



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

WALMIR JUNIO BRAGA NIGRO

DIFICULDADE PARA A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL NO
DIREITO BRASILEIRO

Assis/ SP

2011

WALMIR JUNIO BRAGA NIGRO

DIFICULDADE PARA A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL NO
DIREITO BRASILEIRO

Monografia apresentada ao departamento do Curso de Direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior), como requisito para conclusão do curso de Bacharel em Direito sob a orientação do Professor Gerson José Beneli. E orientação geral do Professor Rubens Galdino da Silva.

Orientando: Walmir Junio Braga Nigro

Orientador: Gerson José Beneli

Analisador (1): _____

Examinador: _____

Assis

2011

FICHA CATALOGRÁFICA

NIGRO, Walmir Junio Braga

Dificuldade para a Quantificação do dano moral no Direito Brasileiro
/ Walmir Junio Braga Nigro. Fundação Educacional do Município de
Assis – FEMA – Assis, 2011.

42p.

Orientador: Gerson José Beneli

Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Municipal de
Ensino Superior de Assis – IMESA

1 - Palavra chave - Dano moral comparado- quantificação- dano
moral no mundo- reparação do dano moral.

CDD 340

Biblioteca da FEMA

DIFICULDADE PARA A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL NO
DIREITO BRASILEIRO

WALMIR JUNIO BRAGA NIGRO

Trabalho de Conclusão de Curso
Apresentado ao Instituto Municipal de
Ensino Superior de Assis como requisito do
curso de Graduação, analisado pela
seguinte comissão organizadora:

Orientador: Gerson José Beneli

Examinador: Camila Nogueira de Moraes

Assis
2011

DEDICATÓRIA

Pai...

Onde quer que você esteja hoje, quero que saiba que você foi pra mim um exemplo de homem. Com seu jeito de ser, aprendi o significado da palavra “valor”. Honestidade, simplicidade, trabalho, foram exemplos de sua vida que sempre perseguirei. Aqueles últimos momentos, quando olhávamos um para o outro e que você partiu, te prometi que levaria comigo tudo que me ensinou e que seria de certa forma, o seu orgulho.

A vida é assim pai, leva as pessoas que amamos (...) Neste mesmo ano que concluo mais uma etapa de conquista na minha vida, Deus te levou, é tão recente ainda, sinto muito a sua falta.

Como gostaria que estivesse aqui comigo neste meu momento tão especial!

Dedico então esse trabalho exclusivamente a você meu pai, e com essa letra de música, faço-lhe uma homenagem.

Te amo.

Filho Adotivo

Com sacrifício

Eu criei meus sete filhos

Do meu sangue eram seis

E um peguei com quase um mês

Fui viajante

Fui roceiro, fui andante

E prá alimentar meus filhos

Não comi prá mais de vez...

Sete crianças

Sete bocas inocentes

Muito pobres, mas contentes

Não deixei nada faltar
Foram crescendo
Foi ficando mais difícil
Trabalhei de sol a sol
Mas eles tinham que estudar...

Meu sofrimento
Ah! meu Deus, valeu a pena
Quantas lágrimas chorei
Mas tudo foi com muito amor
Sete diplomas
Sendo seis muito importantes
Que as custas de uma enxada
Conseguiram ser doutor...

Hoje estou velho
Meus cabelos branqueados
O meu corpo está surrado
Minhas mãos nem mexem mais
Uso bengala
Sei que dou muito trabalho
Sei que às vezes atrapalho
Meus filhos até demais...

Passou o tempo
E eu fiquei muito doente
Hoje vivo num asilo
E só um filho vem me ver
Esse meu filho
Coitadinho, muito honesto
Vive apenas do trabalho
Que arranjou para viver...

Mas Deus é grande
Vai ouvir as minhas preces
Esse meu filho querido
Vai vencer, eu sei que vai
Faz muito tempo
Que não vejo os outros filhos
Sei que eles estão bem
Não precisam mais do pai...

Um belo dia
Me sentindo abandonado
Ouvi uma voz bem do meu lado
Pai eu vim prá te buscar
Arrume as malas
Vem comigo pois venci
Comprei casa e tenho esposa
E o seu neto vai chegar...

De alegria eu chorei
E olhei pro céu
Obrigado meu Senhor
A recompensa já chegou
Meu Deus proteja
Os meus seis filhos queridos
Mas foi meu filho adotivo
Que a este velho amparou

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me dado a vida, ao meu pai William Nigro que me abriu portas da vida, a minha mãe Neusa que com o seu amor, logo nos primeiros dias de minha vida, já traçou que eu seria um grande homem, me fazendo sempre me senti obrigado a superar barreiras, buscando desafios para a vitória, honrando o seu desejo, a minha filha querida Eduarda que é pra mim fonte de motivação para sempre buscar a superação e proporcioná-la um pouco mais de alternativas em sua vida, a minha irmã Thaila, que apesar de nossos desencontros, é a minha única irmã.

À minha prima/ irmã Helen, ao meu primo Thiago que sempre convivemos juntos e que considero-os como irmãos, a Wilsa e também a Waldeci que sempre estiveram por perto, sempre muito solícitas com o sucesso de nossa família, razão pela qual, considero-as e sempre serei muito grato, agradeço também a minha “meia mãe”, Deca que com seu jeitinho amoroso sempre se preocupou comigo, dando-me lições do amor de Jesus, e tia Clarinda que com todas aquelas conversas descontraídas, me fazendo sentir próximo da família que por vezes, fui omissos, aos meus amigos de infância que de certa forma colaboraram para a minha história, aos meus amigos do presente Marcelo “turco loco”, “turquinho” que junto com ele rimos de seus mirabolantes projetos, e o César “Hemo”, figurinha impar, de uma sabedoria de dar inveja, odiado e amado ao mesmo tempo pelo seu jeito diferente de enxergar a vida, que apesar de tudo, possuidor de um coração enorme, razão pela qual, me faz muito feliz e que me sinto elogiado por tê-los e tenho-os como irmãos escolhidos.

RESUMO

Com este trabalho, tentamos buscar na doutrina, constituição e nas leis, a fonte da reparação do dano moral no Brasil. Perceberemos que a reparação do dano moral é um instituto muito antigo, apesar de ser recente em todo o mundo a preocupação do estudo mais aprofundado ao tema. Tais reparações encontraremos em diferentes partes do mundo, formas diferentes de se atribuir valor a um determinado dano extra patrimonial. Essa pesquisa tem por finalidade, expor de forma resumida características da reparação do dano moral no Brasil com outros países como, por exemplo, a França, precursora contemporânea e, a Argentina, país colonizado pelos Europeus que por sua vez, serve de exemplo hoje para grande parte do mundo ocidental, a sua forma minuciosa e complexa da quantificação da reparação do dano moral.

Palavra-chave: Dano moral comparado- quantificação- dano moral no mundo- reparação do dano moral.

ABSTRACT

With this work, I tried searching for the doctrine, constitution and laws, the source of compensation for moral damage in Brazil. I could see that compensation for moral damage is a very old institute, although recent worldwide concern the further study the issue.

Such repair, found in different parts of the world, different ways to assign value to a certain off-balance sheet damage.

