



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

ANA CAROLINA COLETTO NUNES

**DANO MORAL NA JUSTIÇA BRASILEIRA:
DA DIFICULDADE DA QUANTIFICAÇÃO DO DANO**

**Assis/SP
2012**



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

ANA CAROLINA COLETTO NUNES

**DANO MORAL NA JUSTIÇA BRASILEIRA:
DA DIFICULDADE DA QUANTIFICAÇÃO DO DANO**

Monografia apresentada ao Departamento do curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e à Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão do curso.

Orientador: Gisele Spera Máximo Manfio

Área de Concentração: Direito Comparado

**Assis/SP
2012**

FICHA CATALOGRÁFICA

NUNES, Ana Carolina Coletto

Dano Moral na Justiça Brasileira: Da dificuldade da quantificação do dano / Ana Carolina Coletto Nunes. Fundação Educacional do Município de Assis – FÉMA – Assis, 2012.

39p.

Orientador: Professora Gisele Spera Máximo Manfio.

Trabalho de conclusão de curso – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA

1. Danos Morais. 2. Quantificação.

CDD: 340
Biblioteca da

FEMA

**DANO MORAL NA JUSTIÇA BRASILEIRA:
DA DIFICULDADE DA QUANTIFICAÇÃO DO DANO**

ANA CAROLINA COLETTO NUNES

Monografia apresentada ao Departamento do curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e à Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão do curso, analisado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: Gisele Spera Máximo Manfio _____

Examinadora: Mauricio Doracio Mendes _____

**Assis/SP
2012**

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus avós Ovídia, Cláudio e Áurea, por sempre acreditarem em meu potencial e incentivarem de maneira única e essencial todos os meus projetos e sonhos.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me agraciar infinitamente com seu amor, por conceder à mim uma vida saudável, repleta de boas oportunidades e nunca me desamparar. Porque é a minha fortaleza, minha luz. A Maria, porque em seu colo materno repousei todas as minhas preces e fui sempre atendida.

À minha mãe, Ângela Maria Coletto, meu exemplo de caráter e de força. Por sempre acreditar em mim e prover tudo que necessitei ao longo desses cinco anos de estudo, deixando muitas vezes suas próprias vontades de lado para que pudesse concluir o curso com seriedade e comprometimento. Por saber conciliar o exercício da maternidade, que é tarefa árdua, com a sabedoria e doçura de um ombro amigo.

Ao meu pai, Odair dos Santos Nunes, porque desde cedo me ensinou a ter fé em mim e lutar pelo que acredito. Porque me ensinou, sobretudo, a lidar com situações diversas e encará-las com coragem e cautela, sem deixar de ser paciente e serena.

À minha irmã, Gláucia Coletto Nunes, meu amor maior, fonte de toda minha energia e motivação. Porque sua alegria sempre me impulsiona e sua determinação me enche de ânimo. Porque me prova todos os dias o amor incondicional.

Aos meu avós Ovídia Anacleto de Faria Nunes, Cláudio Coletto e Aurea de Oliveira Coletto, por todos os anos de dedicação, amor, carinho, mimos e puxões de orelha, que fizeram de mim o que sou hoje. Porque seus abraços e colos são meu maior tesouro. Porque encontro alento em cada olhar. Porque dispensam seu tempo à mim com prazer e entendem minha ausência. Porque sempre os encontro de braços abertos.

A todos meus familiares, tios, tias, primos e primas, que sempre estiveram presentes em minha vida colaborando de maneira fundamental para meu crescimento pessoal e profissional, sempre com atenção e companheirismo.

À Professora Gisele Spera Máximo Manfio, que tornou a conclusão deste trabalho possível, porque sempre auxiliou com doçura, atenção, paciência e dedicação. Por ser, para mim, exemplo de profissional a ser seguida, eis que leciona com paixão, maestria e honestidade, igualmente como exerce a advocacia.

Aos companheiros de estágio da Justiça Federal de Assis, da 1ª Vara da Comarca de Cândido Mota e do Ministério Público Federal de Assis, pela dedicação e confiança ao transmitirem seus conhecimentos, experiências e valores de um bom profissional.

A TODOS os meu amigos, dos mais antigos aos mais recentes. Amigos que conheci durante o curso, amigos que trago comigo desde que nasci. Pessoas que me ensinaram muito durante todos esses anos de caminhada, compartilhando seus planos, sonhos e histórias.

Muito obrigada a todos pela companhia e incentivo de valor inestimável.

"Desejo que você não tenha medo da vida, tenha medo de não vivê-la. Não há céu sem tempestades, nem caminhos sem acidentes. Só é digno do pódio quem usa as derrotas para alcançá-lo. Só é digno da sabedoria quem usa as lágrimas para irrigá-la. Os frágeis usam a força; os fortes, a inteligência. Seja um sonhador, mas una seus sonhos com disciplina, pois sonhos sem disciplina produzem pessoas frustradas. Seja um debatedor de idéias."

Augusto Cury
(Nunca Desista de seus sonhos)

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar a evolução do instituto dos danos morais no Brasil, que adotou o sistema positivista da tradição lusitano-latina, comparando seu desenvolvimento junto à tradição anglo-saxônica, buscando argumentos à reparabilidade das lesões em esfera extrapatrimonial e os critérios de que se valem os magistrados quando da fixação dos valores devidos.

Palavras-chave: Danos Morais. Tradição anglo-saxônica; Tradição lusitano-latino. Quantificação.

ABSTRACT

This study is to analyze the evolution of the institute of moral damages in Brazil, which has adopted a positivist tradition Lusitanian-latina, comparing their development with the Anglo-Saxon tradition, searching arguments to reparability of lesions under non-equity and criteria used by judges to quantify them.

Keywords: Moral Damages. Anglo-Saxon tradition; Lusitanian-Latin Tradition. Quantification.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DANO MORAL.....	12
2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	12
2.2 NA TRADIÇÃO SUL-AMERICANA.....	12
2.3 NA TRADIÇÃO ANGLO-SAXÔNICA.....	14
2.4 EVOLUÇÃO DOS DANOS MORAIS NO BRASIL.....	15
3. DO DANO MORAL.....	16
3.1 CONCEITO.....	16
3.2 NATUREZA JURÍDICA.....	17
3.3 REQUISITOS.....	19
3.4 DANO MORAL NAS DIVERSAS ÁREAS DO DIREITO.....	20
3.4.1 DANO MORAL CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL.....	20
3.4.2 O DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO	21
3.4.3 O DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO	22
3.4.4 DANO MORAL DECORRENTE DA MORTE	24
3.4.5 O DANO MORAL À LESÃO CORPORAL E DANO ESTÉTICO.....	25
3.4.6 O DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE AFETO.....	27
3.4.7 O DANO MORAL POR OFENSA À IMAGEM, À INTIMIDADE E À HONRA....	29
3.4.8 O DANO MORAL NA ESFERA PENAL.....	32
4. DA DIFICULDADE NA APLICAÇÃO DO VALOR AO DANO MORAL.....	34
4.1 OBJEÇÕES À REPARAÇÃO DO DANO MORAL.....	34
4.2. CRITÉRIOS À ARBITRAÇÃO.....	36
5. CONCLUSÃO.....	38
REFERÊNCIAS.....	39

1. INTRODUÇÃO

Denomina-se dano moral toda lesão de teor não pecuniário, causada aos direitos de personalidade de uma pessoa, como a violação de sua intimidade, vida privada, honra e imagem.

