperta mais interesse na sociedade? evidencia que esta tendência deve-se à própria gravidade do dano moral que para Wilson Melo: “são aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana o da intimidade e da consideração pessoal, ou da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua o da reparação”.

Neste sentido não se pode banalizar também o dano moral, como um mero aborrecimento uma querela qualquer. Esses fatos são considerados como riscos normais da simples convivência social, pleiteia-se o dano moral por ter sido atingido o seu direito.

Ora, se o dano moral revela-se na ofensa a qualquer dos direitos da personalidade, direito como a vida, a liberdade etc. é natural que a sanção civil contra essas violações seja um desejo de toda sociedade.

5.3. A diferença entre a função indenizatória e compensatória do dano moral

A função indenizatória tem um sentido real de defesa do patrimônio moral da vítima e uma punição para o lesionador. Por sua vez, quando se trata de composição de danos extrapatrimoniais estão diante da defesa dos bens jurídico revelados nos valores que compõem a personalidade da pessoa. A norma jurídica é constituída por um conjunto de normas fundadas em princípios de ordem moral, que concedem consistência e legitimidade aos preceitos reguladores da vida social.

Neste sentido, toda e qualquer ofensa aos padrões valorativo da pessoa reflete de forma imediata na sociedade. Por isso, quanto o Estado confere proteção ao cidadão ofendido nos seus bens jurídicos, quer tutelar este direito, bem como aos seus próprios, já que os dois ocorrem uma relação intersubjetiva.

Todavia, a indenização da vítima tem um sentido punitivo para o lesionador, que encara a pena pecuniária como uma diminuição do seu patrimônio material em decorrência do seu ato lesivo. Esse confronto de forças, de um lado a vítima que aplaca o seu sentimento de vingança pela compensação, e do outro o lesionador que punitivamente paga pelos seus atos inconstitucionais.

Na função compensatória, o Estado surgiu para estabelecer o equilíbrio de forças antagônicas sem excluir da conseqüente compensação qualquer dano decorrente de ato ilícito. A ofensa aos bens jurídicos tutelados pelo direito

sempre resultará na possibilidade de a vítima valer-se do direito público ou direito privado, para a defesa ou reparação de seu prejuízo. No campo do direito penal estaremos na área de prevenção repressiva, ao passo que no direito civil vislumbra a possibilidade de uma exata reparação dos prejuízos causados pelo lesionador.

Por sua vez, é pacífico que a reparação do dano exerce função de inibição dos atos anti-sociais, portanto, além de reparar inibe. O que se busca na responsabilidade civil é a reparação de um bem, sempre que violar um direito causando prejuízo a terceiro, o ofensor receberá a sanção correspondente que consiste na repressão social, tantas vezes quantas forem suas ações ilícitas até conscientizar-se da obrigação em respeitar os direitos das pessoas.

A reparação contida na norma legal tem como pressuposto condizer as pessoas a uma compreensão dos fundamentos que regem o equilíbrio social, por isso, e lei possui um sentido tríplice: reparar, punir e educar.

O pagamento realizado pelo o ofensor haverá de ensiná-lo a agir com maior cautela no cometimento dos seus atos bem como acarretará um grande efeito de persuasão no seu ânimo de lesionar.

A diminuição de quem paga determinada importância a título de reparação de danos sempre representará para o lesionador uma perda de parte dos seus bens materiais na maioria das vezes amealhados às custa de exaustiva dedicação de trabalho.

Essa circunstância em uma sociedade que privilegia a posse de bens materiais tem como consequência angustiosa sensação de perda. Por outro

lado, a herança cultural encontra raízes profundas no materialismo tanto quanto em normas legislativas que sempre vigiram na história da humanidade.

É certo que o atual sentido objetivo pelo legislador é de natureza jurídica social, ou seja, a norma deve ser um instrumento de educação e de formação de uma consciência a respeito dos direitos e obrigações que cada cidadão possui no seio da coletividade.

O direito deve operar sobre o indivíduo objetivando criar na pessoa uma consciência individual de maneira que cada um possa desenvolver intimamente uma exata compreensão dos mecanismos sociais que regem a coletividade onde se encontra inserido.

6. A reparação do dano moral:

6.1. Reflexos sociais da reparação do dano moral

A reparação dos danos morais com a condenação do ofensor representa uma forma de reprimir as atitudes que comprometem a moral social.