This research aims to expose briefly the characteristics of compensation for moral damage in Brazil with other countries such as France, the precursor and contemporary, Argentina, a country colonized by the Europeans who in turn serves as an example for much of today the Western world, its complex in detail and quantify the repair of damage

Keyword: moral injury, damage quantification, compared to the moral world-repair of damage.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	13
1.2 AS VÁRIAS ACEPTÕES DA RESPONSABILIDADE.....	16
1.3 RESPONSABILIDADE JURÍDICA E RESPONSABILIDADE MORAL.....	17
1.4 DISTINÇÃO ENTRE OBRIGAÇÕES E RESPONSABILIDADE.....	18
2. DANO MORAL	19
2.1 DEFINIÇÃO DO DANO MORAL.....	20
2.2 INTENSIDADE DO DANO MORAL.....	21
2.3 DANO MORAL SUBJETIVO.....	21
2.4 DANO MORAL OBJETIVO.....	22
2.5 REPARAÇÃO DO DANO MORAL.....	23
2.6 NATUREZA JURÍDICA DA REPARAÇÃO.....	24
3. QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL	25
3.1 AS CONDIÇÕES PESSOAIS DA VÍTIMA.....	28
4. EPISTEMOLOGIA DO DANO MORAL	29
5. DANO MORAL NO ESTRANGEIRO	31
5.1 DANO MORAL NA FRANÇA.....	31
5.2 PRETIUM DOLORIS.....	32
5.3 QUANTUM DOLORIS(OU AVALIAÇÃO DA GRAVIDADE DA DOR).....	32
5.4 DANO MORAL NA ITÁLIA.....	33
5.5. DANO MORAL NA ARGENTINA.....	34
5.6 A PERSONALIDADE DO ATO ÍLICITO.....	36
5.7 DANO MORAL NOS ESTADOS UNIDOS.....	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	39
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	41
ELETRÔNICOS.....	42

INTRODUÇÃO

O dever de reparar um dano causado, se dá a partir do momento em que alguém por ato de culpa ou dolo elimine ou diminua o valor econômico de um bem jurídico de outra pessoa.

A reparação do dano moral, tutela consagrada por nossa constituição, traz segurança ao cidadão brasileiro quando esses bens extras patrimoniais lhes forem atentados.

Por ser um assunto literalmente novo, assunto esse, consagrado na constituição de 1988, a doutrina, a jurisprudência e as leis, ainda tem dificuldade em atribuir um valor compensatório pelo mal sofrido.

Tutelar quanto vale uma dor, um sentimento, a perda de alguém querido não é tarefa fácil para o magistrado, pois, são valores, sentimentos únicos, pessoais de cada indivíduo, diferenciando-se uns dos outros.

Por conta disso, é bem verdade que o tema é desde os tempos remotos reconhecido. Porém, em face da evolução do ser humano, o acesso às informações, a facilidade que a tecnologia nos traz hoje de observarmos esses avanços, podemos melhor interpretar este instituto tão nobre.

De tal modo, abordaremos neste trabalho, o momento da história que o dano moral foi identificado e introduzido nas relações entre os indivíduos.

Feitas as considerações, observaremos as primeiras teses que justificavam a reparação de tal dano e, na seqüência, a sua evolução na Europa, balizando o mundo, no aspecto jurídico na construção de formas de se justificar a compensação do dano.

Uma dúvida pairou por muito tempo. Se era imoral indenizar um dano moral com dinheiro. Esta situação hoje, já superada, é considerada, como justo e moral que seja reparado tal dano.

Nestas linhas do estudo, identificaremos interessantes peculiaridades que cada país tem sob o ponto de vista jurídico.

Peculiaridades que de certo modo, formam um conjunto de interpretações distintas uma das outras que contribuem para o avanço na compreensão cada vez mais deste instituto, para a obtenção de entendimentos mais precisos, sempre buscando se fazer uma justiça mais justa.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Conforme Maria Helena Diniz, em sua obra, Responsabilidade Civil, volume 7, páginas 10 a 21, diz que a responsabilidade civil apresenta uma evolução pluridimensional, pois sua expansão deu-se quanto a sua história, aos seus fundamentos, a sua extensão ou área de incidência (numero de pessoas responsáveis e fatos que ensejam a responsabilidade) e a sua profundidade ou densidade (exatidão de reparação).

Historicamente, 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 formulas “olho por olho, dente por dente”, “quem com ferro fere, com ferro será ferido”. Nesse contexto histórico, o Estado tinha um papel de intervir apenas para coibir abusos e assim, declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, produzindo na pessoa do ofensor dano idêntico ao que experimentou. Na lei das XII Tábuas, aparece significativa expressão desse critério nas tabuas VII, lei 11^a. (Se alguém fere a outrem, que sofra a pena e Talião, salvo se existiu acordo). A responsabilidade era objetiva, não dependia de culpa, apresentando-se apenas como uma reação do lesado contra a causa aparente do dano.

Depois desse período há o da composição, ante a observância do fato de que seria mais conveniente entrar em composição com o autor da ofensa – para que ele reparasse o dano mediante a prestação da poena (pagamento de certa quantia em dinheiro), a critério da autoridade pública, se o delito fosse público e do lesado, se se tratasse de delito privado, do que cobrar a retaliação, porque esta não reparava dano algum, ocasionando na verdade duplo dano: o da vítima e o de seu ofensor, depois de punido. A *Lex Aquilia de damno* veio a cristalizar a idéia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, em razão do valor da *rés* esboçando-se a noção de culpa como fundamento de responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. Passou-se a atribuir o dano à

conduta culposa do agente. A em questão, estabeleceu também as bases da responsabilidade extracontratual, criando uma forma pecuniária de indenização do prejuízo, com base no estabelecimento de seu valor. A referida lei introduziu o *damnum iniuria datum*, ou melhor, prejuízo causado a bem alheio empobrecendo o lesado, sem enriquecer o lesante. Todavia, mais tarde, as sanções dessa lei foram aplicadas aos danos causados por omissão ou verificados sem o estrago físico e material da coisa. O Estado passou, então, a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos, obrigando a vítima a aceitar a composição, renunciando a vingança. Essa composição permaneceu no direito romano com o caráter de pena privada e como reparação, visto que não havia nítida distinção entre a responsabilidade civil e a penal.

Na idade média, com a estruturação das idéias de dolo e de culpa *stricto sensu*, seguida de uma elaboração da dogmática da culpa, distinguiu-se a responsabilidade civil da pena.

Mas a teoria da responsabilidade civil só se estabeleceu por obra da doutrina, cuja figura dominante foi o jurista francês Domat, responsável pelo princípio da responsabilidade civil. Essa idéia veio a ser adotada pelo art. 1382 do código civil francês, que prescreve: “Qualquer ato do homem que causa dano a outra obriga a pessoa por quem é a culpa que aconteceu a repará-lo”, influenciando quase que todas as legislações que estabeleceram como seu fundamento a culpa.

Todavia, a responsabilidade civil também evoluiu em relação ao *fundamento* (razão pela qual, alguém deve ser obrigado a reparar um dano), baseando-se o dever de reparação não só na culpa, hipótese em que será subjetiva, como também no risco, caso em que passará a ser objetiva, ampliando-se a indenização de danos sem existência de culpa.

A expansão da responsabilidade civil operou-se também no que diz respeito à sua *extensão* ou *área de incidência*, aumentando-se o número de pessoas responsáveis pelos danos, de beneficiários da indenização e de fatos que ensejam a responsabilidade civil.