O dano moral, no Brasil, ganhou visibilidade quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, que ao prescreve-lo em seus artigos fez com que ganhasse valor semelhante aos “Direitos e Garantias Fundamentais”.

Acompanhando a Constituição Federal, o novo Código Civil elencou entre suas matérias o dano moral, reconhecendo-o expressamente em seu artigo 186.

Em nosso país são levados ao judiciário inúmeros casos, os quais nem sempre atingem o resultado esperado pela parte autora, pois, muitas vezes, mesmo com sentença procedente ao seu pedido, acabam insatisfeitas com o valor arbitrado.

Esse trabalho tem por objetivo buscar os requisitos adotados quando da valoração ao dano moral reclamado. Certo que, no direito, deve-se analisar caso a caso, tratando a cada um com sua peculiaridade.

Indiscutível o zelo do magistrado para com as ações que sentenciam, não se questiona a qualidade e a prudência de seus julgamentos, mas busca-se conhecer tão somente os critérios de que se valem quando da arbitração do montante a ser pago à título de indenização.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DANO MORAL

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Os sistemas jurídicos contemporâneos decorrem da evolução de grandes sociedades centralizadas que se desenvolveram e espalharam pelo mundo diversos modelos de códigos, constituídos pela força de sua predominância cultural no tempo e espaço.

Partindo desta premissa, podemos afirmar que atualmente temos duas fortes tradições jurídicas, que norteiam a organização dos sistemas jurídicos especialmente no hemisfério ocidental: A tradição do direito consuetudinário anglo-saxônico e a tradição romana lusitano-latina.

2.2 NA TRADIÇÃO SUL-AMERICANA

O direito como sistema codificado nasceu na Roma antiga, fruto de uma sociedade extremamente organizada. Nas primeiras civilizações predominava a vingança coletiva, em seguida substituída pela vingança privada, onde se fazia justiça com as próprias mãos. Sustenta Maria Helena Diniz que:

“...nos primórdios da civilização humana, dominava a vingança coletiva, que se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes. Posteriormente evoluiu para uma reação individual, isto é, vingança privada, em que os homens faziam justiça pelas próprias mãos, sob a égide da Lei de Talião, ou seja, da reparação do mal pelo mal, sintetizada nas fórmulas ‘olho por olho, dente por dente’...” (Diniz, 2009, p. 10).

A máxima do “olho por olho, dente por dente”, também conhecida por Lei de Talião, foi estabelecida pelo Código de Hamurabi. Sobre isso, explica Gagliano que:

“Seu principio geral era a idéia de que ‘o forte não prejudicará o fraco’, pelo que sua interpretação nos demonstra que havia uma preocupação constante de conferir ao lesado uma reparação equivalente ” (Gagliano,2006, p.57).

No entanto, o que se observa é que esta ação não reparava o dano, mas sim causava segunda lesão, quando da punição do ofensor.

Após esse período desenvolveu-se a ideia de composição, institucionalizado pela Lei das XII Tábuas, que “teve por objetivo substituir a ideia generalizada de castigo, introduzindo as chamadas *penas de restituição*”. (Lisboa, 2010, p. 252).

Mais tarde, o Direito Italiano previa expressamente em seu Código Civil de 1942, precisamente no artigo 2.059, a reparação dos danos morais. Houve divergências entre os doutrinadores, pois que alguns defendiam a reparabilidade somente dos fatos decorrentes de ilícito penal, o que foi superado pelas decisões dos Tribunais.

Nesse sentido é a lição de Clayton Reis:

“...em que pesem os pontos divergentes apontados, é certo que a construção jurisprudencial, em face dos influxos doutrinários e pretorianos da França e Alemanha, referentes à reparação dos danos puramente morais, tem sido marcante nos tribunais Italianos.”

Seguindo a linha do Direito Romano, a Civil Law, os outros países do Continente Europeu como a França, Espanha e Portugal foram pouco a pouco aderindo à reparação dos danos extrapatrimoniais.

Na França, o termo *dommage* adotado nos artigos 1382 1383 não deixa dúvidas quanto ao ressarcimento por danos morais.

Diferente da legislação espanhola e portuguesa, que não prevê expressamente a indenização moral, mas que influenciadas pelos tribunais franceses e italianos passaram a aceitar a tese de compensação dos danos não patrimoniais.

É o que ensina Clayton Reis, ao afirmar que:

“No direito civil português, a influência italiana e francesa foi igualmente marcante, à semelhança do que ocorreu na Espanha. Nestes códigos, não obstante a generalidade dos seus textos alusivos ao tema da reparação moral, sempre esteve presente a idéia de que o direito deve telar todos os bens.”

2.3 NA TRADIÇÃO ANGLO-SAXÔNICA

A Carta Magna de 1215 foi o ápice histórico da tradição saxônica, porque regulamentou e limitou o poder da monarquia inglesa, favorecendo, assim, a garantia dos direitos públicos e privados.

A tradição jurídica anglo-saxônica, baseada na estrutura do *common law*, nasceu na Inglaterra e desenvolveu-se ao longo dos tempos junto com o Império Britânico, que colonizou, entre outras, regiões na América do Norte, o que explica a predominância desta corrente nos Estados Unidos da América e Canadá.

Ensina Clayton Reis:

“No direito anglo-americano não encontramos uma regra uniforme disciplinando de forma específica a reparação dos danos morais. Na realidade, há uma infinidade de casos concretos, que se ajustam às situações particulares de forma a resolver as pendências. Trata-se de aplicação integral do direito consuetudinário.” (2002, p. 42).

Diferentemente da base positivista da tradição romana, o common law possui caráter costumeiro e jurisprudencial, baseando-se em casos concretos semelhantes, e não puramente nos textos da lei.

Wilson Melo da Silva sustenta que:

“Os anglo-saxões em vez de sancionarem normas fecundadas em consequências, das quais, por dedução, se fizessem as aplicações aos casos concretos, preferem partir dos próprios casos concretos. Reúnem em grupos as espécies que lhes parecem semelhantes e, quando são chamados a decidir, consultam as coleções-séries dessas espécies análogas. Achando o grupo símile resolvem a pendência de acordo com ele.” (apud Clayton Reis, 2002, p. 43).

A reparação por danos morais foi muito bem aceita pelo direito inglês, que incontestavelmente se preocupa em demasia com a exposição do indivíduo ao julgamento da sociedade em geral.

Anote-se que os povos anglo-americanos possuem um estilo de vida completamente voltado para o capitalismo e constituem uma sociedade extremamente industrializada e economicamente rica, o que justifica, em tese, os altos valores arbitrados à título de indenização.