Assim, os reflexos imediatos da ação do lesionador, que procura a reparação do seu dano serão de grande valor para a sociedade, já que na defesa de seus direitos morais o homem assumirá igualmente a defesa da própria comunidade.

Ensina Carlos Aurélio: "que a cidade realmente civilizada é aquela em que todos os cidadãos sentem a injúria feita a um só e em que todos exigem sua reparação tão vivamente como aquela que recebeu".

A sociedade reage contra fatos que ameaçam a ordem estabelecida com o propósito de impedir que voltem a afetar o equilíbrio social. A reparação dos danos morais além de constituir um direito maior do indivíduo é também um dever que a sociedade impõe a seus componentes.

Somente os indivíduos que vivem isolados e, portanto, não convivem no meio social não sabe compreender a extensão dessa regra comunitária. Afinal, o maior sentimento que une os homens e os leva a conviver em sociedade é exatamente o sentimento de fraternidade e amor ao próximo que os une e os mantém ligado através de uma moral social.

A não reparação desses valores poderá se constituir em fator de desagregação da sociedade, eis que ficará sem defesa o mais nobre dos patrimônios do espírito humano e que se constitui na causa maior de unidade

da sociedade amoral. Assim, o homem como indivíduo possui uma moral pessoal e social, esta última intimamente entrelaçada com os padrões da sociedade que se encontra inserido.

6.2. Fatores que devem ser analisados na reparação do dano

Incumbe ao juiz, o poder de caso a caso pesquisar e comprovar a ocorrência efetiva do dano moral suportado por aquele que promove a ação indenizatória, como também ficar a par do nexu causal com a conduta culposa do demandado. É mais, razoável, e mais consentâneo com o bom senso evitar apriorismo que possam inflexibilizar os critérios de solução dos problemas.

Não há melhor caminho a trilhar, *in casu*, do que regular ao arbítrio do juiz a definição diante dos fatos concretos, da cuidadosa averiguação das circunstâncias subjetiva e objetiva em que o dano moral ocorreu. Só assim a indenização será deferida ou indeferida, segundo os padrões de justiça e equidade, tanto em relação às condições de conduta do agente da vítima como das conseqüências e repercussões efetivamente provocadas sobre o bem psíquico que se pretende lesionar.

Além disso, há um problema que é o de quantificar a indenização, devendo atender-se em quais quer outros casos a sua gravidade e relevância jurídica que caiba qualifica-lo como indenizáveis.

Assim, o que se busca nesse tipo de reparação é uma satisfação consistente em determinada importância em dinheiro capaz de compensar as angústias e aflições ocasionadas pelo evento lesivo.

Dentro alguns desses elementos que poderão motivar a decisão do juiz, poderão ser destacados através de uma análise singela nesta oportunidade a repercussão do ilícito do meio social, a intensidade da angústia experimentada pela vítima que depende de análise dos fatores culturais, sociais e espirituais do lesado, bem como a situação patrimonial do agente lesionador e da vítima.

O estabelecimento de um valor que seja o equivalente ao dano perpetrado, pois, quando se trata de danos imateriais, esbarra com questões preponderantes se consideramos que é difícil tanto quanto impossível o exato e preciso arbitramento.

6.2.1. A reparação dos danos morais a e personalidade agravada

O Estado, por sua vez atinge a consecução do bem estar comum na medida em que, através da defesa do patrimônio ideal dos seus cidadãos permite a valorização do indivíduo o equilíbrio social.

O fato é que toda e qualquer manifestação que resulte em desequilíbrio ao bem estar das pessoas representa um dano de natureza íntima, assim para que ocorra este dano é necessário que as pessoas tenha sido atingido em seus valores sagrados.

O para viver em sociedade necessita preservar os seus valores individuais tanto quanto precisa deles para integra-se no convívio social. E, sem dúvida esse fato constitui-se na mais grave lesão perpetrada ao indivíduo que é a própria sociedade, já que a comunidade fica desfalcada da contribuição

de um dos componentes, na medida em que ele próprio sente-se marginalizado no processo de socialização.

Portanto, humilhar um indivíduo constitui dano de natureza eminentemente moral, daí resulta que a defesa do direito da personalidade do processo constitui a mais significativa forma de valorização do dano moral.

