

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

**VILMAR BATISTA DA SILVA**

**DANO MORAL E SUA REPARAÇÃO CIVIL**

**RUBIATABA – GO**  
**2007**

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

**VILMAR BATISTA DA SILVA**

**DANO MORAL E SUA REPARAÇÃO CIVIL**

Monografia apresentada a Faculdade de Ciências e Educação e Rubiataba- FACER como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do professor Alenir das Graças Nascimento

**VILMAR BATISTA DA SILVA**

**DANO MORAL E SUA REPARAÇÃO CIVIL**

COMISSÃO JULGADORA

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

RESULTADO: \_\_\_\_\_

Orientador \_\_\_\_\_

Eduardo Barbosa Lima  
Especialista em Direito Penal

Professor de Monografia \_\_\_\_\_

Geruza Silva de Oliveira  
Mestre em Sociologia

Examinador \_\_\_\_\_

Samuel Balduino Pires  
Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil

**Rubiataba, 10 de dezembro 2007.**

## DEDICATÓRIA

Ao Deus, Criador do céu, da terra, da água, do sopro da vida e condutor para morada eterna, que espero alcançar.

Aos meus avós, Francisco e Zulmira, que não viveram para presenciar este momento, mas sinto suas presenças e suas alegrias com esta conquista, então dedico a todos seus descendentes.

Aos meus pais, João e Rosa, que com simplicidade deixaram de viver suas vidas para zelar dos projetos dos filhos, dedicou amor, proteção e zelou diuturnamente nas enfermidades.

A Edjane, mulher que Deus escolheu para ser minha companheira.

Aos meus filhos, Mariana e Murilo, presente de Deus e razão da minha luta.

Ao casal Manoel e Gercina, que me acolheram há mais de 20 anos como filho.

Aos meus irmãos Marcos e Jovair, que sempre dividiram o pouco tinham.

Aos meus cunhados, André, Lílian, Rosilane, Suely e Valeria que sempre me apoiaram incondicionalmente.

Aos amigos e espelhos de coerência, Dr. Osmar Alves de Oliveira e Dr. Jose Pedro Rego.

Aos amigos Jose Maria de Souza, Lourivaldo, Walber Dantas, Raíssa, Leilane, Arionita Borges, Carlos Antônio e Rubens Roberto, pela amizade sincera e duradoura.

Aos colegas de serviço, Antônio e Zénison, aos companheiros Wanderly, Revalino, Rui Júnior e Vilmar Barros, que possibilitaram minhas presenças em aula durante esta jornada.

Aos amigos João de Oliveira e Carlos Ernane, que foram como anjos, orientando e protegendo no trabalho.

Aos colegas de turma Idelci Lima, Eleusa Márcia, Janaina das Graças, Flavia Oliveira e Elimar de Paiva, pelo companheirismo e carinho nos momentos difíceis. De modo especial a irmã Andréia Izarias.

Aos professores Sebastião Nascimento, Antonio Diurive, Walter Silva, Andréia Lobosque, Paulo Leão, Samuel Balduino, Isabel Junqueira, Marcos Melo e Eduardo Lima que me direcionou para um novo projeto de vida.

A professora Roseane Cavalcante, que me acolheu, acompanhou, orientou com tanto carinho e presteza que sinto quase que fui adotado.

## **AGRADECIMENTOS**

À professora Roseane Cavalcante e aos professores orientadores Nagib Lázaro, Ana Paula, Alenir das Graças e Eduardo Barbosa Lima, pela paciência e compreensão.

Nessa altura de minha caminhada não posso, jamais, esquecer meus Mestres, responsáveis pelo compartilhar do conhecimento.

*De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto.*

Rui Barbosa

**RESUMO:** NA PRESENTE PESQUISA PROCURA-SE TRAÇAR UMA ANÁLISE CONCISA EMBORA OBJETIVA DE ALGUNS ASPECTOS RELEVANTES RELACIONADOS AO INSTITUTO DA REPARAÇÃO CIVIL DOS DANOS MORAIS, ATUALMENTE EM MODA NO CAMPO JURÍDICO. VERIFICA-SE QUE O DANO MORAL NÃO CORRESPONDE À DOR, MAS RESSALTA EFEITOS MALÉFICOS MARCADOS POR ELA E PELO SOFRIMENTO. HÁ NESSE TRABALHO TRANSCRIÇÕES DOUTRINÁRIOS QUE VISAM À CONCEITUAÇÃO DO TEMA PRINCIPAL A SER DEBATIDO, OU SEJA, O DANO MORAL. A PESQUISA É DE CUNHO PURAMENTE BIBLIOGRÁFICO E HÁ NELA A PREOCUPAÇÃO EM AVALIAR POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS NA MEDIDA EM QUE A MATÉRIA É DISCORRIDA, COM O FIM PRIMEIRO DE APOIAR AS HIPÓTESES AQUI DEFENDIDAS.

**PALAVRAS CHAVE:** DANO MORAL. REPARAÇÃO CIVIL

**ABSTRACT:** THIS RESEARCH ANALYZES SOME IMPORTANT ASPECTS RELATED TO THE CIVIL LIABILITY FOR MORAL DAMAGE INSTITUTE, NOWADAYS A TREND IN THE JURIDICAL FIELD. IT IS NOTICED THAT THE MORAL DAMAGE IS NOT ABOUT PAIN. IT POINTS OUT THE BAD CONSEQUENCES OF PAIN AND SUFFERING. IT BRINGS SOME DOCTRINAIRE CITATIONS IN ORDER TO CONCEPTUALIZE MORAL DAMAGE, BESIDES EVALUATING THE DOCTRINAIRE AND JURISPRUDENTIAL POSITIONS AIMING TO SUPPORT THE HYPOTHESIS IT PRESENTS.

**KEYWORDS:** MORAL DAMAGE. CIVIL LIABILITY



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	10
<b>I. OS DANOS MORAIS NOS CÓDIGOS DE UR-NAMMU, MANU E HAMURABI</b>	12
1.1 Código de Ur-Nammu	12
1.1.1 Código de Manu	12
1.1.2 Código de Hamurabi	13
1.2 O Dano Moral no Direito Romano	12
<b>II. TEORIA GERAL DO DANO MORAL</b>	16
2.1 Evolução Histórica do Dano Moral	16
2.2 Definições de Dano Moral	17
2.3 Distinções entre dano moral e material	18
2.4 O fundamento da compensação do dano moral	20
<b>III. DANO MORAL</b>	23
3.1 Na Constituição federal de 1988	23
3.2 O Dano no Código Civil Brasileiro	27
<b>IV. REPARAÇÃO CIVIL DO DANO MORAL</b>	29
4.1 Conceito e generalidades da reparação	29
4.2 Maneiras Primitivas de Reparação dos Danos Morais	38
4.3 A Reparação dos Danos Morais	41
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	51
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	53

## FICHA CATALOGRÁFICA

Silva, Vilmar Batista da

Dano moral e sua reparação civil / Vilmar Batista da Silva – Rubiataba - GO:  
FACER, 2007.  
53f.