Todo aquele que causar dano a outrem, seja pessoa física ou jurídica, fica obrigado a repará-lo, restabelecendo o equilíbrio rompido (CC, art. 186 c/c art. 927), cabendo ao lesado a prova, no caso concreto, de dolo ou culpa do agente. Quando

a responsabilidade advém de ato do próprio imputado, ela será direta. Na responsabilidade extracontratual por fato próprio (CC, art. 942), será imprescindível a prática de ato lesivo pelo agente e, em sendo pessoa jurídica, por quem em seu nome atue (representante ou administrador). Todavia, houve uma evolução estendendo a responsabilidade de certa pessoa, por presunção de culpa, por fatos de terceiros pelos quais o imputado responde, no sentido de estabelecer uma solidariedade, p. ex., entre pais e filhos menores, com fundamento na falta de vigilância; entre tutores e tutelados; entre curadores e curatelados por *culpa in vigilando*; entre comitentes e prepostos por *culpa in eligendo* (SÚMULA 341 do STF), abrangendo dentre os responsáveis às pessoas jurídicas que exerciam exploração industrial etc.; entre transportadores e causadores do dano, seguradores e terceiros culpados. Hoje, pelos artigos 932, I a III, 933, 734 e 750, tais pessoas, mesmo que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados por terceiros, consagrando-se a responsabilidade civil objetiva.

Estende-se ainda a responsabilidade por fatos de animais e coisas sob a guarda do imputado, que será seu dono ou detentor, prevalecendo em alguns casos à idéia de culpa presumida e em outros, a do risco.

Quanto à *densidade* ou *profundidade da indenização*, o princípio é o da responsabilidade patrimonial, segundo o qual a pessoa deverá responder com o seu patrimônio pelos prejuízos causados a terceiros, exceto nos casos em que se disponha a proceder, ou seja possível, a execução pessoal e nos de intervenção de terceiro para a realização devida, especialmente no campo contratual. Essa responsabilidade deverá ser total, cobrindo o dano em todos os seus aspectos, de tal sorte que todos os bens do devedor respondem pelo ressarcimento com exceção dos inalienáveis e dos gravados. Se tiver mais de um autor, ter-se-á solidariedade (CC, art. 942), mas o *solvens* terá ação regressiva, exceto se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz (CC, 934, 186, 389, 946 e 947).

Para fixar a indenização, o magistrado deverá verificar (CC, 944, 945 e 946), p. ex.: a) o grau de culpa, pois, se para o dano concorreram à culpa do lesante e a do lesado, esse fato não poderá deixar de ser levado em conta na fixação da indenização, de tal sorte que o montante global do prejuízo sofrido se abaterá a quota-parte que, para o magistrado, for imputável à culpa da vítima. Deveras, “se

houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir eqüitativamente a indenização” (CC, art. 944, parágrafo único) E acrescenta o enunciado n. 46 do STF que:

A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva.

b) a influência não só da situação econômica da vítima e do agente como também a de acontecimentos naturais ou da vítima e do agente como também a de acontecimentos naturais ou sociais, observada na apuração do nexa causal; c) a influência do lucro obtido pelo lesado na reparação (como na hipótese de receber veículo novo, em substituição ao danificado, já usado) caso em que deverá deduzir do montante do prejuízo sofrido o valor do benefício, desde que este esteja ligado por um nexa de causalidade ao fato gerador da obrigação de indenizar, não tendo sido oriundo de circunstâncias fortuitas. Trata-se da regra da *compensatio lucri cum damno*.

1.2 AS VÁRIAS ACEPÇÕES DA RESPONSABILIDADE

Carlos Roberto Gonçalves esclarece que a palavra responsabilidade tem sua origem na raiz latina *spondeo* pela qual se vinculava o devedor, solenemente, nos contratos verbais do direito romano. Dentre as várias acepções existentes, algumas fundadas na doutrina do livre-arbítrio, outras em motivações psicológicas, destaca-se na noção de responsabilidade como aspecto da realidade social.

Já Maria Helena Diniz vai mais a fundo e diz que a responsabilidade vem do verbo latino *respondere*, designando o fato de ter alguém se constituído garantidor de algo. Tais termos contem, portanto, a raiz latina *spondeo* fórmula pela qual se vinculava, no direito romano, o devedor nos contratos verbais

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e

¹ Texto online extraído de <http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=3622> acesso em 21 de maio de 2011.

patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil.

Pode-se afirmar, portanto, que *responsabilidade* exprime idéia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social.

Coloca-se, assim, o responsável na situação de quem, por ter violado determinada norma, vê-se exposto às conseqüências não desejadas decorrentes de sua conduta danosa, podendo ser compelido a restaurar o *statu quo ante* – o estado que era antes. Relato de Carlos Roberto Gonçalves, em sua obra *Direito Civil Brasileiro*. (GONÇALVES, 2004, p. 1-2).

1.3. RESPONSABILIDADE JURÍDICA E RESPONSABILIDADE MORAL

A responsabilidade pode resultar da violação tanto de normas morais como jurídicas, separada ou concomitantemente. Tudo depende do fato que configura a infração, que pode ser, muitas vezes, proibido pela lei moral ou religiosa ou pelo direito.

No campo moral é mais amplo do que o do direito, pois só se cogita da responsabilidade jurídica quando há prejuízo. Esta só se revela quando ocorre infração da norma jurídica que acarrete dano ao indivíduo ou à coletividade. Neste caso, o autor da lesão será obrigado a recompor o direito atingido, reparando em espécie ou em pecúnia o mal causado.

A responsabilidade moral e a religiosa, contudo, atuam no campo da consciência individual. O homem sente-se moralmente responsável perante a sua consciência ou perante Deus, conforme seja ou não religioso, mas não há nenhuma preocupação com a existência de prejuízo a terceiro (grifo nosso). *Como a responsabilidade moral é confinada à consciência ou ao pecado, e não se exterioriza socialmente, não tem repercussão na ordem jurídica*. Pressupõe, porém, o livre-arbítrio e a consciência da obrigação.

1.4. DISTINÇÃO ENTRE OBRIGAÇÃO E RESPONSABILIDADE

Obrigação   o vínculo jurídico que confere ao credor o direito de exigir do devedor o cumprimento de determinada presta o. Corresponde a uma rela o de natureza pessoal, de crédito e débito, de caráter transitório, cujo objeto consiste numa presta o economicamente aferível.

A obriga o nasce de diversas fontes e deve ser cumprida livre e espontaneamente. Quando tal não ocorre e sobrev m o inadimplemento, surge a responsabilidade. Não se confundem, pois, *obriga o* e *responsabilidade*. Esta só surge se o devedor não cumpre espontaneamente a primeira. A responsabilidade  , pois, a conseqüência jurídica patrimonial do descumprimento da rela o obrigacional (grifo nosso).

Obriga o   sempre um dever jurídico originário; responsabilidade   um dever jurídico sucessivo, conseqüente   viola o do primeiro.

Em síntese, em toda obriga o há um dever jurídico originário, enquanto na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo. E, sendo a responsabilidade uma espécie de sombra da obriga o (a imagem   de Larenz), sempre que quisermos saber quem   o responsável teremos de observar a quem a lei imputou a obriga o ou dever originário.

A distin o entre obriga o e responsabilidade começou a ser feita na Alemanha, discriminando-se, na rela o obrigacional, dois momentos distintos: o do débito, consistindo na obriga o de realizar a presta o e dependente de a o ou omissão do devedor, e o da responsabilidade.

2. DANO MORAL

Aspectos do Dano Moral

O dano moral até a década de 80, nunca havia sido afetada em nosso ordenamento jurídico, vindo ser contemplada somente na constituição de 1988.