2.4 EVOLUÇÃO DOS DANOS MORAIS NO BRASIL

Foi o Código Civil de 1916 que trouxe à baila as primeiras ideias favoráveis à indenização por danos morais ao prescrever em seu artigo 159 a obrigação de reparar os danos.

No entanto, a doutrina e a jurisprudência da época negavam peremptoriamente a tese de reparação dos danos morais, argumentando que o Código Civil não fazia menção expressa aos danos extrapatrimoniais.

Com o tempo, vieram leis especiais que fizeram constar em seus textos a ampla possibilidade de reparação dos danos em esfera não patrimonial, como o Código Brasileiro de Telecomunicações, o Código Eleitoral, a Lei de Imprensa e a Lei dos Direitos autorais.

Após, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, encerraram-se as dúvidas quanto à admissibilidade do dano extrapatrimonial, “pois a matéria foi elevada ao *status* dos ‘Direitos e Garantias Fundamentais’” (Gagliano, 2006, p. 66).

Seguindo esta linha, o Código de Defesa do Consumidor fez constar em seu artigo 6º a reparação dos danos patrimoniais e morais causados ao consumidor.

Como não poderia deixar de ser, o novo Código Civil cuidou de tutelar expressamente o dano moral em seu artigo 186, bem como sua reparabilidade nos moldes do artigo 927.

Desse modo, no Brasil não se discute mais a possibilidade da indenização por danos morais, uma vez que está encontra-se presente em vários textos legais e, sobretudo, na norma constitucional.

3. DO DANO MORAL

3.1 CONCEITO

Denomina-se Dano moral toda lesão de teor não pecuniário, causada aos direitos de personalidade de uma pessoa, como a violação de sua intimidade, vida privada, honra e imagem, ocasionando ao lesado dor, sofrimento, vexame e humilhação.

Ensina Yussef Said Cahali que:

“A caracterização do dano extrapatrimonial tem sido deduzida na doutrina sob forma negativa, na sua contraposição ao dano patrimonial; assim, “danno non patrimoniale, conformemente Allá sua negativa espressione letterale, è ogni danno privacto che non rientra nel danno patrimoniale, avendo per oggetto um interesse non patrimoniale, vale a dire relativo a bene non patrimoniale”; ou, como refere Aguiã Dias, “quando ao dano não correspondem as características de dano patrimonial, estamos na presença de dano moral”, pretendendo, pontes de Miranda, que “dano patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; dano não patrimonial é o que é, só atingindo o devedor (sic) como ser humano, não lhe atinge o patrimônio”.

Segundo Maria Helena Diniz essa lesão, causada à um interesse não patrimonial, pode ocorrer tanto com pessoa física quanto com pessoa jurídica, situação esta que, inclusive, foi sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, na súmula de número 227, abaixo transcrita :

Súmula 227- “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

Assim também é o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves, que preleciona:

“Malgrado não tenha direito à reparação do dano moral subjetivo, por não possuir capacidade afetiva, poderá sofrer dano moral objetivo, por ter atributos sujeitos à valoração extrapatrimonial da sociedade, como o conceito e bom nome, p crédito, a probidade comercial, a boa reputação etc. O abalo de crédito acarreta, em regra, prejuízo material. Mas o abalo de credibilidade pode

ocasionar dano de natureza moral. Neste caso, a pessoa jurídica poderá propor ação de indenização de dano material e moral”.

O dano moral atinge de modo amplo o íntimo do ser humano, pois “abrange todo o atentado à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, à suas afeições, etc.”. (Mário da Silva Pereira, 2002, p. 54).

Importante compreender que a diferença entre dano material e dano moral não se faz ante a natureza do direito subjetivo lesionado, mas acerca dos efeitos da lesão jurídica, porque, eventualmente, uma lesão à bem jurídico econômico pode ocasionar perda ou sofrimento de classe moral.

Essa situação pode ser identificada nos casos de dano moral indireto.

Diz-se dano moral indireto aquele que causa lesão à um bem ou interesse patrimonial, gerando prejuízo na esfera extrapatrimonial, como por exemplo, o furto de algum objeto de valor sentimental.

Ao passo que dano moral direto é aquele que fere especificamente um direito extrapatrimonial, como o direito à integridade física e, inclusive, o direito a dignidade da pessoa humana.

Insta dizer que o dano moral não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição, ou sentimentos semelhantes experimentado pela vítima, pois estes são apenas conseqüências do dano. (Gonçalves, 2009, p. 359).

O dano moral atinge a pessoa como ser humano, não alcançando seu patrimônio.

Alguns autores, como Gagliano, acreditam que as expressões “dano moral” e “dano extrapatrimonial”, não sejam as mais adequadas, à medida que não abrangem todas as formas de prejuízo que não são monetariamente valorados. Sustentam que o mais correto seria, então, tratar como “dano não-material”.

Contudo, essa expressão é já muito conhecida e utilizada na doutrina e jurisprudência brasileira, sendo bem aceita como antônimo de “dano material”.

3.2 NATUREZA JURÍDICA

Muito embora o dano moral tenha sido anteriormente admitido no Brasil em leis especiais, como tratado no capítulo anterior, foi a Constituição Federal que maximizou seu poder de reparabilidade, pois o consagrou como “Direitos e

Garantias Fundamentais”, prevendo-o expressamente em seu artigo 5º, inciso V e X :

“Art.5º, V: É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (grifei).

(...)

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Além da Constituição Federal, o dano moral e sua reparabilidade encontram respaldo legal também no Código Civil de 2002, que os admitem explicitamente em seus artigos 186 e 927, respectivamente transcritos abaixo:

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

Art. 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

No que tange à doutrina, a natureza da reparabilidade do dano moral é tratada de duas maneiras: como natureza penal e natureza satisfatória.

Fala-se em natureza penal, porque se têm a reparabilidade como uma sanção imposta ao agressor, que tem por objetivo diminuir seu patrimônio com a indenização paga à vítima.

Por outro lado, admite-se a natureza satisfatória em razão de ser a reparação pecuniária um meio que proporciona à vítima uma compensação, uma satisfação que atenua a ofensa sofrida.

Desse modo, “na reparação do dano moral, o dinheiro não desempenha função de equivalência, como no dano material, mas, sim, função satisfatória” (Gagliano, 2006, p. 77).

Sintetiza Washignton de Barros Monteiro que:

“Em suma, a reparação do dano moral deve ter em vista possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória e, de outro lado, exercer função de desistímulo a novas práticas lesivas, de modo a ‘inibir comportamentos anti-sociais do lesante, ou de qualquer outro membro da sociedade’, traduzindo-se em

'montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo'

3.3 REQUISITOS

O dano de modo geral, seja material ou moral, para ser indenizável precisa preencher alguns requisitos, abaixo apresentados.

1) Agressão de um bem jurídico, pertencente à uma pessoa física ou jurídica.

É necessário que um bem, juridicamente tutelado, pertencente a uma pessoa física ou jurídica, sofra ofensa, prejuízo, sendo lesionado ou danificado.