Orientador: Eduardo Barbosa Lima (Especialista Direito Civil e Processo  
Civil)

Monografia (Graduação em Direito)

Bibliografia.

1. Obrigações: Direito 2. Dano moral – material 3. Processo civil I. Silva,  
Vilmar Batista da. II. Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba. III. Título.

**CDU 347.426**

Elaborada pela biblioteconomista Célia Romano do Amaral Mariano – CRB1/1528

## INTRODUÇÃO

Embora o dano moral possa ser considerado um instituto novo no Direito brasileiro, é, na verdade, um instituto antigo que durante algum tempo foi contraposto por certa parte da doutrina e jurisprudência por não conceberem a possibilidade da compensação da dor moral por meio de pecúnia.

Atualmente o alto número de ações de reparação civil solicitando indenizações por danos morais tem ressaltado sua relevância doutrinária e jurisprudencial por ser de sua propriedade garantir ao homem sua integralidade.

A partir do nascimento com vida o ser humano torna-se capaz de direito, possuidor de direitos e obrigações e assim contraindo direitos como ao nome, à imagem, à honra e moral, direitos da personalidade, os quais são inauferíveis e que, portanto, não podem ser transferidos, alienados, renunciados ou prescritos.

Em vista a esses direitos, sua violação requer indenização pelo dano causado a vítima. Segundo Bittar (1993, p. 65):

*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 aqueles 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).*

Assim, o dano moral respalda-se no campo da responsabilidade civil que guarda o princípio geral de direito em que se alicerça a obrigação de indenizar e no qual são baseados os princípios fundamentais da responsabilidade existentes no ordenamento jurídico de todas as civilizações, possibilitando o convívio social fundamentado no respeito e impondo ao violador desse princípio a reparação do dano.

Presentemente o tema atinge a sua maturidade e confirma sua importância, sobretudo após sua consagração na atual legislação brasileira.

Para melhor entendermos o tema, apresentaremos nas páginas seguintes, uma análise da reparação do dano moral, sua evolução histórica, sua natureza e fundamentos, pressupostos e forma de indenização.

# **I. OS DANOS MORAIS NOS CÓDIGOS DE UR-NAMMU, MANU E HAMURABI**

## **1.1 Código de Ur-Nammu**

De acordo com alguns historiadores já havia na Suméria, na Babilônia (situada na mesopotâmia) e na antiga Índia, codificações de leis regulamentando, mesmo que de maneira primitiva, esse assunto. Todavia, a mais antiga codificação de que se tem notícia, ao longo da história da civilização humana, é sem sombra de dúvida, o Código de Ur-Nammu, criado pelo então fundador da terceira dinastia de Ur, chamado Ur-Nammu. O Código de Ur-Nammu é mais antigo em, aproximadamente, cerca de trezentos anos ao Código de Hamurabi, e foi descoberto somente em 1952 pelo assiriólogo e professor da Universidade da Pensilvânia, Samuel Noah Kramer. No Código supramencionado é possível identificar, em seu conteúdo, dispositivos que adotavam o princípio da reparabilidade dos chamados danos morais. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2006).

Na era primitiva onde o direito caminhava a passos pequenos, onde vigorava o preceito “olho por olho, dente por dente”, que era então o melhor modo de reparar um dano foi um tanto quanto surpreendente perceber que um Código daquela época admitia a reparação do dano moral por pena pecuniária e mais surpreendente ainda foi o fato deste não estar codificado de maneira vinculada às linhas da lei de talião, como acontecia entre quase todos os povos antigos.

### **1.1.1 Código de Manu**

O Código de Manu foi a codificação mais antiga que surgiu na Índia. Na mitologia hinduísta, encontra-se a figura de Manu, que foi o homem que promoveu a organização das leis de convívio e religiosas de todo o hinduísmo. Essas leis antigas são justamente

denominadas o “Código de Manu” e, sabe-se que até hoje, interferem na vida social e religiosa da Índia, onde o Hinduísmo é a principal religião. O Código de Hamurabi, colocado em vigor por Hamurabi, rei da Babilônia, por sua vez, não possui em seu conteúdo regras gerais, princípios amplos, compreensivos de hipóteses diversas. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2006).

### **1.1.2 Código de Hamurabi**

O Código de Hamurabi, como ficou conhecido, é um documento histórico e precioso porque esclarece muitos aspectos da vida social da antiguidade. Por exemplo, trata da existência de três categorias de seres humanos: aquele que é chamado de homem, ou seja, o homem livre e aristocrata; aquele que se curva, o que identifica o servo e o homem livre pobre; e aquele que é propriedade, isto é, o escravo.

O conjunto de leis compiladas por Hamurabi tornou-se conhecido por estabelecer o princípio denominado pena de talião (ou retaliação), que prevê ao culpado a aplicação de castigo semelhante ao crime cometido. Esse princípio é definido pela expressão “olho por olho, dente por dente”, em uma referência ao fato de que aquele que provocasse cegueira em alguém também seria cegado.

E não para por aí, também as ofensas pessoais, desde que ocorridas na mesma classe social, eram, no Código de Hamurabi, reparadas mediante ofensas idênticas. O Código incluía, ainda, a reparação do dano à custa de pagamento de um valor pecuniário. Já naquela época, a imposição de uma pena econômica constituía uma forma de proporcionar à vítima uma satisfação compensatória, por meio da diminuição patrimonial do agente lesionador, ou seja, uma forma primitiva de reparação dos danos morais com valores pecuniários. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2006).

## 1.2 O Dano Moral no Direito Romano

A expressão direito romano, em sentido amplo, é indicada ao conjunto de normas e princípios jurídicos fixados pela civilização romana. Sua história abrange cerca de 13 séculos, iniciada com as origens lendárias da cidade de Roma, em meados do século VIII a.C., e se convencionou considerar encerrada na data da morte do imperador Justiniano, no ano de 565.

Ainda hoje não é pacífica a opinião dos autores sobre a questão se era conhecido ou não pelos romanos a idéia de reparação dos danos morais. Para Gabba e Pedrazzi, (apud SILVA, 2002, p. 73), por exemplo, “*não havia no direito romano nenhum vestígio do conceito do chamado “dano moral” que se possa ressarcir*”. Já há outra corrente influenciada, principalmente, como afirma Ihering e Giorgi, (apud SILVA, 2002, p. 73) “*inconsistência da afirmativa de Gabba, afirmavam que os antigos romanos tinham pleno conhecimento da idéia de reparação dos danos morais*”.