Antes disso, apesar, Carlos Alberto Bittar, já comentava a respeito, defendendo os danos morais:

A nítida evolução operada na experiência jurídica somente foi possível de vencidas certas perplexidades geradas pela onda negativista, que, sistematicamente, levada ao improvimento pleitos judiciais travados em nosso país sobre reparação de danos morais. Nesse sentido, como tem a doutrina realçada, a fase inicial de nossa jurisprudência caracterizou-se pela predominância da tese de irreparabilidade. Superou-se esse estágio na medida em que, sob o influxo de demandas a respeito da matéria e do progresso científico alcançado no plano do Direito, acabaram os tribunais conscientizando-se da injustiça de tal posicionamento, em especial, diante da expansão das técnicas e dos modos de exposição de pessoas e de criações intelectuais ao público e, de outro lado, da crescente detecção de atentados a valores essenciais da moralidade, tanto privada, como pública. Assim, exigidos com frequência a meditar sobre o tema, e à luz dos fatores expostos, vieram depois os tribunais a abraçar a posição oposta, ou seja, a da plena reparabilidade de danos morais. (BITTAR, 1993, p.152).

Podemos então perceber, que mesmo antes da reparação do dano moral na constituição de 1988, os tribunais já haviam reconhecido a reparabilidade, mesmo que esta não estivesse consagrada como bem jurídico tutelado.

Por conta da jurisprudência em reconhecer a reparabilidade, a nova constituição de 1988, trouxe o seguinte:

Artigo 5º, caput, incisos V e X CF/88.

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos seguintes:

(...).

V – É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...).

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

Nossa carta Magna, por se tratar de uma norma aberta, de eficácia plena, fez com que os legisladores, ampliassem esse direito consagrado a fim de dar mais ênfase na concretude do bem jurídico.

A exemplo, podemos citar o código de processo civil, em seu artigo 927, e também o artigo 186 do código civil, que traz:

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

Artigo 927. Aquele que por ato ilícito (...), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Por conta destes dois artigos, o cidadão tem hoje ferramentas capazes de atingir seu objetivo na reparação ou compensação do dano moral causado.

2.1 – DEFINIÇÃO DO DANO MORAL

Dano moral está ligado ao bem jurídico extra patrimonial, não se trata de dano patrimonial.

Para que possamos defini-los, é preciso observar os critérios subjetivos (lesão a bens imateriais como a honra, a dignidade, o decoro, a dor, etc). O dano moral atinge o íntimo da pessoa, valores da vítima.

Silvio de Salvo Venosa, diz: “Dano moral é o prejuízo que afeta os ânimos psíquicos, morais e intelectuais da vítima”.(VENOSA, 2002, p.35).

Youssef Said Cahali, diz: “É a privação ou diminuição daqueles bens que tem um valor precípua da vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos”.(CAHALI, 1998, P.20).

Os direitos da personalidade, no âmbito do Direito Civil, (conforme Maria Helena Diniz), pode ser interpretados como sendo:

(...) o direito da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, o próprio corpo vivo ou morto, o corpo alheio vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto) e a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social) (...) É o direito comum da existência, porque é simples permissão dada pela norma jurídica a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu de maneira primordial e direta". (apud JUNIOR, 2000, p.86)

Esses danos comentados acima, que são bens imateriais, uma vez atingidos poderiam causar sérios prejuízos, trazendo mágoas, tristezas e dor, podendo ser muito embora piores que um dano material.

Atingidos esses valores morais, o ofendido sofreria mudanças em seu comportamento e conseqüências negativas seriam percebidas, acarretando prejuízos.

Segundo Yussef Said Cahali, dano moral é:

[...] dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc) e dano que molesta a parte afetiva do dano patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.); dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc) e dano moral puro (dor, tristeza, etc). (CAHALI, 1998, p.20).

2.2 – INTENSIDADE DO DANO MORAL

Por se tratar muitas vezes o dano moral como situações psíquicas, não é necessárias provas concretas, pois não teria como medir uma dor maior ou dor menos, pois, cada pessoa sente de forma diferente.

O temos que observar, é que o dano moral é dividido em duas formas: subjetivo e objetivo.

2.3 – DANO MORAL SUBJETIVO

O dano moral subjetivo está ligado a atributos de cada individuo, são eles aspectos físicos, intelectuais e morais.

A subjetividade neste caso tem a ver com características únicas de cada ser, como por exemplo, não podemos igualar uma pessoa com deficiência e outra sem deficiência alguma, não podemos nessa óptica também igualar a dor de quem viu um acidente daquele que estava no acidente.

Yussef Said Cahali comenta:

(...) qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se como tais àqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social. (CAHALI, 1998, p.20).

2.4 – DANO MORAL OBJETIVO

Neste terreno, podemos destacar o meio social em que vive o ofendido, considerando a sua imagem e reputação perante a sociedade, ou seja a levar em conta no sentido o que as pessoas pensam a respeito daquele que sofreu o ato ilícito.

É a visão externa dependendo do conhecimento de terceiros. Citamos, por exemplo, o crime de calúnia e o da difamação.

Apesar do ofendido não se importar com isso, perante a sociedade, uma vez caracterizados, já é suficiente para que se configure o dano perante a sociedade.

Portanto, podemos então definir que o dano moral objetivo é aquele que atinge o lesado de forma que outras pessoas na sociedade podem perceber a lesão causada.

Nestes dois exemplos, além de ser objetivo, também podemos concluir que se trata também de dano moral subjetivo, pois, pode o ofendido se sentir atingido psicologicamente por tais afirmações, conseqüentemente, dano em sua vida.

O ministro Ruy Rosado de Aguiar faz uma clara distinção entre o dano subjetivo e o objetivo.

Vejamos:

(...) a honra subjetiva, inerente à pessoa física que está no psiquismo de cada um e pode ser ofendida com atos que atinjam a sua dignidade, respeito próprio, auto-estima, etc., causadores de dor, humilhação, vexame; a honra objetiva, externa ao sujeito, que

consiste no respeito, admiração, apreço, consideração que os outros dispensam à pessoa. (STJ – RESP – Recurso Especial nº 60033/MG, quarta turma, 09/08/95, publicado na Revista do Superior Tribunal de Justiça – RSTJ, Ano 08 nº 85 setembro/1996 p.268).

²

2.5 – REPARAÇÃO DO DANO MORAL

A reparação do dano puramente moral foi tema que suscitou diversas vezes controvérsias na doutrina nacional. Perguntava-se, se não seria imoral reparar com valor monetário a dor.

Logo, quando a vítima ou o lesado indireto reclama reparação pecuniária em virtude do dano moral que recai, por exemplo, sobre a honra, imagem, ou nome profissional não está pedindo um preço para a dor sentida, mas apenas que se lhe outorgue um meio de atenuar em parte as conseqüências do prejuízo, melhorando seu futuro, superando o déficit acarretado pelo dano, abrandando a dor ao propiciar alguma sensação de bem-estar, pois, **injusto e imoral seria deixar impune o ofensor ante as graves conseqüências provocadas pela sua falta** (grifo nosso). Na reparação do dano moral, o dinheiro não desempenha função de equivalência, como no dano patrimonial, porque não se pode avaliar economicamente valores dessa natureza, por isso, tem, concomitantemente, a função satisfatória e a de pena. Se a responsabilidade civil constitui uma sanção, não há porque não se admitir o ressarcimento do dano moral, misto de pena e de compensação. Portanto, há danos que não podem ser reparados com o dinheiro, nem algo material, mas a dor, a emoção, a afronta, a aflição física ou moral, ou seja, a sensação dolorosa experimentada pela pessoa. O dano moral que se traduz em ressarcimento pecuniário não afeta a priori valores econômicos, embora possa vir a repercutir neles.