2) Certeza do Dano

O dano deve ser certo, real e efetivo, sendo sua existência seguramente comprovada, posto que o dano hipotético ou abstrato não é indenizável.

3) Subsistência do dano

O responsável pela lesão não pode já a ter reparado. Esse dano deve subsistir, pois uma vez reparado, não há que se falar em dano a ser indenizável.

4) Causalidade

Deve existir uma conexão entre o dano e a causa praticada pelo agente que lesionou o bem.

5) Legitimidade

Só pode litigar indenização a vítima titular do bem jurídico ofendido.

6) Ausência de causas excludentes de responsabilidade

Não merece reparo os danos ocasionados por culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior.

Mister lembrar que, o dano moral, além desses requisitos exigíveis para o dano em geral, precisa atingir certo grau de seriedade e relevância para poder ser indenizável, uma vez que não é aceitável considerar pequenas situações de desconforto ou aborrecimento pelas quais passamos todos os dias, como passíveis de dano moral.

Nesse sentido, ensina Gonçalves que "Somente o dano moral razoavelmente grave deve ser indenizado".

3.4 DANO MORAL NAS DIVERSAS ÁREAS DO DIREITO

O dano moral pode ser amplamente conferido no campo jurídico. O Direito tutela o bem estar de cada indivíduo, assim como da coletividade, protegendo, além dos bens patrimoniais, as garantias fundamentais do ser humano, abrigando sua honra e dignidade física e psicológica.

Assim, em sendo ferida a honra, a dignidade física ou psicológica do cidadão, o Direito disponibiliza o instituto do dano moral, para amenizar as conseqüências dessa lesão.

3.4.1 DANO MORAL CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

Preleciona Cahali que:

“... o dano subjetivo se dá tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual; se indubitoso que o mesmo se apresenta com maior difusão no âmbito dos atos ilícitos em geral, nem por isso se exclui a sua aplicação em sede de responsabilidade contratual”. (2005, p. 526)

Em que pese a maioria das reclamações à dano moral tratarem de situações decorrentes de responsabilidade extracontratual, não estão desamparadas as situações que decorrem das relações voluntariamente contratadas entre as partes.

Explica Maria Helena Diniz:

“O dano moral, na seara da responsabilidade contratual, seria, em regra, um dano moral indireto, por ser conseqüência de lesão a um interesse patrimonial, trazendo contrariedade, inquietude ao credor, principalmente quando o contrato se referir a coisas que tem valor estimativo para o contratante, p. ex. se se tratar de compra de mobiliário pertencente a um parente querido da família”. (2007, p.)

Além disso, existe ainda a possibilidade de dano moral direto, quando o contratado entre as partes versar sobre negócio jurídico cuja prestação seja um interesse extrapatrimonial e, em não sendo cumprida, lese uma das partes.

Entretanto, há que se observar que quando as partes acordarem com cláusula penal, a reparação dos danos ante a inadimplência do contrato não é possível, visto que tal cláusula já prevê eventuais perdas e danos, constituindo, desse modo, uma compensação.

3.4.2 O DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O Código de Defesa do consumidor tutela expressamente a vida, saúde e segurança do consumidor, sob pena de aplicação do dano material e moral, é o que se observa no artigo 6º, incisos I e VI :

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

Omissis

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;”

Destaca-se que a relação de consumo traz uma particularidade, qual seja a responsabilidade objetiva do fornecedor para com o consumidor, bastando que este apenas comprove o dano sofrido e o nexo de causalidade, não sendo necessário, pois, a comprovação de culpa ou dolo do fornecedor.

A responsabilidade objetiva, que independe da comprovação de culpa do agente, se fundamenta no nexo de causalidade entre a ação do lesante e o dano causado a vítima.

Assim, provado o evento danoso, somente a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro poderá afastar a obrigação de indenizar. De tal modo, o evento danoso é conseqüência de falha na prestação de serviços, o que gera o dever de indenizar, previsto no artigo 14 do CDC:

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”

Ainda na esfera das relações de consumo, a cobrança de dívida exercida de maneira abusiva, que constranja o devedor e o coloque em situação vexatória é passível de indenização.

É o caso do corte de serviço público, como água e luz, em razão da falta de pagamento. O artigo 22 do CDC expõe claramente a obrigação do Poder Público em fornecer de modo contínuo os serviços essenciais.

“Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.”

No entanto, não pode o consumidor se apoiar nessa garantia e, valendo-se de má-fé, deixar de quitar o débito, pois: “não há que se falar em danos morais, se

o consumidor tem seu fornecimento de energia elétrica suspenso desde que tenha dado causa, uma vez que tinha por hábito pagar as contas vários dias após seu vencimento”. (Cahali, p.13)

Também enseja indenização moral a cobrança de dívida que já foi quitada pelo devedor, em que pese os institutos previstos no artigo 42, § único, do CDC, que não eximem a indenização.

“Art. 42. Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável..”

No que tange às propagandas enganosas e abusivas, tratadas especificamente no artigo 37 e parágrafos do CDC, são igualmente passíveis de indenização, uma vez que, em razão de sua natureza, podem ocasionar danos morais ao consumidor.

“Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.”

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.”

3.4.3 O DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

O dano moral na esfera trabalhista pode ser observado em três situações: na fase pré-contratual, na contratual e na pós- contratual.

A fase pré-contratual se dá no momento das entrevistas, seleções e treinamentos, onde o candidato pode ser exposto à humilhação e

circunstâncias vexatórias, podendo, inclusive, sofrer preconceito em decorrência de determinada condição em que se encontra.

Durante o período contratual, considerando que o empregado depende de sua força de trabalho para garantir sua sobrevivência e que tem sua honra e dignidade protegidas por nossa Constituição Federal, resta claro a responsabilidade do empregador, que deverá indenizar o empregado, quando sua atitude ferir, de qualquer modo, a moral (dignidade) do empregado.

Sobre isso, dispõe Cahali:

“...os tribunais têm admitido como manifestações preconceituosas certas atitudes do empregador que colocam o funcionário em uma situação vexatória, degradante, de humilhação, que, sem prejuízo de representarem causa de demissão indireta, ofendem a honra, a dignidade, o respeito do operário como ser humano, provocando dano moral reparável” (2005, p. 545).

Via de regra, a despedida do empregado não gera dano moral. No entanto, adverte Gonçalves Dias que:

“Todavia, a exposição do obreiro, no ato da despedida, à desnecessária situação de constrangimento e humilhação perante terceiros, atingindo-lhe o sentimento de dignidade pessoal, o próprio conceito desfrutado perante os colegas de trabalho, extrapola os limites de tal direito, ensejando indenização por dano moral” (2004, p. 397)

Assinala ainda referido autor que “incumbe ao empregado provar, de forma robusta, o dano à honra ou reputação que alega ter ocorrido”.

E, ainda:

“...o requerimento pelo ex-empregador de abertura de inquérito policial para a purgação de possível crime de furto praticado por ex-empregado não enseja indenização por dano moral, ainda que este tenha sido absolvido, se não comprovado o dolo ou má-fé do requerente” (2004, p. 397).