Inicialmente há que se esclarecer que no *jus romanum* eram conhecidas quatro espécies de delitos privados: a) o *furtum* (furto); b) a rapina (ação de roubar); c) o *dammum injúria datum* (dano produzido por injúria) e; d) a *injúria*. Há que se alertar para as distinções entre *dammum injúria datum* e *injúria*. (SILVA, 2002).

Lembra Keller (apud SILVA 2002, p. 74) “*que enquanto, na injúria, se tinha em conta o homem, considerando apenas física ou moralmente, no damnum injuria datum, se visava de maneira precípua, seu patrimônio*”. Acrescenta ele que “*a essência do delito de injúria é justamente a intenção de injuriar, enquanto que a essência da damnum injuria datum é a diminuição patrimonial da vítima*”.

É bom esclarecer que a injúria no direito romano, compreende a lesão ocasionada a um homem fora do direito patrimonial em estrito senso, ou seja, para que o delito de injúria de materializasse bastava a intenção ultrajante do autor, o seu desejo de causar uma ofensa ao injuriado e jamais um prejuízo, isto é, um *dammun*, na acepção romanística do termo se entende que a injúria era uma injustiça voluntária contra determinada pessoa, sem a intenção de um prejuízo econômico, muito embora, na espécie, tal prejuízo pudesse ocorrer, não como

um objetivo propositalmente visado, mas como simples consequência de um fato levado a efeito pelo *animus injuriandi* (lesão do patrimônio).

A injúria (in = não + jus, júris = direito) significa, etimologicamente, o não - direito. Portanto, em sentido amplo, para os antigos romanos, injúria abrangia absolutamente tudo aquilo que se fazia sem direito, ou seja, constituía qualquer ato ilícito (contrário ao direito), e como forma de coibir tal comportamento a *Lei das XII Tábuas*. (SILVA, 2002).



## II. TEORIA GERAL DO DANO MORAL

### 2.1 Evolução Histórica do Dano Moral

Dos autores consultados, a maioria coloca como marco inicial dessa evolução o Direito Romano, que foi o primeiro a apresentar uma ordenação jurídica, com a concepção real de ordenamento.

A lei das XII tábuas que consubstanciou todos os costumes romanos contemplava três figuras delituosas, conforme relata Silva (2002, p. 73):

*Membrum ruptum (tav. VIII) Referiam-se ao delito de mutilação de um membro do corpo, cuja pena era o talião. A vítima podia optar pela composição pecuniária; “os fractum” (tav. VIII) Referiam-se a delito de quebra ou fratura de um osso. A pena era pecuniária, no valor de 300 asses; “iniura” Referia-se à violência leve – tapas, beliscão, pontapé – punidas com a multa de 25 asses. Tudo isso era a vingança privada, regulamentada pela lei em apreço.*

Todavia, muito tempo depois, foi com o *jus honorarium* que tivemos uma postura mais clara a respeito da reparabilidade do dano. Ampliou-se o conceito de “*iniura*”, que passou também abranger a personalidade moral, significando difamação, ofensa à honra alheia, proibindo o talião. Foi aqui que surgiu a previsão da reparabilidade do dano moral.

Em 1916 entrou em vigor o código civil, de influência marcadamente francesa, não trazendo qualquer disposição legal expressa a respeito. A reparação civil ficava inibida pela regra geral contida nos artigos de números 159, 1059 e 1060 que não se referiam expressamente aos danos extrapatrimoniais, o que acarretou a resistência da doutrina e da jurisprudência.

Para superar essas posições restritivas, acerca da reparabilidade do dano moral, sobrevieram leis específicas regulando a matéria, *in verbis*:

*A lei de imprensa, de 9 de fevereiro de 1967 (lei nº 5250), admitiu a reparação do dano moral, no crime contra a honra; O Código Brasileiro de Telecomunicações, de 27 de agosto de 1962 (lei nº 4.117) prevê a indenização por danos extra patrimoniais; O Código eleitoral, de 15 de julho de 1.965 (lei nº 4737) estabelece a possibilidade de reparação, no caso de calúnia ou difamação contra membro do partido político; A lei dos direitos Autorais, de 14 de dezembro de 1.973 (lei nº 5988) admite a reparação dos danos extra patrimoniais pela ofensa aos direitos morais do autor.*

No Brasil, entre os doutrinadores que se colocaram contra a tese do dano moral, pode-se citar: Lafayete, Carvalho de Mendonça e Lacerda de Almeida. Os que defendiam, com alguma restrição: Eduardo Espínola, Sá Pereira, Vicente de Azevedo. Clóvis Bevilacqua, autor do projeto do novo Código Civil Brasileiro e propugnador da reparação do dano moral, nunca conseguiu convencer os opositores, que sempre se apoiavam na disposição genérica do artigo 159 do referido código, que não admitia a reparação dos danos morais. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2006).

## **2.2 Definições de Dano Moral**

Inicialmente, cabe deixar clara a delimitação entre o dano patrimonial e o dano extrapatrimonial. O primeiro se caracteriza pela repercussão imediata no patrimônio do ofendido, ao passo que o segundo alcança o conteúdo não econômico de bens jurídicos.

Assim, no caso de reparação de dano patrimonial, o ofensor pode repor o bem jurídico, substituindo-o por um similar. Contrariamente, ocorrendo um dano extrapatrimonial, o ofensor não poderá assim proceder, porque o bem atingido não pode ser substituído. Dessa forma, a indenização em pecúnia é a forma adotada, pelo direito como reparação do dano moral.

Efetivamente, na caracterização desta lesão, é essencial que a violação do direito não atinja o patrimônio do ofendido, entendido este como o conjunto de bens e interesses pecuniários que cercam determinada pessoa, mas sim, como bem assinala

A circunstância do dano moral não ter caráter patrimonial, salvante no que diz com a forma de sua reparação, foi um dos motivos pelos quais sempre se relutou quanto ao seu reconhecimento em nível de ordenamento jurídico.

Hoje, principalmente no Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, tal questão perdeu consistência, na exata medida em que o próprio constituinte acolheu de forma expressa, a reparabilidade do dano moral, no inciso X do artigo quinto da Lei Maior.

Ainda, segundo Delgado (2004, p. 32) Dano Moral *“é um resultado que causa ao lesado uma diminuição em um bem de sua propriedade, um prejuízo, uma perda.”*. Mas quais seriam os bens jurídicos passíveis de sofrerem danos morais? Por certo que a intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, uma vez lesionadas, devem ser reparadas pelos danos morais sofridos. Para Gagliano e Pamplona Filho (2006, p.35) conceituam dano como sendo *“lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não -, causado por ação ou omissão do sujeito infrator”*.