Yusse Said Cahali comenta:

(...) a sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente, já que indenização significa eliminação do prejuízo e das suas conseqüências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua preparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor

² Texto extraído de

http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt_processo=370105&complemento=0. Acesso em 21 de maio de 2011.

do ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporcionando a este uma reparação satisfativa. (CAHALI, 1998, p.42)

A reparação em dinheiro neste caso de dano extrapatrimonial pode, no entanto, compensar de alguma forma, abrandando a dor e também como forma de punição ao ofensor, desestimulando nova prática do ato ilícito.

Antigamente, a lei de talião, trazia a expressão muito conhecida: Olho por olho, dente por dente, mas isso é passado, não podemos ser primitivos a ponto de sentirmos compensados pela dor do outro e, além disso, nos nossos dias acarretaria em um novo ato ilícito, ou seja, ato ilícito x ato ilícito.

Queremos dizer que nos dias de hoje, a vida é um bem jurídico tutelado pelo Estado. Não podemos fazer justiça pelas próprias mãos e diante disso, temos ferramentas que de uma forma ou de outra, atingimos a nossa compensação pelo mal sofrido.

Com o dinheiro, o ofendido poderá utilizá-lo a fim de, por exemplo, fazer uma viagem para que ele possa esquecer ou atenuar a dor sentida pelo ato ilícito, e, por outro lado, o dinheiro subtraído do ofensor, diminuirá sua fortuna, acarretando um dissabor a fim de motivá-lo a não praticar tais atos ofensivos a terceiros.

Maria Helena Diniz trás também uma contribuição ao esclarecer que “A reparação em dinheiro viria neutralizar os sentimentos negativos de mágoas, dor, tristeza, angústia, pela superveniência de sensações positivas, de alegria, satisfação, pois possibilitará ao ofendido algum prazer, que, em certa medida, poderia atenuar seu sofrimento”. (DINIZ, 2005, p.108).

Mas essa compensação, muito embora satisfatória, seria insatisfatória e injusta pela morte de um ente familiar, um pai, uma mãe, um filho, etc. Não há dinheiro no mundo que compense tal dor.

2.6 – NATUREZA JURÍDICA DA REPARAÇÃO

A maioria dos doutrinadores reconhece que a reparação pecuniária no dano moral tem duplos sentidos, sendo de natureza compensatória para o ofendido e punitiva para o ofensor.

Compensatória porque servirá de consolo para amenizar o dano sofrido na maioria dos casos, exceto a morte de um ente querido e punitiva para o ofensor a fim de desestimular o agente a praticar um novo ato ilícito.

Maria Helena Diniz comenta:

(...) a reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória. Não se pode negar sua função: a) penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, 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; e b) satisfatória ou compensatória, pois como dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não tem preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada. Não se trata como vimos, de uma indenização de sua dor, da perda de sua tranqüilidade ou prazer de viver, mas de uma compensação pelo dano e injustiça que sofreu, suscetível de proporcionar uma vantagem ao ofendido, pois ele poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que repute convenientes, atenuando assim, em parte, seu sofrimento. (DINIZ, 2005, p.106-107).

Então podemos dizer que o dinheiro não vem como preço pela dor, mas sim, como preço para que o ofendido possa utilizá-lo de forma que lhe convier para atingir sentimentos positivos.

3 – QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL

Na fase da quantificação do arbitramento do dano moral causado, o magistrado terá pela frente uma difícil tarefa em avaliar o quantum indenizatório / compensatório em face ao dano causado extrapatrimonial.

Como já dissemos anteriormente, qual é o preço de uma dor? Por conta disso, o magistrado terá de arbitrar uma quantia em dinheiro para que a vítima possa compensar sua dor, no que aprover.

Mas quanto? O magistrado terá de ter necessariamente a sensibilidade de avaliar caso por caso, pois, cada situação é única, e as partes sempre terão peculiaridades diversas de outros casos já julgados.

O magistrado pode utilizar-se também por analogia, da lei de imprensa (lei 5.250/7), no seu artigo 51, onde adotou o sistema de fixação de teto máximo no

arbitramento, no caso de um jornalista causar dano a outrem por negligência, imprudência ou imperícia em seu ministério de informação.

O artigo 51 dispõe:

Art. 51. A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia:

I - a dois salários-mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, ns. II e IV).

II - a cinco salários-mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decoro de alguém;

III - a dez salários-mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém;

IV - a vinte salários-mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º).

Já esta mesma lei, em seu artigo 53, dispõe os fatores subjetivos e objetivos, vejamos:

Art. 53. No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:

I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;

II - A intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação;

III - a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtido pelo ofendido.

Mas isso é apenas uma ferramenta que o magistrado poderá utilizar-se para por fim a um litígio. Não esqueçamos que o sofrimento não tem preço.

A jurisprudência, outra ferramenta disponível ao juiz, traz o seguinte acórdão:

Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores, e, ainda ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso (Resp 135.202-0-SP, 4ª. Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 19-05-1998).

E a doutrina, Maria Helena Diniz propõe algumas regras a serem seguidas para se atingir o valor do dano moral, vejamos:

- a) Evitar indenização simbólica e enriquecimento sem justa causa, ilícito ou injusto da vítima. A indenização não poderá ter o valor superior ao dano, nem deverá subordinar-se à situação de penúria do lesado; nem poderá conceder a uma vítima rica uma indenização inferior ao prejuízo sofrido, alegando que sua fortuna permitiria suportar o excedente do menoscabo;
 - b) Não aceitar tarifação, porque esta requer despersonalização e desumanização, e evitar porcentagem do dano patrimonial;
 - c) Diferenciar o montante indenizatório segundo a gravidade, a extensão e a natureza da lesão;
 - d) Verificar a repercussão pública provocada pelo fato lesivo e as circunstâncias fáticas; atentar às peculiaridades do caso e o caráter anti-social da conduta lesiva;
 - e) Averiguar não só os benefícios obtidos pelo lesante com o ilícito, mas também a sua atitude ulterior e situação econômica;
 - f) Apurar o real valor do prejuízo sofrido pela vítima;
 - g) Levar em conta o contexto econômico do país. No Brasil não haverá lugar para fixação de indenizações de grande porte, como as vistas nos Estados Unidos;
 - h) Verificar o nível cultural e a intensidade do dolo ou o grau da culpa do lesante;
 - i) Basear-se em prova firme e convincente do dano.
- (Diniz, 2005, p.103 e 104).

Nesta mesma óptica, a jurisprudência confirma:

Na fixação do dano moral, deve o Juiz orientar-se pelos critérios recomendados pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade e equidade, atento à realidade e às peculiaridades de cada caso concreto (STF, 3ª. T. R. Esp. 137,482-DF, REL.MIN. Waldemar Zveiter, DJU, 14 set. 1998). (DEDA, 2000, p.14).

Podemos perceber o quão é difícil o magistrado “mensurar” o quantum, pois, por menor que seja o dano aos olhos de quem avalia, somente aquele que sofreu sentirá a conseqüência na sua extensão. Neste caso, a sensibilidade do Juiz deverá ser explorada a fim de atingir a mais próxima compensação ao caso concreto.