Contudo, Cahali pronuncia que :

“...não se exclui, em linha de principio e nesse mesmo contexto, a ocorrência de dano moral indenizável, ainda na esfera das relações de trabalho, na dispensa injusta do empregado com base em imputação de crime ou de qualquer conduta desabonadora, que se verifiquem inexistentes, improvadas ou praticados por terceiros”. (2005, p. 536)

No que se refere à competência, a lei confere à Justiça de Trabalho a obrigação para processar e julgar as ações de indenização moral nas relações trabalhistas.

Assim, prevê a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004:

“Art 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

(...)

VI – as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho”.

No entanto, quando se trata da fase pré-contratual, considerando que ainda não há vínculo trabalhista, a doutrina entende que a Justiça comum detém a competência para julgar a ação de danos morais.

Nesse sentido, opina Cahali: “A nosso ver, a competência aqui deveria ser da justiça comum, pois até não se estabelecera uma vinculação trabalhista entre as partes envolvidas nos entendimentos preliminares(...)” Cahali, p. 530.

3.4.4 DANO MORAL DECORRENTE DA MORTE

É indiscutível a dor causada pelo falecimento de um ente querido, seja este um membro da família, ou mesmo um amigo próximo.

Acerca dessa matéria, a doutrina é clara em afirmar que tal situação, se decorrente de ato ilícito, enseja dano moral.

Observa Cahali :

“...no caso de homicídio, poderá haver dano moral por ricochete, com ofensa a direito próprio, autônomo, de terceiro que de alguma forma se relacionava com o falecido, a configurar-se diante de uma situação concreta definida; ainda que preservada a sua autonomia, a sua reparação poderá ser reclamada conjuntamente com a indenização de danos patrimoniais, se também estes tiverem se verificado em razão da mesma causa geradora.” (2005, p. 118).

Assim também é o entendimento de Venosa, ao afirmar que :

“o termo luto permite perfeitamente o entendimento de que não se restringe apenas ao pagamento pelas vestes fúnebres..., mas também à indenização pelo sentimento de tristeza pela perda da pessoa querida. Desse modo, nessa expressão se abre ensancha `indenização por dano moral” (2008, p. 312).

Concluí-se, portanto, que diante do morte causada por ato ilícito, tanto é possível o ressarcimento dos danos materiais, conforme previsão legal no artigo 948, do Código Civil de 2002, como também os danos morais, caracterizado pela profunda tristeza, dor e sentimento de perda.

3.4.5 O DANO MORAL À LESÃO CORPORAL E DANO ESTÉTICO

A lesão corporal compreende tanto o físico, quanto o psíquico do agente passivo, que será moralmente ressarcido, sem prejuízo dos danos materiais. Vejamos o artigo 949, do Código Civil:

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Nesses casos, sendo o agressor condenado penalmente, além da pena restritiva de liberdade à ele imposta, que, eventualmente poderá ser substituída pela pena de multa, nos casos previstos em lei, deverá arcar com os danos emergentes e lucros cessantes, sem prejuízo da reparação dos danos morais.

É o que ensina Venosa:

“[...] nada obsta que, além do pagamento pelos danos emergentes e pelos lucros cessantes, conforme estabelecido, o tribunal também concedesse quantia a título de reparação de danos morais pela lesão corporal, substituindo a parcela referida da multa penal” (2008, p. 317)

Quanto ao dano estético, este configura-se pela deformação da integridade física da pessoa, que pode ocasionar o dano moral, toda vez que, em decorrência da deformação sofrida, traga humilhação, abalo psicológico ou sensação de mal-estar diante da deformidade estética.

Alguns doutrinadores tratam o dano estético como modalidade do dano moral, defendendo a não cumulação entre os dois institutos, sem, contudo, impedir a cumulação de dano estético com danos materiais.

É o que ensina Venosa:

“O dano estético, portanto, que afeta diretamente a personalidade, é modalidade de dano moral. Pode ser cumulado com danos patrimoniais, como por exemplo, diminuição da capacidade de trabalho. No entanto, por ser modalidade de dano moral, não se cumula com este sob pena de ocorrer bis in idem” (2008, p. 45).

Maria helena Diniz compartilha do mesmo entendimento, afirmando que a impossibilidade da cumulação entre dano estético e dano moral reside no fato de que ou a lesão estética implica em dano patrimonial, ou porque já está compreendida no dano moral. (2009, p. 145).

No entanto, a jurisprudência assinala de modo positivo, aceitando a cumulação, desde que possam ser apuradas separadamente.

“É possível a cumulação de danos morais e estéticos desde que passíveis de identificação em separado” (AI 754502 / RS - RIO GRANDE DO SUL AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI)

Conclui Cahali que :

“Desse modo, a jurisprudência vem se pronunciando no sentido da reparabilidade do dano moral, de maneira generalizada naqueles casos em que a lesão à integridade física da vítima lhe produza, concomitantemente, perturbação na sua estrutura psíquica, reflexos à sua psique, fazendo dela uma pessoa diferenciada pelo natural desconforto e pelas frustrações inerentes à sua nova condição pessoal de vida ” (2005, p. 242)

3.4.6 O DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE AFETO

As relações pessoais e familiares estão também sujeitas à indenização moral. Sobre esse tema, Silvio de Salvo Venosa esclarece que: “em sede da família, em síntese, busca-se a tutela da personalidade e, conseqüentemente, da dignidade humana” (Venosa, 2008, p. 284).

Dentre as várias situações que podem levar ao dano moral, a primeira a ser tratada nesse trabalho é a promessa de casamento descumprida.

O rompimento de noivado pode ser tratado como ilícito civil, de modo que, sendo assim, se sujeita às penas da responsabilidade civil, devendo o prejudicado ser indenizado.

Para tanto, os pressupostos gerais que legitimam a indenização devem estar presentes. Significa que, o simples ato de romper o noivado não gera, por si só, dano moral. É necessário que exista ilicitude no rompimento.

Maria Helena Diniz elenca quatro requisitos necessários à caracterização da responsabilidade. São eles:

- 1) Que a promessa de casamento tenha sido feita, livremente, pelos noivos e não por seus pais.
- 2) Que tenha havido recusa de cumprir a promessa esponsalícia por parte do noivo arrependido e não dos seus genitores, desde que esta tenha chegado ao conhecimento da outra parte
- 3) Ausência de motivo justo
- 4) Lesão de esfera psicológica, pecuniária ou moral

O primeiro requisito diz respeito à proposta, à livre vontade dos noivos e a liberdade de escolha. Isto é, a vontade dos noivos não pode estar maculada, ambos devem estar de acordo com o pedido e o aceite da proposta de casamento, que deve ser pactuada exclusivamente pelos noivos em questão, e não por seus genitores.

Do mesmo modo, a vontade de rescindir a proposta deve partir de um dos noivos, e não de seus pais. O noivo que não deseja mais celebrar o casamento deve comunicar ao outro. Nesse caso, Maria Helena Diniz traz a possibilidade do rompimento ser tácito, exemplificando que : “ quando o comportamento do noivo seja de tal monta que leve a noiva a crer que há vontade de romper o compromisso. P.ex: contrair outro noivado, viajar, por longo tempo, sem dar notícias.” (DINIZ, 2009, p. 192).