Porém, não se pode limitar os valores sujeitos à reparação em decorrência de ter havido um ato ilícito, pois o patrimônio moral é formado por inúmeros valores ideais, estabelecidos pela sociedade. É este quem determina, em cada época, quais os “bens jurídicos” que são considerados valiosos e que devem ser reparados moralmente. Portanto, qualquer prejuízo a um valor social imaterial deve ser reparado.

### **2.3 Distinções entre dano moral e material**

Para Minozzi (apud SILVA 2002, p. 38):

*A distinção entre dano moral e dano material, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado. De forma que, tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a um bem não patrimonial como dano moral em resultado de ofensas a bem material. Ademais, a inestimabilidade do bem lesado, se bem que, em regra, constitua a essência do dano moral, não é critério definitivo para a distinção, convido, pois, para caracterizá-lo, compreender o dano em relação ao seu conteúdo, que não é dinheiro, nem coisa comercial reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída a palavra dor o mais largo significado.*

Diniz (apud SILVA 2002, p. 39) por sua vez, após definir o dano moral como a lesão a interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica provocada pelo fato lesivo, escreve que, “qualquer lesão que alguém sofra no objeto de seu direito repercutirá, necessariamente, em seu interesse”; por isso, quando se distingue o dano patrimonial do moral, o critério da distinção não poderá segundo Diniz (apud SILVA 2002, p. 39), “ater-se à natureza ou índole do direito subjetivo atingido, mas ao interesse, que é pressuposto desse direito, ou ao efeito da lesão jurídica, isto é, ao caráter de sua repercussão sobre o lesado”.

Pois somente desse modo se poderia falar em dano moral, oriundo de uma ofensa a um bem material, ou em dano patrimonial, como por exemplo, direito à vida, à saúde, provocando também um prejuízo patrimonial indireto, que decorre de evento que lesa direito extrapatrimonial, como por exemplo, direito à vida, à saúde, provocando também um prejuízo patrimonial, como incapacidade para o trabalho, despesas com o tratamento, etc.

Esclarece ainda, Diniz (apud SILVA p. 39) que o direito à integridade corporal, que é um direito da personalidade:

*Pode sofrer um prejuízo patrimonial, caso em que a lesão ao interesse patrimonial será representada pelas despesas (dano emergente) com o tratamento da vítima e pela sua incapacidade de trabalho (lucro cessante), e um prejuízo extrapatrimonial, hipótese em que se terá uma lesão ao interesse à incolumidade física que esse direito pressupõe e que sofreu, por exemplo, uma imperfeição em razão de dano estético que pode provocar complexos provenientes das deformações.*

Igualmente, se a injúria feita a alguém em artigo de jornal provocar, por exemplo, queda de seu critério, alterando seus negócios, levando-o à ruína, ter-se-á dano moral e dano patrimonial indireto, pois ocorre além do dano ao amor-próprio, uma sensível diminuição de sua renda. Logo, segundo Diniz, (apud SILVA 2002, p. 39) *“nada obsta coexistência de ambos os interesses como pressuposto de um mesmo direito, portanto, o dano poderá lesar interesses patrimonial ou extrapatrimonial”*. A jurisprudência, inclusive, tem admitido tal coexistência. A própria Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça estabelece conforme afirma Correia (2007) que *“são cumuláveis as indenizações por dano moral oriundos do mesmo fato”*.

## **2.4 O fundamento da compensação do dano moral**

A subordinação do dano extrapatrimonial às regras pertinentes aos efeitos do dano patrimonial provenientes do ato ilícito encontra opositores ferrenhos, cuja impugnação se resume a dois argumentos principais: a) o de que a dor não admite compensação pecuniária; e b) o de que não é possível avaliar o dano moral (*pretium doloris* – preço da dor). Por isso é que, não raras vezes, levanta-se a questão no sentido de se saber em que medida há possibilidade de ressarcir o prejuízo aos interesses extrapatrimoniais.

Não obstante os argumentos em oposição prevalecem atualmente doutrina da ressarcibilidade do dano moral. Todavia, nunca se deve perder de vista que o dano moral não é indenizável, já que, como define Barbero, (apud SILVA 2002, p. 41) *“por indenização entende-se a eliminação do prejuízo e das suas conseqüências, fato que absolutamente não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial”*. Como vimos, prefere-se dizer que é uma satisfação compensatória, como um meio de atenuar, em parte, as conseqüências da lesão jurídica pela vítima sofrida.

Apesar de prevalecer, atualmente, a doutrina da reparabilidade do dano moral, inclusive absorvida pelo texto constitucional de 1988, ainda assim permanece a clássica controvérsia a respeito do assunto. Em vista disso, é possível encontrar vários opositores à

reparação do dano moral, que se dividem segundo Gonçalves (apud SILVA 2002, p. 42) em quatro grupos bem distintos;

*a) grupo dos que, em absoluto, negam qualquer tipo de reparação do dano moral; b) o grupo dos que, fazendo a singular distinção entre a parte social do patrimônio moral (a honra, a reputação, a virgindade da mulher e etc.) e a parte afetiva do patrimônio (a dor, o luto por morte de parentes etc.), só admite reparação de danos moral que afetam aquela parte, e negam-na quanto a esta; c) o grupo dos que consideram justa a reparação do dano moral, se esta for conjunta de dano matéria l.*

Por sinal, os argumentos dos adversários do ressarcimento do dano moral podem ser metodicamente resumidos segundo Silva (2002, p. 42) ao seguinte.

*a) falta de efeito penoso durável; b) incerteza do direito violado e de um dano real; c) dificuldade em descobrir a existência do dano moral; d) indeterminação do número das pessoas lesadas; e) impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro; f) imoralidade da compensação de uma dor com o dinheiro; g) extensão do arbítrio concedido ao juiz (ilimitado poder que se tem de conferir ao juiz); h) a impossibilidade jurídica de se admitir tal reparação; i) a reparação do dano moral implica num enriquecimento sem causa do prejudicado; j) a reparação somente se daria no caso do ofendido ser pobre; k) só podem ser reparados os danos oriundos do extracontratual.*

A primeira objeção é principalmente de Gabba, (apud SILVA 2002, p.43) “*que argumenta no sentido de que a idéia de dano é subordinada a um efeito penoso durável e que ofensa ao decoro ou à liberdade ou às dores morais são fenômenos de efeitos passageiros*”. Acrescenta Minozzi (apud SILVA 2002, p. 43) que “*a duração da sensação dolorosa só pode ter influência na avaliação e nunca no relacionamento da existência do dano*”.