3.1 AS CONDIÇÕES PESSOAIS DA VITIMA

Não obstante, o magistrado deve se valer também ao arbitrar o quantum indenizatório, a condição pessoal de cada vítima, ou seja:

1º No caso de uma injúria a uma pessoa que sofre de depressão, é mais penosa em fase daquela que não tem esse tipo de transtorno. Por menor que seja, o sentimento de um é maior para aquele que tem uma certa tendência de se sentir menosprezado.

2º No caso de uma difamação ou calúnia a um profissional reconhecido pela sociedade, pode trazer sérios transtornos em sua vida econômica em fase daquele cidadão comum do povo, onde este, não tem de certa forma ou dimensão, uma dependência econômica por conta de sua atividade laboral.

3º Uma criança que sofre um dano moral, esta sentirá por toda sua vida, diferente do ancião.

De acordo com esse entendimento, Antonio Jeová Santos, defende:

Ainda a respeito da situação da vítima, o seu standart de vida há de ser observado, como a idade, o estado civil, sexo, a atividade social, o local em que vive, os vínculos familiares e outras circunstancias tanto de natureza objetiva, como subjetiva que o caso ofereça. (SANTOS, 2003, p.189).

Diante do exposto, percebemos que o magistrado não pode se abster de avaliar essas circunstancias, para um justo quantum indenizatório pela ofensa.

4. EPISTEMOLOGIA DO DANO MORAL

Nesta pesquisa, tentamos abordar, de forma singela, alguns pontos do dano moral no Brasil, trazendo uma breve introdução histórica e esclarecendo a natureza jurídica do dano moral aqui aplicado por nosso ordenamento jurídico. Embora se trate de um tema polêmico por ser este um campo recente em nossas vidas, é importante salientar, que apesar de novo, o dano moral é antigo. Desde os tempos remotos, como já citado nas primeiras linhas desta pesquisa, já se admitia a reparação do dano moral, como por exemplo, o código das XII tábuas, lei de Talião, código de Hamurabi, entre outros.

Interessante, poderemos observar, que a indenização do dano moral começou a ter seus avanços na França em 1958 e no Brasil, com a constituição de 1988. Concluímos então que se trata de um assunto novo em nossos dias atuais e por esta razão, estamos caminhando passo a passo a uma tutela do Estado a fim de tutelar o assunto com maior justiça.

Por se tratar de um assunto novo, em vista da vasta, complexa e mutável ciência que é o Direito, o tempo passa e deixamos de observar pequenos detalhes descobertos desta ciência nos diferentes territórios do mundo.

Que bom seria se a política de ensino das universidades do Brasil, tivessem investimentos de intercâmbio. Que bom seria se o operador do Direito tomasse gosto por esta tarefa de pesquisa, indo *in loco* a cada país estudar as diferenças peculiares de cada ordenamento jurídico, levando em considerações seus doutrinadores, unidos a um só objetivo: uniformizar um bem comum do povo que tanto se busca – no nosso caso, a reparação do dano moral. Como já dissemos, por se tratar de um assunto de extrema dificuldade de avaliação por se tratar de bem jurídico extrapatrimonial, um bem íntimo, sentido individualmente de diferentes formas, intensidades.

A fonte de estudo não se baseia somente na história, mas também através de outras ciências, como por exemplo, a psicologia, a sociologia, a psiquiatria, etc...

É de se pensar: São vários os fatores que nos leva a sermos tolerantes como as coisas são nos dias de hoje. Fatores estes que se fossemos dissertar, seriam

páginas e páginas apenas para tentar explicar que no nosso ponto de vista, seria causa da mesmice, comodismo, indiferença.

Mas creio que por se tratar de um assunto novo, apesar de obras históricas abordando o assunto, dia após dia, teremos melhores conclusões a respeito do que almejamos, que é a Justiça.

5. DANO MORAL NO ESTRANGEIRO

Nessa pesquisa, pudemos coletar algumas considerações a respeito do tema dano moral no mundo seja nos códigos civis quanto na doutrina e na jurisprudência.

5.1 DANO MORAL NA FRANÇA

Começamos pela França por ser esta nação a que se deu por volta de 1958, reconhecimento na reparação do dano moral em nossos dias atuais. De acordo com essa informação, Cleyton Reis descreve:

Por sua vez Fisher acentua “a indenização dos danos não patrimoniais tem por base na França, a amplíssima interpretação que lhe confere a jurisprudência aos art. 1382, 1383 do Código Civil”. Aliás, a posição da doutrina e da jurisprudência francesa tem sido considerada como verdadeiro marco perante as outras nações, quando se trata de adoção do princípio da reparabilidade dos danos extrapatrimoniais. (REIS, 2000, p.33).

Lá, a reparação do dano moral é aceita sem margem de discussão, apesar do Código Civil Francês tratar de forma genérica, doutrina e jurisprudência tem sido referência para o mundo, em aceitar a necessidade de reparação dos danos morais.

Não diferente do Brasil, há a dificuldade quando se trata de mensurar o prejuízo sofrido. Ocorre que na França, o magistrado se vale de um método que é: Cálculo matemático, a avaliação *in concreto* e o cálculo “no ponto” (*point moyent*).

O cálculo matemático: por exemplo, uma vítima que fica inválida em um acidente, e não consegue mais trabalhar. Soma-se o seu ganho anuais, multiplicando pela invalidez e o valor do franco de renda apreciado, segundo a idade da dita vítima, a partir de uma tabela da Caixa Nacional das Aposentadorias. Apesar de ser uma fonte que o juiz pode valer-se, em muitos casos, certos danos causados para determinadas pessoas, podem não haver nenhuma influência na atividade profissional, já em outros, pode. Por exemplo: Alguém que perde um dedo e essa vítima é um violinista.

Avaliação *in concreto*: é a avaliação que supriria o calculo matemático, onde um perito avaliaria caso a caso – o antes e o depois do dano sofrido pela vítima.

O Calculo no Ponto: é uma unidade de referência. Esta unidade será o ponto da incapacidade, quer dizer, a soma obtida dividindo-se a soma concedida na reparação do prejuízo resultante da incapacidade permanente, pela taxa dessa incapacidade. Essa fonte é às vezes indireta e subsidiária. Indireto, porque permite calcular as indenizações prontamente a partir dos documentos cifrados da causa, mas, por via de referencia de outros casos similares. É subsidiário, porque pode normalmente ser empregado na carência de elementos precisos.

5.2 *PRETIUM DOLORIS*

É o caso em que se discute se a vítima tem ou não direito de ir a juízo pedir a tutela pela dor que sente. O mesmo que temos no Brasil, legitimidade de causa para agir. Esse direito de garantia de reparação se dará somente se ficar comprovado a gravidade da dor, apesar da jurisprudência admitir, sem discussão ou distinção mesmo quando forem considerados leves. Justifica-se essa atitude dos tribunais, pelo fato de não haver como dosar a importância da dor de cada indivíduo.

5.3 *QUANTUM DOLORIS (OU AVALIAÇÃO DA GRAVIDADE DA DOR)*

Estamos nos referindo a dor da vítima. Essa dor é sintoma essencial funcional, e não se conhecem procedimentos de medidas e sua avaliação só pode ser baseada sobre os dizeres e as manifestações clínicas. LE ROY cita dois elementos principais que devem ser tomados em consideração:

- 1º a intensidade da dor;
- 2º a sua duração.

Além desses fatores, explica LE ROY que outros fatores podem eventualmente modificar as cotações que seriam:

- 3º a idade;
- 4º a ocupação
- 5º o terreno psíquico.