Importante salientar que o mero rompimento não caracteriza o dano moral. Para isso, é necessário que o rompimento tenha se dado sem qualquer motivo justo que, de alguma forma, fira a moral do noivo abandonado.

Assim, do mesmo modo que a ruptura do noivado pode ocasionar danos morais, a dissolução do casamento ou da união estável também. Explica Venosa que:

“No curso da convivência de homem e mulher, unidos ou não pelo vínculo do casamento, podem ser praticados atos que extrapolam os limites do normal e aceitável e tragam ao outro cônjuge ou companheiro prejuízos materiais e imateriais” (VENOSA, p. 284).

Ainda na esfera das relações de afeto, citamos as relações de pais para com os filhos. Nesse ponto, há que se observar, além do socorro material, o apoio moral, o amor, o afeto e a participação dos pais na criação dos filhos, mormente cobrados quando ocorre a separação dos pais.

Sobre isso, preceitua Venosa:

“O abandono intelectual do progenitor com relação a filho menor gera, sem dúvida, traumas que deságuam no dano moral. Nessa diapasão, a afetividade liga-se inexoravelmente à dignidade do ser humano. É evidente que uma indenização nessa seara nunca restabelecerá ou fará nascer o amor e o afeto. Cuida-se, como enfatizamos, de mero lenitivo, com as conotações que implicam uma indenização por dano moral”. (VENOSA, p. 286).

É incontroverso que a indenização não criará um vínculo parental, nem recuperará os anos perdidos. Deve ser encarada, pois, como uma medida penal e compensatória. Punir-se-á a os pais ausentes, compensando pecuniariamente os filhos afetivamente abandonados.

3.4.7 O DANO MORAL POR OFENSA À IMAGEM, À INTIMIDADE E À HONRA

A constituição Federal de 1988 tutela expressamente a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, em seu artigo 5º, inciso X, que dispõe:

“X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

Sob esse prisma, consideramos a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem do ser humano, que cotidianamente vive situações de exposição social, sujeitando-se a sofrer lesões morais.

No que tange à imagem, cumpre preliminarmente uma definição. O que é a imagem de um ser humano? Responde Maria Helena Diniz:

“A imagem é: a) a representação física da pessoa, como um todo ou em partes separadas do corpo (rosto, pernas, seios, olhos, nariz, boca, sorriso, indumentária, gesto etc.), desde que identificáveis, ou seja, desde que possam implicar o reconhecimento de seu titular, por meio de fotografia, escultura, desenho, pintura, representação dramática, cinematografia, Internet, *sites*, televisão etc., que requer autorização do retratado para sua divulgação, em respeito aos princípios da exclusividade e da escolha pessoal[...]; b) o conjunto de atributos cultivados pela pessoa, reconhecidos socialmente. É a visão social a respeito do indivíduo. Hipótese em que se configura a imagem-atributo, imagem social, ou, ainda, imagem-moral, protegida pelo art. 5º, V, da CF/88, sendo distinta da honra (CC, arts. 20, in fine, e 953), que envolve a pessoa no círculo social, indicando qualidades, como, por exemplo, de hábil advogado, de médico competente, de mestre dedicado etc. (ESTF, 1801:284). Enfim, é a personalidade moral (reputação, fama etc.) do indivíduo no mundo exterior.” (DINIZ, 2009, p. 172-173)

Considera-se imagem, portanto, todo elemento capaz de identificar seu titular, de distingui-lo no meio social. Não se confunde com a honra, pois que, em linhas simples, a honra tutela as características, as qualidades desse indivíduo, como será mais bem tratado adiante.

A violação desse direito consuma-se quando da reprodução pública da imagem sem autorização do seu titular, gerando a obrigação de indenizar.

Frisa-se que o titular da imagem tem a prerrogativa de decidir quando, como e se deseja aparecer. Do contrário, se retratado contra sua vontade, configurado está o ato ilícito.

Entretanto, o direito à imagem possui algumas limitações, que dispensam a concordância do titular para sua reprodução, nos casos em que:

- a) Se tratar de pessoas notórias que precisam de popularidade, uma vez que o sucesso está diretamente ligado às aparições públicas, preservando, contudo, suas vidas íntimas.
- b) Se tratar de exercício de cargo público, que atenda à administração ou serviço de justiça ou de política, em razão da supremacia do interesse público e publicidade de tais atos e exercícios.
- c) Se tratar de garantir a segurança nacional, quando, por exemplo, versar sobre um procurado pela polícia, ou quando do reconhecimento e identificação de criminosos.
- d) Se visa atender o interesse público, os fins culturais, científicos e didáticos, reproduzindo a imagem do titular em conferências, exposições de obras artísticas, inaugurações de monumentos históricos, entre outros.
- e) A exposição seja necessária a fim de garantir a saúde pública, com a afixação de cartazes noticiando os fatos.
- f) Se tratar de pessoa de importância histórica
- g) O titular se expõe em local público e se torna parte de determinada cena, contanto que a reprodução de sua imagem não seja o foco da exposição.
- h) Em se tratando de identificação compulsória ou imprescindível a algum ato de direito público ou privado.

Quanto à intimidade, explica Artur de Oliveira Deda que:

“toda pessoa tem direito ao resguardo, aí compreendidos os atos de sua vida, ainda que durante esta haja adquirido notoriedade, hipótese em que a divulgação de fatos para composição de biografia, admissível por obséquio aos interesses históricos e científicos, não abrange a forma romanceada”. (apud Cahali, p.633)

Maria Helena Diniz ensina que o direito à intimidade veda qualquer invasão na esfera privada, íntima, do ser humano, inclusive no que tange à internet, que

hoje facilita e disponibiliza ao mundo acesso às diversas informações, sigilosas ou não.

Recentemente a mídia noticiou a lesão sofrida por Carolina Dieckman, que teve 36 fotos pessoais expostas na internet, em maio deste ano. Em que pese ser a atriz figura pública, destaca-se que as fotos não se referiam ao seu trabalho, mas sim à sua intimidade, que não poderia ter sido violada.

Necessário salientar que o direito à intimidade é prerrogativa de todos os cidadãos brasileiros, conforme estipulado pela Carta Magna, sejam eles figuras públicas ou não.

Cumpra esclarecer que alguns autores diferenciam intimidade de privacidade. Assim ensina Maria Helena Diniz:

“A privacidade não se confunde com intimidade, mas esta pode incluir-se naquela. Por isso, as tratamos de modo diverso, apesar de a privacidade voltar-se a aspectos externos da existência humana, como recolhimento em sua residência, sem ser molestado, escolha do modo de viver, hábitos, comunicação via epistolar ou telefônica etc.; e a intimidade dizer respeito a aspectos internos do viver da pessoa, como segredo íntimo ou pessoal, amizades, relacionamentos amorosos, situações de pudor.” (DINIZ, 2009, p.164)

Logo, entende-se por intimidade todos os atos, fatos e acontecimentos decorrentes da vivência de uma pessoa que se referem ao seu foro íntimo, privado, reservado, pessoal, que ela deseja limitar apenas ao seu conhecimento e impedir a veiculação dessas informações à terceiros.