Este é o próprio fenômeno, na sua essência, e se determina contemporânea e necessariamente desde o aparecimento do efeito penoso. Minozzi alerta ainda que, “*se não fosse assim, o problema da investigação do dano se confundiria com o da duração da sensação dolorosa*”. Para saber, então, se um daqueles fatos merece, ou não, o nome de dano

moral, ter-se-ia de proceder à avaliação psíquica do dano da pessoa da vítima, o que, segundo ele, “é impossível”.

Contra este argumento Lima (apud SILVA 2002, p. 43) lembra que “*muitos são os danos patrimoniais transitórios e em por isso se cuida de negá-los. Daí se dizer que o dano moral pode ser de maior ou de menor duração, dependendo do efeito danoso e da maneira pela qual ele é recebido pelo lesado, o que se prova facilmente*”.

Então, salienta Zenum (apud SILVA 2002, p. 43):

*Que essa duração, maior ou menor, da lesão é que vai regular a reparação, pois se maior, esta lhe será adequada e, se menor, também se dará a regulação de conformidade com cada caso, de maneira que a lesão não tenha duração prefixada. Há lesão que vieram e permanecem sadicamente, isto é, matando lentamente, deixando inativo o lesado, ou levando-o de súbito, ao pior, matando-se pelo desespero, ou, ainda, sendo levado à morte lenta, pois, em muitos casos, o dano é mais grave do que o dano físico ou corpóreo, quando, para aquele, não há remédio, senão o sofrimento e a dor.*

Quando ao segundo argumento, Minozzi (apud SILVA 2002, p. 43) destaca que “*o dano moral é o feito patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão, abstratamente considerada. O conceito de dano é único e corresponde a lesão de direito*”. Portanto, é justo que, antes de admitir a sua compensação, se trata de verificar se há um direito violado juridicamente protegido, pois o caso dos danos não patrimoniais não difere de qualquer outra espécie de dano.

### III. DANO MORAL

#### 3.1 Na Constituição federal de 1988

Qualquer oposição que ainda existia contra o princípio da reparabilidade do dano moral puro, caiu por terra com a vigência dos incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, com tais dispositivos constitucionais, o argumento contrário à reparação do dano moral, fundado na inexecução de preceituação genérica, passou a ser de difícil sustentação. Como bem destacou o atual ministro do Supremo Tribunal de Justiça Cláudio Santos, em Vieira (2007) *“a idéia de que o dano simplesmente moral é indenizável pertence ao passado”*. Hoje, por força de disposição constitucional, é reparável o dano moral, quer haja ou não, dano patrimonial.

Dispõe o inciso V do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 *in verbis*, *“é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”*. Como se vê, pelo inciso V do artigo 5º da Constituição, para o legislador constituinte, constituem indenizações distintas umas das outras: *“o direito de resposta; a indenização do dano material; a indenização do dano moral; a indenização do dano à imagem”*.

Tal distinção já estava presente na Lei 5.988/73. Desde aquela Lei já se cuida expressamente da reparabilidade do dano moral, aquele de natureza não-econômica sofrida pelo autor da obra intelectual. O artigo 126 dessa Lei dispõe *in verbis*:

*Quem, na utilização, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, deixar de indicar ou de anunciar, com total, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor, interprete ou executante, além de responder por danos morais, está obrigado a divulgar-lhe a identidade: a) em se tratando de empresa de radiodifusão, no mesmo horário em que tiver ocorrido a infração, por 3 (três) dias consecutivos; b) em se tratando de publicação gráfica ou fonográfica, mediante inclusão de errata nos exemplares ainda não distribuídos, sem prejuízo de comunicação, com destaque, por três vezes*



*consecutivas, em jornal, de grande circulação, do domicílio do autor, do editor, ou do produtor; c) em se tratando de outra forma de utilização, pela comunicação através da imprensa, na forma a que se refere à alínea anterior.*

Como se vê ali, a reparação pecuniária do dano moral já se distingue da reparação *in natura*<sup>1</sup> do dano moral. Portanto, o que o Legislador da Constituição Federal, de 1988 fez foi manter a tendência declarada na Lei 5.988/73. O direito de resposta nada mais é do que a reparação *in natura* do dano moral, enquanto que o pagamento em espécie de uma compensação constitui a reparação pecuniária do dano moral. Assim, conclui-se que a reparação do dano moral comporta duas modalidades diferentes e cumuláveis a saber: a) a reparação *in natura* (direito de resposta, divulgação de identificação do autor, etc); e b) a reparação pecuniária (compensação em moeda corrente do dano moral).

Também no art. 66 da Lei 9.100, de 29.09.1995, tal distinção se faz presente. Como se vê, a reparação civil do dano moral devida pelo candidato, partido ou coligação, oriunda de conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa e sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social, é composta por duas partes bem distintas; a) a primeira relativa a uma reparação pecuniária, ou seja, reparação do dano moral, requerida no Juízo Cível, a que deve se submeter o ofensor e, solidariamente, o partido político deste, quando responsável por ação ou omissão, e quem quer que, favorecido pelo crime, haja de qualquer modo contribuído para ele (autorizada pelo Código Eleitoral); e b) a segunda relativa a uma reparação *in natura*, ou seja, direito de resposta assegurado ao candidato, partido ou coligação, ofendidos, ainda que de forma indireta (autorizada pela Lei 9.100/95).

Para o legislador constituinte também a indenização do dano moral não se confunde com a indenização do dano à imagem. A nosso ver, é muito difícil identificar o que é dano moral e o que é dano à imagem, o dano moral estaria mais ligado à dor, às ofensas à moral, a decoro, à paz interior de cada um, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, a liberdade, à vida, etc.

---

<sup>1</sup> Em estado natural. Dicionário *on line* de termos latinos jurídicos. Disponível em: <<http://www.mundodosfilosofos.com.br/latim.htm>>. Acesso em: 29 de Nov. 2007.

O dano à imagem estaria mais vinculado à probidade, à honra, à dignidade, ao respeito que os demais membros da sociedade nutrem por uma pessoa, ao bom nome, etc.,. Todavia, ao nosso ver não importa que sentido se dê ao dano à imagem, ela acaba se confundindo com o dano moral, já que atos que injustamente ponham em dúvida a probidade de alguém, ofensa à honra, ofensas à dignidade, abalo no respeito que os demais membros da sociedade nutrem por uma pessoa e ofensas ao bom nome causam danos morais. Na melhor das hipóteses poderíamos dizer que o dano à imagem é uma das espécies do gênero “dano moral”.

Para Diniz, (apud SILVA, p. 239) quanto “*o direito à imagem é um bem jurídico autônomo de pessoas físicas ou jurídicas*”. O dano à imagem de pessoa jurídica, segundo ela, dar-se-á se o lesante atingir sua idoneidade financeira, a qualidade de seus serviços e produtos, divulga segredo de sua tecnologia, de seu processo especial de fabricação. (por exemplo, através da imprensa ou de qualquer outro tipo de comunicação, que ao fazer uma propaganda pode apresentar uma péssima imagem de uma empresa no mercado).