A defesa do exercício da individualidade, ou ainda, o direito á personalidade deve se constituir sem dúvida em um dever do Estado. Portanto, toda vez que o indivíduo sofrer um dano em seus valores pessoais e íntimos o Estado deve assegurar-lhe o direito a reparação do dano. Esta não é apenas uma forma de defesa da personalidade, mas também a maior proteção que o Estado deve oferecer ao indivíduo.

Uma das questões de maior relevância na reparação dos danos morais consiste no conhecimento exato da sua extensão, isto porque conhecer a profundidade da dor íntima experimentada pela vítima é uma tarefa extremamente difícil. Afinal, a nossa personalidade é formada por um universo de sentimentos e sensações, não há como aferir quem sofreu mais ou menos em decorrência do ato lesivo experimentado.

A questão envolve conceitos não definidos, visto que jamais será possível estabelecer parâmetros ou padrões de reparação do dano moral, todavia, as sensações experimentadas pela vítima em decorrência do dano não diferem substancialmente entre as pessoas, afinal, todas são suscetíveis de experimentarem angústia e aflições.

Não resta dúvida de que as pessoas mais aculturadas, de modo em geral, possuem maior sensibilidade e são, portanto, mais suscetíveis à dor

moral. No entanto, nem por isso farão jus a uma reparação mais extensiva, ela será definida também em razão do padrão sócio econômico da vítima.

Para o professor Zanone: “ dor que experimentam os pais pela morte violenta de um filho, o padecimento ou complexo de quem suporta o dano estético, a humilhação de quem foi publicamente injuriada são estado de espírito contingentes e variáveis de cada um caso, pois cada pessoa sente a dor a seu modo”.

A própria jurisprudência vem assentando no sentido de estabelecer critérios para definir os parâmetros do dano moral, em razão da dor experimentada pelo pai na perda de um filho, a perda de um filho representa sério prejuízo de ordem moral e material para seus pais. Dessa forma, a dor moral varia de intensidade em função dos laços de afetividade que unem a vítima a seus familiares.

6.2.2. Do moral e a gravidade da lesão psicológica

Viver em sociedade e sob o impacto constante de direito e deveres tanto jurídicos como éticos e sociais, provoca sem dúvida freqüentemente e inevitáveis conflitos e aborrecimentos com evidentes reflexos psicológicas que em muitos casos chegam mesmo a provocar abalos e danos.

Para chega-se á configuração do dever de indenizar, não será suficiente ao ofendido demonstrar sua dor. Somente ocorrerá a responsabilidade civil se reunirem todos os seus elementos essenciais: dano, ilícito e nexos causal.

É de relevância fundamental o juiz na apreciação das ofensas á honra e, na comprovação da existência do dano. A ele cabe, com ponderação e

sentimento de justiça, colocar-se como homem comum e determinar se o fato contém os pressupostos do ilícito e, conseqüentemente o dano e o valor da reparação.

A reparação não é devida a qualquer dano, não basta fingir dor, alegar qualquer espécie de mágoa e motivos, portanto, para ter direito de ação, o ofendido deve ter motivo apreciável de se considerar atingido, pois a existência da ofensa poderá ser considerada tão insignificante que na verdade não acarreta prejuízo moral.

Para que se considere ilícito o ato que o ofendido tem como desonroso é necessário que, segundo um juízo de razoabilidade autorize a presunção de prejuízo grave, de modo que possa ofender os bens jurídicos.

6.3. O papel do magistrado na repação dos danos morais.

O magistrado assume relevante função, deverá ser o defensor da ordem social, no sentido de restabelecer a ordem jurídica violada pela ação do delinqüente.

O papel do magistrado na aferição dos critérios para a fixação da indenização é relevante, especialmente no que tange á avaliação das circunstâncias que concorreram para a concretização do dano. É certo que o magistrado deverá despir-se da idéia de que o ressarcimento pretendido pelo lesionado deverá corresponder com exatidão ao dano perpetrado pelo lesionador.

Segundo Maria Helena Diniz: "Grande é o papel do magistrado na reparação do dano moral competindo a seu prudente arbítrio, examinar cada

caso ponderando os elementos probatórios e medindo as circunstâncias, preferindo o desagravo direto ou a compensação não econômica a pecuniária sempre que possível, ou se houver risco de novos danos”.

O magistrado é conferido o poder de realizar a justiça na sua concepção mais ampla possível. E, para o exercício deste poder de arbítrio deverá valer-se da técnica jurídica e de sua senilidade como pessoa humana para adequar a pena à realidade social. Ao magistrado compete o cumprimento das normas legais, de forma a estabelecer o verdadeiro sentido de ter o direito e a justiça.