No que se refere à violação da honra, observa-se que o artigo 963 do código Civil de 2002, à grosso modo, cuidou de definir expressamente as situações passíveis de indenização, como se lê:

“Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.”

É necessário observar, primordialmente, que a Honra se divide em dois aspectos: subjetivo e objetivo.

Ensina Washginton de Barros Monteiro:

“O citado art. 953 estabelece a reparação dos danos por violação à honra, que é direito da personalidade composto de dois aspectos: objetivo – consideração social – e subjetivo – auto-estima. Neles está contido o caráter múltiplo ou proteiforme da

honra: individual, civil, política profissional, científica, artística etc.”
(MONTEIRO, p.494).

Assim, temos que a honra subjetiva é a honra em sentido estrito, é o juízo de valor que fazemos de nós mesmos, a nossa autoestima, ao passo que a honra objetiva é a reputação que temos frente à sociedade.

3.4.8 O DANO MORAL NA ESFERA PENAL

Conforme o acima exposto, partindo da proteção à honra elencada no artigo 953 do Código Civil 2002, cumpre salientar que, inobstante já tutelada em âmbito civil, é também resguardada em esfera penal.

Assim dispõe o Código Penal:

“Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º - É punível a calúnia contra os mortos.

[...]

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

[...]

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.”

Para entender esses três delitos é preciso compreender a subdivisão da honra, já mencionada no subitem acima.

Primeiro, devemos considerar que a Honra se divide em duas espécies: objetiva e subjetiva.

A honra objetiva é aquela que o indivíduo tem perante a sociedade, enquanto que a honra subjetiva é o sentimento próprio, os próprios conceitos e princípios morais (honra dignidade), bem como os competentes atributos físicos, intelectuais ou sociais (honra decoro) de um indivíduo.

Assim, quando se tratar da violação da honra objetiva, temos o delito de calúnia e difamação, pois a consumação destes está ligada ao abalo da reputação da vítima perante terceiros.

Já na honra subjetiva temos o delito de injúria, porque fere a integridade moral da vítima no seu mais profundo âmago, no momento em que o agente lhe atribui qualidade pejorativa, negativa, atingindo sua honra subjetiva.

Essas são as três hipóteses, previstas em esfera penal, passíveis de indenização moral. Não são, contudo, as únicas hipóteses indenizáveis no tocante aos delitos.

Assim disciplina o artigo 387, inciso IV, acrescentado pela Lei nº 11.719, de 2008:

“ Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória

[...]

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;”

Dessa forma, a reparação dos danos morais, já prevista na constituição federal e no código civil, encontra-se, agora, amplamente amparada em âmbito penal.

Portanto, de qualquer dos crimes prescritos no código penal brasileiro, quando se comprovar a existência de danos morais sofridos pela vítima, o juiz além de condenar o réu deverá também arbitrar a indenização moral.

Para tanto, é preciso que a vítima se manifeste formalmente durante a instrução criminal, apontando valores e comprovando sua pretensão, sendo devido ao réu o direito de produzir contraprova. (NUCCI, 2008, p. 691).

4. DA DIFICULDADE NA APLICAÇÃO DO VALOR AO DANO MORAL

4.1 OBJEÇÕES À REPARAÇÃO DO DANO MORAL

Superados os problemas de previsão legal e admissibilidade da reparação dos danos extrapatrimoniais, nos deparamos com outra questão que tem sido abordada por vários doutrinadores: a quantificação do valor indenizatório.

Preleciona Fernando Gaburri que:

“Enquanto no período anterior à CF/1988 discutia-se sobre a possibilidade ou não de se indenizar os prejuízos causados por danos morais, a partir de seu advento discute-se a respeito dos limites e formas da fixação do quantum indenizatório em decorrência de danos desta natureza” (p. 92).

Como vimos nos capítulos anteriores, os danos morais podem e devem ser amplamente indenizados. Mas como quantificar, com valorar, mensurar a moral ferida de cada indivíduo?

Essa e outras questões elencam a tese de irreparabilidade dos danos morais, enumeradas por alguns doutrinadores como Carlos Alberto Bittar, Maria Helena Diniz e Zulmira Pires de Lima.

Num apanhado geral, podemos enumerar as objeções sustentadas da seguinte forma:

a) Falta de um efeito penoso durável

Sustenta-se, aqui, a efemeridade e o caráter temporário da lesão moral sofrida. Contudo, a duração do sofrimento causado pelo dano não deve ser usado como forma impeditiva da reparabilidade, mas como item a ser avaliado quando da mensuração do montante a ser pago ao ofendido.

b) A incerteza de um direito violado

Alguns doutrinadores, como o jurista italiano Chironi, defendem a ideia de que o dano moral é abstrato e por isso não merece acolhida. No entanto, é fato incontroverso que os danos morais decorrem de lesões ao direito concreto, tutelados, inclusive, em patamar Constitucional. Ora, os direitos de personalidade são direitos absolutamente concretos e possuem valor jurídico inquestionável.

c) Dificuldade em descobrir a existência do dano

Nesse ponto, a crítica diz respeito ao problema em constatar a veracidade da lesão alegada pelo ofendido. Porém, isso deve ser constatado durante a instrução processual, devendo ambas as partes produzirem provas, que serão analisadas e julgadas pelo magistrado em sede de sentença.

d) Indeterminação do número de lesados

Essa objeção parte da premissa que um dano pode atingir mais de um indivíduo. Igualmente como no item acima, aqui também ficará a cargo do magistrado, após o devido processo legal, constatar e determinar quem são as pessoas que farão jus à reparação da lesão ocasionada.

e) Impossibilidade de uma rigorosa avaliação em pecúnia

A indenização moral não tem função de reparar a dor e o sofrimento, mas sim de atenuar os efeitos consequentes desse prejuízo. Na opinião de Maria Helena Diniz, o dinheiro pode ser usado de maneira a abrandar a dor, proporcionando ao ofendido alguma distração ou bem-estar. (Diniz, 2009, p. 97).

f) Imoralidade da compensação da dor com dinheiro

Como bem salienta Maria Helena Diniz, imoral e injusto seria deixar o ofensor impune diante de todos os males causado ao ofendido. (Diniz, 2009, p. 98). Ora, novamente faz-se necessário frisar que não se trata de vender os valores morais, mas de compensar, satisfazer e atenuar o sofrimento do indivíduo lesionado.

g) Amplo poder conferido ao magistrado

Essa questão também não merece acolhida, uma vez que o juiz, ao fixar a indenização, não arbitra o montante de acordo com sua livre vontade. Antes de tudo, deve verificar e sopesar todas as provas colhidas durante o processo, examinando todas as circunstâncias e fundamentando sua decisão. Além disso, lembre-se que temos à nossa disposição o princípio do duplo grau de jurisdição e podemos recorrer da decisão que nos parecer injusta.

h) Enriquecimento ilícito

O argumento aqui usado é de que a indenização aumentaria o patrimônio do ofendido, que não sofreu diminuição. Pois bem, salienta-se, outra vez, a função de compensação da indenização por danos morais, que é devida ao ofendido, como forma de amenizar suas dores e sofrimentos.

i) Impossibilidade jurídica de se admitir a reparação

Desnecessário tecer comentários demorados sobre essa objeção, uma vez que resta absolutamente superada, haja vista a ampla previsão legal da reparabilidade dos danos morais em nosso ordenamento jurídico, inclusive em seara Constitucional.