Sobre possibilidade das pessoas jurídicas sofrerem dano moral, deve-se acrescentar que existem danos morais subjetivos, relativos às dores físicas e sofrimentos do espírito, os quais somente a pessoa física pode suportar e existem os danos morais objetivos, relativos ao bom nome, à reputação, à imagem etc., os quais podem ser suportados tanto pelas pessoas físicas e sem sofrimento do espírito.

Portanto, pode-se considerar exagerada a tese sustentada por uma parte da doutrina e da jurisprudência no sentido de ser impossível as pessoas jurídicas sofrerem danos morais. Em relação aos danos morais objetivos, é perfeitamente extensiva a reparação de tais danos em favor das pessoas jurídicas. A tese contrária, que advoga a omissão em tais casos, acaba por premiar o ofensor, ao invés de impor-lhe a penalidade pecuniária, de caráter exemplar, a fim de efetivamente reprimir o ato ilícito por ele causado, mesmo que contra pessoa jurídica.

Já o atentado à imagem de uma pessoa física, que dá origem à obrigação de o ofensor indenizar a vítima, segundo Diniz, (apud SILVA 2002, p. 239-240) compreende exemplificativamente:

*Reprodução pública da imagem sem autorização do seu titular, por meio de fotografia, pintura, escultura, caricatura ofensiva, TV, vídeo ou filme cinematográfico. Mas é preciso lembrar que poderá haver divulgação pública de retrato sem o consentimento do fotografado, se tal publicação se relacionar com fins científicos, didáticos ou com eventos de interesse público ou que aconteceram publicamente; modificação num retrato feita por meio de computador, com recursos ofertados por software de processamento de imagem, causando menoscabo ao retratado; reportagem ousada e sensacionalista que, sem escrúpulo, publica fatos verídicos ou falsos, que abalem o prestígio social de alguém; reprodução romancada em filme cinematográfico da vida de pessoa de notoriedade, sem a devida autorização, em que o autor do roteiro, o produtor e co-produtores deverão responder solidariamente pelos danos; uso de legendas deturpando o contexto, fazendo com que a imagem do retratado passe a ter um significado, que venha a adulterar sua personalidade, a alterar a realidade física, com inverdades; exibição pública autorizada pelo retratado, mas desvirtuada por quem fez a divulgação, utilizando-a em anúncios por fins de propaganda ou em álbum de figurinhas, provocando dano moral e patrimonial. Isso porque a publicação de retrato de pessoa famosa com intuito comercial favorece o anunciador do produto e a agência de publicidade, privando o retratado de obter um benefício, que se erige em lucro cessante indenizável. É preciso lembrar que a autorização dada para uma determinada publicidade não dará direito para publicá-la em outra ou para inserir propaganda comercial ou qualquer texto não declarado pelo fotografado; ato de fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfico envolvendo menor. O lesante será punido com reclusão de um a quatro anos; exibição de fotografia de criança ou adolescente envolvido em ato infracional ou de ilustração referente a ele ou a atos que lhe sejam atribuídos, emitindo sua identificação, direta ou indiretamente, caso em que o ofensor será punido com multa de 3 a 20 salários de referência, que será duplicada em caso de reincidência. Se o ato for praticado por órgão de imprensa ou emissora de rádio e televisão, além daquela multa, o magistrado poderá determinar a apreensão da publicação ou a suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números (art. 241 e §§ 1º e 2º do art. 247, ambos da Lei 8.069, de 13.07.1990).*

Em relação à reprodução pública da imagem sem autorização do seu titular, por meio de fotografia, pintura, escultura, caricatura ofensiva, TV, vídeo ou filme cinematográfico, é preciso deixar consignado que nem sempre a divulgação pública de retrato sem o consentimento do fotografado, se tal publicação se relacionar com fins científicos, didáticos ou com eventos de interesse público ou que aconteceram publicamente, tem sido considerada pela jurisprudência fato que não constitui atentado à imagem de uma pessoa e não implica pronta indenização.

### 3.2 O Dano no Código Civil Brasileiro

São vários os dispositivos do Código civil em virtude dos quais se tratavam debates sobre a admissibilidade ou não da reparação do dano não patrimonial Direito brasileiro. O primeiro dispositivo do Código Civil que suscita o debate em torno do dano moral é o seu artigo 76, o qual prescreve que *in verbis*: “*para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral*”. E o Parágrafo único deste artigo estabelece que *in verbis*: “*o interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família*”.

Uma parte da doutrina não via neste dispositivo legal algo que se pudesse servir de base à doutrina da reparabilidade do dano moral. Por exemplo, segundo Espíndola (apud SILVA 2002, p. 168) “*não há que se confundir interesse de agir com o interesse que forma o conteúdo do direito subjetivo e que se procura assegurar efetivamente com o exercício da ação*”. CuvIELLO (apud 2002, p. 168) esclarece que:

*O interesse de agir não seria uma condição distinta da existência do direito, isto é, de um interesse munido de ação, o que é a primeira condição desta. Ao invés, por interesse de agir é mister entender a necessidade de conseguir a vantagem tutelada pela lei, por meio dos órgãos jurisdicionais do Estado, ante o receio de, sem intervenção destes, vir o titular do direito a sofrer prejuízo.*

Essa necessidade surge não só quando há um estado de fato contrário ao direito a sofrer prejuízo, mas ainda quando, sem haver propriamente violação ao direito há um estado de fato que produz incerteza sobre o direito, ocorrendo removê-lo com a declaração judicial, por se evitarem as possíveis conseqüências danosas. Num caso, a ação tenderá à condenação de quem praticou a violação do direito; no outro há uma simples declaração do direito, donde se segue que o interesse de agir deve ser sempre atual, sem exceção alguma, o que pode ser futura é a obtenção da utilidade garantida pela lei. Daí também se vê quem é, além de ociosa, errônea, a questão estabelecida pela doutrina sobre a possibilidade de ser o interesse de agir não só patrimonial, mas também imaterial.

Essa questão pertence à utilidade que pode formar a matéria idônea do direito subjetivo, e não à faculdade de agir, que pressupõe a existência de um interesse patrimonial ou moral, que sendo garantido pela ordem jurídica, já foi elevado à categoria de direito subjetivo. Daí Espíndola (apud SILVA 2002, p. 169) concluir que “o art. 76 do Código Civil nada adiante sobre a controvérsia da ressarcibilidade do dano moral”.