Maria Francisca Carneiro, cita em seu magnífico estudo o seguinte trecho:

Michel THIERRY, chefe da faculdade de Medicina de Paris, por volta de 1957, estimava que seguindo sua intensidade decrescente, podem-se classificar as dores nos seguintes grupos:

Grupo IV – dor muito importante: suprime toda atividade social normal;

Grupo III – dor importante: dor inicial intensa, mas de curta duração (menos de 48 horas);

Grupo II – dor média ou moderada: que pela intensidade ou duração, participa da incapacidade e justifica o uso de analgésicos;

Grupo I – dor pouco importante: é um sintoma secundário, sem a necessidade de tratamento;

Grupo 0 – dor praticamente inexistente

<http://secundumiuris.blogspot.com/2010/09/criterios-de-avaliacao-do-dano-moral.html>

Como já observado, outros ramos da ciência interferem de forma positiva na obtenção de resultado mais justo.

O Juiz ao julgar uma ação de reparação, utiliza-se desses parâmetros para obter uma dosimetria.

5.4 DANO MORAL NA ITÁLIA

Desde o código civil de 1865, a Itália já admitia a reparação do dano causado a outra pessoa. Ocorre que não se fazia distinção entre bens patrimoniais ou extrapatrimoniais.

Por ser a Itália, território da Roma antiga, berço de nossa codificação de leis, os italianos buscavam a objetividade, a paupabilidade e a mensuração dos dados.

Por conta disto, só era possível reparar os danos que estivessem expressos na lei. A jurisprudência, entendendo o que os doutrinadores diziam, passou a identificar o ressarcimento também de um dano imaterial.

Cleyton Reis, ensina:

Assim, no curso da história o Código Civil Italiano de 1865, incorporou em seu texto noções básicas e genéricas a respeito da responsabilidade, como poderá ser observado em seu art. 1151 que preceitua: “qualquer fato humano capaz de produzir dano a outro, obriga o responsável que agiu com culpa a ressarcir o dano”, cujo texto é na realidade uma cópia do art. 1336 da lei civil napolitana que entrou em vigor em 01.09.1818. (REIS, 2000, p.27)

Na seqüência, pelo fato de ser esta lei uma norma abrangente, a jurisprudência entendeu ser possível estender aos danos imateriais, princípios adotados por Minozzi e Calamandrei.

Cleyton Reis destaca:

A esse respeito Alfredo Minozzi preleciona que, a partir do momento em que o Código Civil Italiano admite a reparação do dano, decorrente de ato ilícito, não faz distinção entre os bens patrimoniais e extrapatrimoniais. Por consequência, se o legislador discrimina, é obvio concluir, segundo a ótica de Minozzi, cujo entendimento adotamos, que a reparação dos danos deve ser ampla e genérica, abrangendo a tutela de todos os bens de natureza material e imaterial. (REIS, 2000, p.30)

Já em 1892, o doutrinador Vitali defendia o processo de direção específica do dano. A tese de Vitali é mais bem interpretada posteriormente por Gentile e também por Bonvicini que segue até nossos dias atuais.

No entendimento desses doutrinadores, esse dano imaterial, dizia-se: **Dano à vida de relação.**

O Dano à vida de relação (*danno in rapporto alla vita di relazione*), consistia no entendimento de que uma vez identificado esse dano, a pessoa teria uma perda em maior ou menor grau na capacidade humana de conviver e desenvolver atividades nos diversos segmentos na vida social.

As necessidades fundamentais do homem neste contexto baseiam-se em dois pontos: o do tipo primitivo, baseada nas relações do homem quanto as necessidades fundamentais: (habitação, defesa própria e da família); e a do tipo associativo, concernente às complexas relações em suas atividades na vida social.

5.5 DANO MORAL NA ARGENTINA

O dano moral na Argentina é sem sombra de dúvida, um exemplo para toda a legislação mundial. Por sua influencia européia, advinda dos colonizadores espanhóis e franceses, destaca-se intelectualmente não só pela assimilação daqueles entendimentos já narrados, como ao mesmo tempo mantém o calor do temperamento humanista.

Cleyton Reis, assegura que as teses defendidas na Argentina em se tratando de dano moral, tem sido para muitos países latino-americanos, fonte para aplicação na reparação do dano moral. Vejamos:

A tese da reparação dos danos morais tem sido o resultado 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. (REIS, 2000, p.47)

Já o código civil argentino nos dá claramente a reparação por danos morais. Em seu artigo 1078, lê-se:

La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.

http://www.justiniano.com/codigos_juridicos/codigo_civil/libro2_secc2_titulo7a19.htm

A denominação “*Derecho de daños*”, (danos morais) é por eles abordada de forma individual na reparação civil, onde se tutela os direitos da pessoa.

Para o professor Alberto J. Bueres, doutrinador cujo nome é referencia mundial em se tratando de dano moral, e também de Roberto H. Brebbia, hoje considerado um dos maiores juristas clássicos do direito moral, ensina-nos que no dano moral se divide na reparação em dois aspectos: A reparação natural e a reparação por equivalência.

A reparação natural é aquela onde se consegue retroagir o bem lesado exatamente ao estado anterior ao agravo, já na reparação por equivalência, é a forma de atenuar, tanto que possível às conseqüências do agravo.

Na reparação por equivalência, é considerada de fato como principal meio de ressarcimento e a natural, exceção, isto quando não for possível retroagir o bem na sua integralidade.

É de ser notório, que uma dor não tem como ser reparada em sua forma original, pelo fato dela ser decorrente de um ato ilícito, dor é sentimento, portanto, reparação por equivalência.

Conforme ensina Brebbia, na reparação dos danos morais, devem ser observados dois aspectos: a gravidade objetiva do dano e a personalidade da vítima.

Esses dois aspectos facilitariam ao magistrado arbitrar uma indenização mais equitativa à vítima e ao ofensor. Com essas formas de individualizar o dano, seriam avaliada a gravidade objetiva, a extensão e a profundidade da lesão, ou seja: tempo para a cura ou recuperação, bem como intencionalidade do agente, meios empregados, seqüelas deixadas, implicações de ordem material etc. Já a questão da personalidade da vítima, devem ser consideradas as seguintes circunstâncias:

1. A situação familiar e social da vítima;
2. A receptividade particular da vítima;
3. A gravidade da falta cometida;

5.6 A PERSONALIDADE DO AUTOR DO ATO ILÍCITO

Interessante observar que para Brebbia, é importante analisar as posses do ofensor e também as posses do ofendido, evitando a lucupletação ilícita ou o enriquecimento sem causa. Essa reparação em dinheiro se dá ao nome de reparação simbólica.

Para Jorge Mosset Iturraspe, existem 10 regras para quantificar o dano moral.