4.2. CRITÉRIOS À ARBITRAÇÃO

Refutadas as teses negativas à reparação dos danos morais, cumpre explanar os princípios, critérios e argumentos desenvolvidos ao longo dos tempos, consolidados na jurisprudência e doutrinas nacional, usados quando da arbitração do montante devido ao ofendido.

Nas palavras de Maria Helena Diniz, os dois critérios que devem ser usados para a fixação do dano moral são: a compensação ao ofendido e o desestímulo ao agressor (Diniz, 2009, p. 108).

É certo que a indenização não deve ser ínfima a ponto de não atingir a finalidade compensatória e punitiva, nem exagerada de maneira a onerar o ofensor, mas equilibrada, de forma que atenua a lesão provocada e sirva de desestímulo às futuras práticas lesivas.

O artigo 944, do Código Civil, disciplina que a indenização deve ser medida pela extensão do dano.

Roberto Brebbia, citado por Clayton Reis, questiona:

“...que elementos haverá de levar em conta o juiz para conceder à vítima uma soma de dinheiro que lhe assegure uma satisfação equivalente aos valores morais desaparecidos ou lesionados? Em outras palavras, como será possível determinar a verdadeira magnitude do agravo a fim de estabelecer uma indenização proporcional ao dano?” (apud. Reis, 2002, p. 63/64).

Para solucionar essa questão o magistrado deverá analisar caso a caso, considerando suas peculiaridades, ponderando todas as circunstâncias e provas produzidas no decorrer do processo. Salienta-se que, para tanto, é essencial recorrer ao Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade.

Adverte Maria Helena Diniz que:

“Na quantificação do dano moral, o arbitramento deverá, portanto, ser feito com bom senso e moderação (CC, art. 944), proporcionalmente ao grau da culpa, sendo caso de

responsabilidade civil subjetiva, à gravidade da ofensa, ao nível socioeconômico do lesante, à realidade da vida e às particularidades do caso sub examine” (Diniz, 2009, p. 105).

Assim, primeiramente deve-se compreender que no dano moral não há critérios objetivos, pois a lesão atinge e gera efeitos variados em cada pessoa, sendo que os elementos constitutivos do dano e seus efeitos devem ser considerados de forma subjetiva, analisando o caso concreto.

Nesse sentido, é a posição de Clayton Reis, ao afirmar que:

“Dentre alguns desses elementos que poderão motivar a decisão do juiz, poderão ser destacados, através de uma análise singela nesta oportunidade, a repercussão do ilícito no meio social, a intensidade da angústia experimentada pela vítima (que depende da análise dos fatores culturais, sociais e espirituais do lesado), bem como a situação patrimonial do agente lesionador e da vítima” (Reis, 2002, p. 74).

Não há que se falar, portanto, em tarifação dos danos morais, visto que o *quantum indenizatório* deve ser arbitrado conforme as necessidades de cada caso.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 garantiu a ampla reparabilidade dos danos morais, limitando-se apenas à causalidade (Gaburri, 2008, p. 96).

Finalmente, deve-se levar em conta o contexto econômico do país, considerando seus costumes, culturas e limitações. É incontestável afirmar a realidade diversa de nosso país em comparação à França ou aos Estados Unidos, quer seja em decorrência da extensão do nosso território, quer seja na diversidade econômica, política, social, histórica e cultural.

5. CONCLUSÃO

Diante de todo o explanado, concluímos que é plenamente possível a indenização por danos morais, tendo esta sido gradativamente admitida pelos países do mundo todo, no decorrer do desenvolvimento das sociedades.

É cediço a reparabilidade dos danos extrapatrimoniais em nosso país, uma vez que o instituto do dano moral foi consagrado em várias de nossas legislações, sendo inclusive elevado à classe dos Direitos e Garantias Fundamentais, quando tutelado na Constituição Federal de 1988.

Contudo, temos que ainda paira sobre o nosso sistema judiciário uma certa resistência no que tange à quantificação do dano, quer seja pela ausência de uma norma que regule expressamente critérios e números à serem considerados, quer seja pelo nosso desenvolvimento histórico, que diferente da sociedade norte-americana, não possui caráter altamente industrializada e capitalista.

Em que pese essa dificuldade, de modo algum há que se falar em obstrução à reparação dos danos, pois que pelos elementos, critérios e argumentos estudados neste trabalho entende-se perfeitamente possível a mensuração dos danos morais à equivalência das lesões sofridas.

Com efeito, partindo sempre dos princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, analisando caso a caso e considerando todas as circunstâncias que lhes são peculiares, é possível auferir valor às lesões extrapatrimoniais, compensando e atenuando as dores do ofendido, punindo e desestimulando as práticas lesivas do agressor.

REFERÊNCIAS

- CAHALI, Yussef Said, Dano Moral, 3ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.
- CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Indenização por equidade no novo código civil, 2ª edição, Atlas, 2003, São Paulo
- DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil, 23 Edição, Editora Saraiva, São Paulo 2009.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito das Obrigações/ Cristiano Chaves de Faras, Nelson Rosendal. – 5ª edição – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011
- GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho., 4ª Edição – São Paulo: Saraiva, 2006.
- GOMES, Orlando. Obrigações, 16ª edição, forense, 2004, Rio de Janeiro.
- LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil, volume 2: direito das obrigações e responsabilidade civil. – 5ª edição – São Paulo: Saraiva, 2010.
- MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopes de. O dano estético (responsabilidade civil), 1ª edição, revista dos tribunais, 1980, São Paulo
- MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: direito das obrigações, volume 5: 2ª parte, 34ª edição – São Paulo: Saraiva, 2003.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 8ª edição rev., atual. E ampl. 2ª tir. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008
- PEREIRA, Caio Mário da Silva, Responsabilidade Civil – Rio de Janeiro: Forense. 1998.
- REIS, Clayton, Avaliação do dano moral, 4ª edição, editora forense, Rio de Janeiro, 2002.
- SILVA, Rubens Galdino da, Navegando nas águas do Direito: teoria e prática de pesquisa – Adamantina: Omnia, 2002
- STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência, 7ª Edição, Editora revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.
- VADE MECUM forense. Saraiva. São Paulo. 2011.
- VENOSA, Sílvio de Salvo, Direito Civil: responsabilidade civil, 8ª Edição, Editora Atlas, São Paulo, 2008.