Menciona ainda Espíndola (apud SILVA 2002, p. 169) que, apesar de o referido artigo 76 não se prestar para resolver a questão do dano moral, “*todo e qualquer direito é suscetível de sofrer a influência nociva do ato ilícito, tanto o direito patrimonial como o não patrimonial*”. Assim, a lesão de qualquer deles determina a obrigação de ressarcir o dano causado. Para ele, o que importa, porém é que “*a espécie de prejuízo se deve aplicar a obrigação de indenizar;*” limita-se, pois aos danos de caráter econômico ou estende-se aos puramente morais? As opiniões se dividem, e as discussões teóricas fazem-se refletir tanto na legislação como na jurisprudência dos tribunais. Na opinião do autor supracitado, “*não existe razão peremptória para se repelir sistematicamente a ressarcibilidade dos danos puramente morais*”.

Os inconvenientes apontados são inferiores à injustiça de deixar sem proteção a vítima de uma perda puramente imaterial. Todavia, isto não muda a opinião anterior; o artigo 76 do Código Civil não resolve a questão da ressarcibilidade do dano moral; mas em vários artigos outros da parte especial sobre atos ilícitos (art. 1.547 a 1.551) entre o ressarcimento desse dano. Daí Espíndola (apud SILVA 2002, p. 169) prossegue dizendo que:

*Cumpre ter em vista que pode a lei determinar uma reparação pecuniária, em caso de violação dum direito de caráter não econômico. Sempre que isso ocorra, encontra-se a par do interesse moral, inerente a direitos dessa natureza, o interesse pecuniário decorrente da disposição especial da lei.*

E então não será por virtude do artigo 76 do Código Civil, de índole consagrada às espécies, que se verá admitida o ressarcimento.

## IV. REPARAÇÃO CIVIL DO DANO MORAL

### 4.1 Conceito e generalidades da reparação

Uns dos pontos fundamentais que trazem o equilíbrio necessário à sobrevivência humana são a harmonia, a ordem e a tranqüilidade que deve haver entre os indivíduos. Todos os percalços que ameaçam este estado de equilíbrio devem ser contornados. Todos os atos individuais que venham prejudicar essa ordem, harmonia e tranqüilidade devem ser corrigidos ou remediados. Portanto, usando as palavras de Dias, (apud SILVA 2002, p. 67):

*Toda e qualquer lesão que transforma e desassossega a própria ordem social ou individual, quebrando a harmonia e a tranqüilidade que deve reinar entre os homens, acarreta o dever de corrigir ou remediar. Todo o individuo tem, pois, o dever de não praticar certos atos nocivos, danosos ou prejudiciais a outro ou a outros indivíduos, dos quais resultem ou possam resultar-lhes prejuízos materiais e/ou morais.*

A reparação nada mais é do que isto: fazer reparo no que foi danificado, fazer conserto, fazer restauração, etc. A reparação constitui o ato pelo qual alguém está obrigado a restabelecer o *status quo ante*<sup>2</sup>; é restabelecer as coisas conforme o seu estado original (*restitutio in integro* restituição integral – dever de quem lesa a outrem de reparar o dano). Todavia, muitas vezes é impossível se restabelecer coisas ou as pessoas ao *status quo ante* (reparação natural ou *in natura*). Em tais hipóteses se diz que reparação deve ser entendida como o ato de indenizar compensar ou ressarcir.

Para Neves (1988, p. 92) “a reparação (ação ou efeito de reparar) constitui a satisfação que se dá à pessoa ofendida ou injuriada”. Pode-se dizer também que reparação refere-se à indenização, exigível a que alguém é obrigado, em virtude de violação do direito de outrem, por ação ou omissão voluntária, negligencia ou imprudência

---

<sup>2</sup> Estado em que se encontrava anteriormente. Dicionário *on line* de termos latinos jurídicos. Disponível em: <<http://www.mundodosfilosofos.com.br/latim.htm>>. Acesso em: 29 de Nov. 2007.

Como se vê, a reparação de algum ato que prejudica outra pessoa deve se inspirar, antes de tudo, na preocupação com harmonia e o equilíbrio o que orienta o Direito e lhe constitui o elemento animador. Assim, o ato de reparar não pode se distanciar do ato de ressarcir um prejuízo causado a alguém, ou seja, como bem se exprime Rodrigues, (2003, p. 185) *“reparar ou indenizar é tornar indene a vítima, cobrindo todo o dano por ela experimentado”*. Esta é a obrigação imposta ao autor do ato ilícito, em favor da vítima. Segundo ele, *“a idéia de tornar indene a vítima se confunde com o anseio de devolvê-la ao estado em que se encontrava antes do ato ilícito”*.

No mesmo sentido, ainda esclarece o autor supracitado que *“tal idéia não raras vezes é utópica, já que em numerosíssimos casos é impossível obter tal resultado, porque do acidente resultou consequência irremovível”*. Nesta hipótese há que se recorrer a uma situação postíça, representada pelo pagamento de uma indenização em dinheiro. Acrescenta Rodrigues (2003, p. 203) que *“é um remédio nem sempre ideal, mas o único que se pode lançar mão em tal caso”*. Lembra ele que, *“assim, é irremovível o mal causado à vítima do homicídio ou à mulher menor e virgem que foi deflorada, pois não se pode devolver a vida do primeiro, nem a castidade à segunda”*.

A lei, entretanto, procura remediar, impondo ao autor do homicídio a obrigação de pagar as despesas de tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família e ainda o encargo de prestar alimentos às pessoas a quem o defunto os devia (art. 1.537, Código Civil); e impõe ao autor do defloração, se não puder ou não quiser reparar o mal pelo casamento (reparação natural), um dote correspondente a sua própria condição e estado. Conclui dizendo que tais soluções não são ideais, pois ideal seria que o ato ilícito não tivesse ocorrido ou que o efeito danoso não houvesse sobrevindo, mas depois que ocorreram um e outro, a indenização é a única solução adequada.

Gomes (apud SILVA 2002, p. 309) esclarece que *“a reparação pode se dar de duas formas: reposição natural; reparação pecuniária ou indenização importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu”*. Portanto, como se vê, estas são algumas das normas para a avaliação dos danos.

Daí se conclui que, quando o prejuízo consistir na ofensa aos direitos personalíssimos e patrimoniais especificamente nomeados na lei, o valor da indenização deve ser fixado em função dos elementos constitutivos da composição que a lei discrimina para cada caso, por isso é que em tais casos se fala em reparação legal do dano; há reparação convencional nos casos em que a prestação de indenizar é delimitada por acordo entre os interessados. Há separação judicial nos casos em que a prestação de indenizar é delimitada por sentença, judicial, ou seja, se as partes interessadas na fixação em função dos elementos constitutivos da composição não chegam a um acordo têm de recorrer ao arbitramento judicial para tornar líquida a prestação propriamente dita.