O Juiz deverá fazer uma análise minuciosa sobre os elementos objetivos e subjetivos que causaram repercussão na intimidade do lesionado.

A força do poder judicial está em julgar e fazer cumprir as decisões transitadas em julgado. Dentre os poderes e deveres do juiz encontram-se o dever de sentenciar e despachar, não se excusando de fazê-lo ainda que ocorra lacuna na lei. Na ocorrência dessa circunstância deverá recorrer a analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.

No exercício desse poder-dever, o magistrado deverá na aplicação da lei “atender aos afins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum”, como se encontra delineado no art. 5º da lei de introdução ao código civil.

Apartir do texto denota-se uma relevância função legal e social do magistrado, demonstrando a necessidade de o juiz não se atrelar exclusivamente aos comandos da lei de forma a realizar o primado da justiça. No segundo caso, destaca-se a relevância da função social da magistratura, sendo assim conclui-se que não basta ao magistrado ser apenas e tão somente mero aplicador do direito.

É preciso que o Juiz seja o intérprete do direito do texto da lei, sempre preocupado em fazer cumprir a função social a que a lei se destina. Ao aplicar o caso concreto às normas do direito, o magistrado não cria uma nova ordem jurídica de conformidade com seus valores, mas sim utiliza os instrumentos que as normas legais lhe conferem. O “*arbitrium iures*” do magistrado refere-se apenas e tão somente ao direito que lhe possui em modelar sua decisão dentro dos parâmetros outorgados pelo Estado e sobre a ótica da sua consciência. Afinal, ele é um representante do poder estatal e, como tal, terá o direito de decidir por equilíbrio, ou mesmo utilizando-se moderadamente de princípios de razoabilidade, nunca se distanciando da realidade jurídica constituída pelo universo do direito.

Todavia, quando se trata de danos morais, o juiz deverá transportar-se para elevados níveis de avaliação em razão da profunda análise que exige a situação. Nesse exercício de valoração, o magistrado deverá mergulhar no âmago das questões submetidas à sua apreciação para melhor compreender e sentir a extensão e o lamento das partes.

6.4. A admissão das novas formas de reparação

O conceito de reparação “*in natura*” foi introduzido pelo código civil Italiano que em seu art. 562, dispõe: “quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria se, não tivesse verificado o evento que obriga a reparação”.

O mesmo preceito de reparação ao “status quo antes” poderá ser observado no código civil brasileiro, pois, admite a reparação do bem lesionado mediante a reposição integral do referido bem.

João Casillo: (ob. cit.p.47 de 2003), “pondera que a melhor das soluções seria aquela que permitisse ser a ofensa reparada in natura, ou seja, que as coisas fossem colocadas exatamente no seu statu quo ante. O objeto destruído, por exemplo, seria restituído por outro idêntico, sem qualquer ônus para a vítima”.

Assim, quem por culpa destruísse a janela do seu vizinho ficaria obrigado a construir outra em seu lugar de forma a satisfazer integralmente a obrigação decorrente do ato lesivo. É a forma mais perfeita de recomposição do dano. O ressarcimento in natura torna-se juridicamente perfeito quando se consegue com a reposição do bem na situação anterior, restaurar economicamente o lesado. O que importa no processo de reparação do dano é a integral satisfação do lesionado, de forma que possa produzir a sua função reparadora.

Para Antônio L. Montenegro: (ob.cit.p.203 de 2003), “cabe também considerar a reparação in natura do prejuízo moral, que de maneira geral aponta a todos os modos de reparação distintos de uma adjudicação de uma soma em dinheiro. Seu caráter comum é que elas tendem a conceder à vítima uma reparação adequada ao prejuízo que ela tinha sofrido e, sobretudo, a limitar seus efeitos no tempo. Seu propósito é verdadeiramente fazer desaparecer o dano. A hipótese mais habitual deste modo de reparação consiste na publicação de sentença”.

Em tais situações, a retratação pública assume um papel relevante, na medida em que propicia ao ofendido a divulgação da verdade dos fatos e, por consequência a sua reconsideração social. A este respeito Augusto Zenun: entende que, “ em casos de calúnia, difamação e injúria a publicação da sentença pode cumprir um papel preponderante na satisfação dos danos extrapatrimoniais, como também pode suceder em casos como discriminação social, cultural ou étnica, bem como em hipótese de injúria ou difamação, em que a retratação pública pode ser uma forma de recompor o estado anterior”.