São elas:

1. O dano é incomensurável: ou seja, não se pode mensurar uma dor, a perda de um filho querido, a intimidade, as frustrações nos projetos de vida, os danos estéticos etc. Neste caso é preciso compreender que é assim e que assim deve ser, para alcançarmos e sabermos manejar o direito flexível.
2. Um piso flexível: é preciso, portanto, estabelecer pisos, sem cair na idéia da reparação simbólica, porque nossos povos não estão preparados e amadurecidos para tanto, em sua sensibilidade. É um problema de sociologia jurídica; cada juiz saberá qual é esse piso flexível;

3. Um teto prudente: para que a indenização não seja tão elevada, evitando o enriquecimento sem causa. “Que haja piso e que haja teto”;
 4. Dentro do contexto econômico do país: que a indenização deve estar dentro da situação média da população, pois o Judiciário não pode abster dessa realidade.
 5. Uma prova convincente, firme e clara: Deve o Juiz atentar em aplicar a doutrina que servem a cada caso concreto;
 6. Capacidade morigeradora do Juiz: é a questão da razoabilidade entre o dano e a reparação;
 7. Critérios de equidade e as circunstancias particulares: o Juiz deve atender as circunstancias particulares de cada caso, tratando os iguais com igualdade e os desiguais na proporção de sua desigualdade;
 8. Necessidade de consenso: que dentro do corpo do Judiciário, exista um consenso, uma opinião comum a respeito do tema.
 9. Segurança e predizibilidade das decisões: é a questão da segurança jurídica nas decisões;
 10. Coerência das decisões – Opiniões: á a harmonização de opiniões, buscando a cristalização, a procura de indenizações iguais, pois, diferente, não haveria a segurança jurídica.
- http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21147/epistemologia_pesquisa_comparativa.pdf?sequence=1

5.7 DANO MORAL NOS ESTADOS UNIDOS

Diferente do que ocorre na Europa e nos países da América do Sul, o dano moral nos Estados Unidos tem uma peculiaridade análoga com esses países. Lá, nos EUA, adotam a teoria do desestímulo.

Tal teoria, como podemos chamar *punitive damages* (danos punitivos), o magistrado tem de observar não a compensação pelo mal causado ao ofendido, mas sim, a punição ao ofensor, a fim de desestimulá-lo a práticas semelhantes, assumindo tal imposição uma pena criminal civil.

Muitas das vezes, essa indenização ao ofendido, supera a real perda sofrida pelo ato ilícito causado, acarretando indenizações milionárias.

Diferente também é nos Estados Unidos. O tema é conhecido perante o júri popular, juízes leigos arbitrando sentenças, balizados por juizes togados. Semelhança no Brasil para crimes contra a vida, no tribunal do júri, uma vez pronunciados pelo juiz togado.

Um exemplo de julgado nos Estados Unidos temos uma condenação na qual a senhora Kathlen Robertson, recebeu 780.000,00 US\$ de

indenização de uma loja de moveis, por ter tropeçado em uma criança que corria solta pela loja e quebrado o tornozelo. Fato até então, apesar da soma exorbitante, não fosse o próprio filho descontrolado da autora da ação.³

Como percebemos, não se trata no ordenamento jurídico dos Estados Unidos a compensação pelo mal sofrido, mas sim, o desestímulo ao agente a não praticar ou estimulá-lo a ter mais cautela para que situações onde haja desgasto a terceiros, não ocorram mais.

Essa posição dos americanos é vista por grande parte dos países, como fábrica de indenizações indevidas e vai de encontro aos anseios dos países já estudados.

Ao contrário do Brasil, os Estados Unidos não seguem uma base prudente e eqüitativa no que diz respeito ao dano:

a) A intensidade da ofensa, levando em conta o grau de educação da vítima, seus princípios religiosos, sua posição social e se a lesão foi física, estática ou à imagem;

b) A primariedade ou reincidência específica do réu, analisando se a espécie do fato é de ordem puramente civil, comercial ou se envolve matéria criminal;

c) A extensão do prejuízo à imagem do ofendido, sua repercussão pública e os efeitos porventura oriundos do fato;

d) A satisfação pecuniária não deve produzir um enriquecimento à custa do empobrecimento alheio.

³ Texto online extraído de <http://mais.uol.com.br/view/e8h4xmy8lnu8/premio-stella-awards-0402193668DCC90366?types=A&-acesso> em 20 de maio de 2011.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com o que estudamos, podemos perceber as peculiaridades no tratamento do dano moral no Brasil e em outros países.

Os critérios devem ser analisados de forma objetiva e subjetiva e também a sua intensidade, que muitas das vezes, é tanto que complicado avaliar-se essa intensidade.

Vimos também que a reparação do dano moral ao ofendido tem duplo sentido: compensatória e punitiva, razão pela qual o ofendido poderá de certo modo compensar sua dor com coisas boas e punitivo para o ofensor para que se sinta desmotivado ou mais cuidadoso à não praticar mais tal ato ilícito.

Já na quantificação do dano, o magistrado deverá debruçar-se em sua sensibilidade para que possa avaliar a intensidade do dano sobre o ofendido, tomando cautela para que o valor da indenização não seja irrisório e nem absurda – “que tenha chão, que tenha teto”.

Em comparação, podemos perceber que a França foi, no passado fonte de inspiração para outros países em aceitar a reparação do dano moral, razão pela qual, seu método de avaliar foi trazido para grande parte dos países ocidentais.

Já na Itália, por ser o berço de nossa codificação de leis, buscavam a objetividade que a lei trazia, não conhecendo determinado dano, caso este não estivesse no rol. Com o passar dos tempos, a jurisprudência percebeu a ineficácia e passou a traduzir a norma, o que dizemos que seria a interpretação do que o legislador gostaria que fosse assegurado. Passou então considerar, aceitar que as necessidades fundamentais do homem mesmo que não estivessem codificados, deveriam ser estes assegurados.

Os argentinos trouxeram-nos uma valiosa e expressiva cooperação ao tema, pois, eles avaliam o dano moral ponto a ponto, individualizando cada circunstância, por menor que seja, mas de muita importância para o fiel arbitramento, tentando chegar mais próximo da realidade possível. Percebemos que muitas legislações contemporâneas usam as regras lá adotadas para a mais justa sentença de indenização ao ofendido.

Já nos Estados Unidos, o dano causado a outra pessoa não é visto a fim de compensar a dor, avaliando a intenção do agente, as condições da vítima. No país, quando alguém comete ato ilícito é semelhante quando cometemos um crime e somos condenados. O dano moral é compreendido como uma punição civil, atribuindo ao ofensor uma **pena** pecuniária, sendo muitas vezes desproporcional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. *Código Civil.* 1ª edição. São Paulo: Editora Manole, 2003.

BRASIL. *Código de Processo Civil.* 2ª edição. São Paulo: Editora Vertice, 2006.

LIVROS

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BREBBIA, Roberto. *El Daño Moral.* 2ª edição. Córdoba: OPBIR, 1967.

CAHALI, Yussef Said. *Dano e Indenização.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil.* São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil.* São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

GONÇALVES. Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil.* São Paulo: Editora Saraiva, 1984.

REIS, Clayton. *Avaliação do Dano Moral.* Rio de Janeiro, 1998.

TESES

LUSVARDI, Tenille Parra. *Quantificação do Dano Moral.* FEMA, 2005.

ELETRÔNICOS

Enunciado n. 46 do STF: <http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=3622> – acessado em 21 de maio de 2011 às 15:00h.

Do dano subjetivo com o objetivo: http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt_processo=370105&complemento=0. Acesso em 21 de maio de 2011 às 15:30h.

Parâmetros para dosimetria: <http://secundumiuris.blogspot.com/2010/09/criterios-de-avaliacao-do-dano-moral.html-acesso> em 23 de maio de 2011 às 20:00h.

Código Civil Argentino: http://www.justiniano.com/codigos_juridicos/codigo_civil/libro2_secc2_titulo7a19.htm - acesso em 23 de maio de 2011 às 20:30h.

10 regras para quantificar o dano moral: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21147/epistemologia_pesquisa_comparativa.pdf?sequence=1 – acesso em 23 de maio de 2011 às 21:00h.

Julgado: <http://mais.uol.com.br/view/e8h4xmy8lnu8/premio-stella-awards0402193668DCC90366?types=A&-acesso> em 20 de maio de 2011 às 21:30h.