Alguns doutrinadores entendem, que o dano moral ocorre “*in re ipsa*”, ou seja, não há necessidade de que a parte comprove que sofreu, que se abateu, que ficou imensamente perturbado, tem-se como parâmetro que o “*homo medius*” que sofria ao perder um ente querido ou ao ver sua reputação de bom pagador indevidamente abalada.

O dano moral se consubstancia no abatimento, no sofrimento, na perturbação intensa, substancialmente diferente daquela perturbação decorrente das atribuições do dia-a-dia. Sofre dano moral, por exemplo, aquele que tem seu nome enxovalhado em seu ambiente social, por ter um título indevidamente protestado.

outra forma de reparação de danos morais, é o da pessoas jurídicas que não sofrem, não se abatem, mas pode, ser atingidas em sua reputação.

É relevante frisar-se que a pessoa jurídica, não sofre com ofensa a sua honra subjetiva, á sua imagem, ao seu caráter, atributos do direito da personalidade inerente somente a pessoa física, mas não se pode negar a possibilidade de ocorrer a ofensa ao nome da empresa á sua reputação, que

nas relações comerciais alcançam acentuadas proporções em razão da influência que o conceito da empresa exerce.

7. Fundamento jurídico do dano moral

7.1. A consolidação dos danos morais na legislação pátria.

Durante longos anos, a maioria de nossas cortes de justiça, escusaram-se na aceitação dos danos morais sob o pretexto da ausência da legislação reguladora, ou ainda, em virtude da dificuldade na aferição dos danos patrimoniais. Destaca-se, nesta postura uma mentalidade nitidamente patrimonialista herança, talvez, das idéias romanas em que havia uma exata compreensão a respeito dos danos pessoais subjetivos.

Todavia, em que pese à influência da história originária, circunstâncias que não pode ser causa justificadora da exclusão do ordenamento jurídico. Afinal, nenhum bem poderá ser objeto de exclusão da tutela do Estado que sempre almejou o equilíbrio social nas relações humanas. Assim, no decurso dos anos importantes manifestações doutrinárias no Brasil vêm acolhendo a tese da reparação dos danos não patrimoniais.

No que diz respeito à jurisprudência, da mesma forma operou-se uma lenta e gradual aceitação da satisfação dos danos extrapatrimoniais. O Estado atual do avanço que houve no campo da responsabilidade civil não admite a falácia que perdurou por longo tempo, no sentido de que a dor não tem preço nem se pode cogitar de qualquer reparação em favor de quem a sofreu, muitos menos se pode, com boa lógica afirmar que a reparação do dano material exclui a do dano moral.

7.2. Correntes doutrinárias.

O dano é uma dos elementos necessários á configuração da responsabilidade civil, a unanimidade dos autores convém em que não pode haver responsabilidade sem a existência de um dono.

O dano moral encontra-se hoje pacificamente assentado na doutrina e na jurisprudência de nosso direito pátrio. Os doutrinadores nacionais, na sua maioria, admitam a reparação do dano moral e que essa reparação deve ser a mais extensiva possível.

Segundo o professor Antônio Chaves, ilustra com profundidade filosófica e lógica, a importância da adoção do instituto da reparação dos danos morais, ao declarar: "Sempre sustentei a linha da reparação de um dano meramente patrimonial e um prejuízo moral, eu não tenha repercussão, mas ter-se-á sempre todo abalo do organismo é causa de diminuição de capacidade de trabalho e pensamento".

Embora seja grande a adesão dos doutrinadores que se filiam à corrente positiva, há, no entanto, os que ainda neguem taxativamente alegando inexistir preceito legal expresso no Código Civil que a autorize.

O professor Orlando Gomes, pertence à corrente restritiva ou mista, embora reconhecendo a tese da responsabilidade do dano moral alega que: "Não convencem, no entanto, as razões aduzidas em favor da tese. Procuram justificar a reparabilidade do dano moral esquadrihando o Código Civil para encontrar um preceito no qual se veja a consagração do princípio sob forma casuística".

O direito tem como primado maior equacionamento das disputas humanas, a fim de que a sociedade viva em equilíbrio e harmonia. Todavia,

não basta apenas citar divulgações a respeito da tese que inadmite a reparação dos danos morais, é necessário que o abstrato se concretize na realidade das experiências humanas.

Desta forma, há na doutrina e jurisprudência aqueles que esposam a tese negativa inadmitindo a tese da reparação dos danos morais por inúmeros motivos.

A primeira delas consiste na ausência de uma fundamentação legal que autorize expressamente a reparação dos danos morais. A segunda delas assenta-se no fato da inexistência da reparação de um dano moral, visto ser impossível aferir a extensão do dano necessário para a fixação do quantum indenizatório. Para essa corrente a dor não tem preço.

A terceira firma-se na possibilidade de se quantificar a dor moral de uma pessoa, estabelecendo parâmetro para sua reparação, levando-se em conta a impossibilidade existente do quantum indenizatório cabível à vítima.

7.3. Posicionamento jurisprudencial.

O advento da constituição de 1988 que em seu artigo 5º, inciso V e X, passou a assegurar o direito à indenização pelo dano material ou moral, consolidando de forma definitiva a adoção do instituto da compensação dos danos extrapatrimoniais no sistema jurídico.

É inegável que o texto consignado na Carta Magna de 1988, exerceu poderosa influência nas decisões de nossos tribunais, que reclamavam continuamente a ausência de uma disposição legal, admitindo de forma clara e precisa a satisfação dos danos morais.

Após a Constituição de 1988, os Tribunais Nacionais não mais deixaram de conceder os danos morais, sob o pressuposto da inexistência legal expressamente consignado no sistema jurídico.

Assim, os julgadores de Corte de justiça passaram a destacar essa posição como embasamento jurídico constitucional do direito ao pedido de danos morais.

A abrangência contida no inciso V e X do artigo da norma maior admite uma plasticidade enorme na aplicação dos casos concretos que com freqüência e cada vez maior vem sendo objetivo de apreciação pelos tribunais pátrios. O cidadão comum passou a ter consciência de que a Constituição Federal assegura a ampla defesa de sua integridade material e moral, vem socorrendo-se freqüentemente deste dispositivo legal.

Os Tribunais em períodos anteriores a Constituição de 1988, eram contrários á indenização sob o pressuposto da difícil e até impossível condição em proceder à avaliação do dano. Outros, no entanto, somente admitiam a compensação dos danos quando houvesse reflexos patrimoniais do dano exclusivamente moral.

Não menos diferente e a postura fixada pelo Supremo Tribunal Federal, em épocas anteriores quando um de seus acórdãos proclamava; "Não é admissível que os sofrimentos morais dêem lugar a reparação pecuniária, se deles não decorre nenhum dano material" (In Rf,138/452).

Todo esse processo de construção das idéias relativo aos danos morais, sob o influxo sempre marcante da posição doutrinaria consolidou de forma derradeira a posição dos tribunais brasileiros em torno do tema dano não material. Na atualidade, em face da obrigatoriedade da norma constitucional

não há divergências entre as corte de justiça sobre a aceitação dos danos morais.

A única e mais importante discursão encontram-se presentemente concentrada na fixação do “quantum debeatur”, ou seja, mercado da dor.

8. Conclusão

O curso da história demonstra, de forma marcante um delineamento da evolução do pensamento na reparação do dano perpetrado por lesionadores. A idéia de reprimir o sentimento de vingança no homem vítima da agressão de terceiros sempre foi a tônica de chefes de estados. Afinal o exercício arbitrário das próprias razões contribuía para a desagregação da sociedade grupal, em fraquecendo os laços de unidade entre os seres humanos.

O Código de Hamurabi demonstrou que o rigor da lei de talião, estimulava mais ainda os sentimentos de violência, o legislador da antiguidade instituiu através do Código de Manu, o pagamento de uma nova concepção no direito punitivo.

Entretanto, se os povos antigos tinham uma exata noção da reparação dos danos materiais, pouco sabiam acerca da reparação dos danos causados á personalidade do indivíduo, na realidade a concepção a respeito dos danos causados á personalidade da vítima eram ainda quase desconhecidos.

Somente com o advento do cristianismo o sentimento de fraternidade despertou no espírito humano, com o conseqüente aperecimento de uma nova escala de valores no âmbito da personalidade. A parti desse momento histórico o homem procurou amenizar seus sentimentos impulsivos, reprimindo as ações violentas que resultassem no surgimento de danos causado ao próximo. A noção do dano começou assim a delimitar-se nas legislação ampliando seu campo de abrangência na medida em que as relações sociais tornaram-se mais complexos .

O direito a vida, á privacidade e á personalidade começou a ser objeto de reparação e motivo de defesa pelo legislador que vislumbrava nesses valores verdadeiros bens extrapatrimoniais. Por outro lado, o número sempre crescente de ações encaminhadas á apreciação do poder judiciário, em virtude do aumento dos conflitos individuais, vem exigindo de nossos juizes postura cada vez mais precisa e contundente, ao fazer uma análise mais profunda do dano, especificando na adoção de diretrizes para fixação do “preço da dor”.

Assim, na medida em que defende esses valores, o poder estatal por sua vez, está na realidade assumindo uma posição de preservação dos seus próprios valores. Afinal, quanto mais culta e civilizada é uma sociedade maior deverá ser a sua preocupação em defender e valorizar seu patrimônio ético-moral e histórico. A sociedade que preservar e defender esses valores, será certamente formada por homens mais capazes de conduzir os seus semelhantes a status de maior equilíbrio.

O ideal de fraternidade e tolerância será o meio mais eficiente para evitar dissabores e afastar da eventualidade de condenações natureza econômica.

Por outro lado, é certo que as indenizações por danos morais não devem converte-se em “loteria judicial” e muito menos em mercado de dor, mas uma forma de amenizar o sofrimento das vítimas.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Costa. Direito das Obrigações, 5ª ed, São Paulo, Ed. Coimbra, Livraria Almedina, 2002.

BRASIL, Avio. O Dano Moral no Direito Brasileiro, Rio de Janeiro, Livraria Jacinto Editora, 2003.

BUSSADA, Wilson. Responsabilidade Civil Interpretada pelos Tribunais, Rio de Janeiro, Ed. Liber Juris , 2002.

CAHALI, Yussef Said. Dano e Indenização – Reparação do Dano Moral, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CASILLO, João. Dano á Pessoa e sua Indenização, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

CARPERTER, Luís Federico. Deve ser assegurada a indenização dos danos puramente morais. São Paulo, Editora Liber Juris, 2002.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade Civil, 3ª ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2002.

DiNIZ, Maria Helena. Curso de direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil, 12ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2003.

DO VALLE, Christino Almeida. Dano Moral, Doutrina, Modelos e Jurisprudência, Rio de Janeiro, Aide Editora, 2002.

DURANT, Will. História da Filosofia, 9ª ed. São paulo, Companhia Editora Nacional, 2002.

FARIAS, Jorge Leite Ribeiro. Direito das Obrigações, Coimbra, Livraria Almedina, 2001.

FRANÇA, Roberto Limongi. Jurisprudência da Responsabilidade Civil, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LACERDA, Galeno. Indenização por Dano Moral, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA, Alvino. Da Culpa ao Risco, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Quantificação no Arbitramento das Ações por Danos Morais, São Paulo, Editora Forense, 2002.

MONTENEGRO, Antônio Lindbergh . Ressarcimento de Danos, 3ª ed. Rio de Janeiro, Cultura Edições, 2002.

NALINI, José Roberto. A Consciência Moral do Juiz, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003.

RODRIGUES, Silvio. Responsabilidade Civil, São Paulo, Editora Saraiva, 2003.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito, 12ª ed. São Paulo, editora Saraiva, 2002.

REIS, Clayton. Dano Moral, 8ª ed. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2003.

ROBRIGUES, Sílvio. Responsabilidade Civil, São Paulo, Editora Saraiva, 2002.

SALAZAR, Alcino de Paula. Reparação do Dano Moral, Rio de Janeiro, Editora Borsoli, 2002.

SANTOS, Wilson Pires dos. A Responsabilidade Civil na Doutrina e Jirisprudência, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2002.

SEVERO, Sérgio. Os Danos Extrapatrimoniais, São Paulo, Editora Saraiva, 2003.

SILVA, Wilson Melo da. O Dano Moral e sua Reparação, 6ª ed. Rio de Janeiro, editora Forense, 2003.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Poderes Éticos do Juiz, Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

VALLE, Christino de Almeida. Dano Moral, Doutrina e Jurisprudência, Rio de Janeiro, Aidê Editora, 2003.

VARELLA, Wladimir. A reparação do Dano Moral no Direito Brasileiro, 6ª ed. Campinas, E.V. Editores, 2002.

ZENUN, Augusto. Dano Moral e sua Reparação, 5ª ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2002.