Se a coisa usurpada é devolvida ao seu dono, tal como se encontrava antes da usurpação, terá sido satisfeito por forma de maior conveniência do que com o pagamento do seu valor em dinheiro. Se o objeto é danificado em consequência de ato ilícito, a sua substituição por outro constitui modo de reparação mais interessante e, por assim dizer, mais autêntico do que o embolso do equivalente, infelizmente, a reposição natural não é possível na maioria dos casos. Por isso, alerta que se tornou mais comum a indenização propriamente dita, que consiste no pagamento de uma prestação pecuniária. Uma vez que o dinheiro é o denominador comum de todos os valores, facilita o ressarcimento.

Nesse momento, deve-se consignar que nem sempre o dano causado por alguém é indenizável. Daí dizer-se que a reparação somente se vincula aos danos indenizáveis. De fato, harmonizando-se as disposições antigas ao texto constitucional de 1988, pode-se dizer que aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo, fica obrigado a reparar o dano material e moral, devendo ser a verificação da culpa, a avaliação da responsabilidade e a consequente reparação de cada um procedida conforme as disposições legais que as regulam.

Todavia, o próprio artigo 160 do Código Civil cita hipóteses em que o dano produzido não é indenizável. Prescreve o referido artigo *in verbis*, "*não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente (arts. 1.519 e 1.520)*".



Completam esta disposição os artigos 1.519 e 1.520 também do Código Civil. Prescreve o artigo 1.519 *in verbis* "se o dono da coisa, no caso do art. 160, II, não for culpado do perigo, assistir-lhe-á o direito à indenização do prejuízo, que sofreu"; o caput do artigo 1.520 estabelece *in verbis* "se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este ficará com ação regressiva, no caso do artigo 160, II, o autor do dano, para haver a importância, que tiver ressarcido ao dono da coisa"; e o parágrafo único do referido artigo 1.520 determina que "a mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se danificou a coisa (art. 160, n. I)".

Mesmo assim, o Parágrafo único do artigo 160 do Código Civil, em relação à deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente, imputa responsabilidade a quem exerce este direito de maneira anormal. Dispõe o mencionado parágrafo único *in verbis* "neste último caso, o ato será legítimo, somente quando as circunstâncias o tornaram absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo".

Santos (apud SILVA, p. 310), esclarece que o Parágrafo único do transcrito artigo 160, que cuida da exoneração de responsabilidade dos que exercem anormalmente o direito,

*Não lhes dá carta de alforria para cometerem excessos intencionais, uma vez que aferrolha as comportas por onde poderão extrapolar as medidas de seus direitos, deles abusando propositalmente, com a intenção preconcebida ou não de prejudicar o próximo dolosa ou culposamente*

A idéia de Santos confina-os dentro dos limites da lei, por isso que só ratifica aqueles atos, legitimando-os, quando as circunstâncias os tomam absolutamente necessários, não indo um milímetro sequer além do que for natural, justo, conveniente ou necessário. Isto se dá, segundo ele, porque "a ordem jurídica não tolera a falta de moderação, os excessos; a malícia, os atos não fundados numa razão jurídica legítima, séria, positiva, clara e que se apresente destituída da mínima intenção de prejudicar", porque ao contrário o que haverá é abuso de direito e este está sujeito a sanção legal, pois obriga a quem o comete a reparar os danos, uma vez que ele se pauta pelo exercício anti-social do direito subjetivo.

Em verdade, assinala Santos (apud SILVA 2002, p. 311) que *“só não comete abuso de direito quem exerce os poderes que lhe são atribuídos pela lei rigorosamente jungidos aos limites que ela lhe traça para tomar real o interesse legítimo que possa ter ao praticar determinado ato”*. A respeito do abuso do direito, Nonato (apud SILVA 2002, p. 311) diz que *“o elemento psíquico se encontra na noção, embora ligado, indiscutivelmente, ao elemento material da anormalidade”*. O que se pode concluir é que a anormalidade no exercício do direito revela o dolo ou a imprudência do agente, que, então, não precisam ser pesquisados. Portanto, tal anormalidade legitima o direito de se exigir a reparação natural ou pecuniária dos seus efeitos.

Apesar de o Código Penal vigente excluir de criminalidade os crimes praticados em legítima defesa e em caso de necessidade, o raciocínio acima exposto em relação ao abuso de direito deve ser aplicado tão somente aos casos da legítima defesa. Apenas o dano causado pelo ofensor em repulsa à agressão do ofendido (dano justificável) não é indenizável. Assim, em caso de dano causado por ato praticado em estado de necessidade, o ofensor deve, a despeito disso, prontamente repará-la; já o dano causado por ato praticado em legítima defesa, o ofensor está liberado de repará-lo.

A esse respeito, Rodrigues (apud SILVA 2002, p. 311) esclarece que *“a regra talvez seja supérflua, pois, se a lei autoriza a repulsa de agressão injusta, achando legítimo o dano causado em tais circunstâncias (inciso I, art. 160, Código Civil), não há ato ilícito gerador da obrigação de indenizar”*. Isto confere com o disposto no artigo 1.540 do Código Civil, o qual dispõe *in verbis* *“as disposições precedentes se aplicam ainda no caso em que a morte, ou lesão, resulte de ato considerado crime justificável, se não foi perpetrado pelo ofensor em repulsa de agressão, do ofendido”*.

Todavia, é de se ressaltar que se no exercício de seu direito de defesa a pessoa causa dano a terceiro, o qual não é o autor da agressão injusta, seu dever de reparar o prejuízo se configura. Assim, se o agredido reagiu contra o agressor, e atirando contra ele feriu terceiro, atrás de quem aquele se abrigava, deve reparar o dano causado. Igualmente, todos os prejuízos causados injustamente a alguém devem ser reparados; in natura ou pecuniariamente, mas sempre repesados.

Acrescenta, ainda, Gomes (apud SILVA 2002, p. 212-213) “*que, nos casos reparação pecuniária, a primeira dificuldade é a determinação do quantum*”. Muitas vezes há elementos concretos para fixá-la, mas, freqüentemente, não existem. “*Na sua falta, a indenização há de ser calculada por aproximação mediante arbitramento*”. Para ele, não faltam, aliás, elementos para a avaliação, até quando se trata da estimação de um bem como a vida humana. “*A forma da reparação, isto é, a forma de pagamento da indenização varia, distribuindo-se a preferência das legislações entre os seguintes sistemas: a) pagamento de capital; b) pagamento de renda*”.

Pelo sistema de pagamento de capital, o ofensor entrega ao ofendido determinada soma de dinheiro, extinguindo-se, com a entrega, a obrigação. É o que ocorre, por exemplo, quando se dá a destruição de uma coisa, o autor do dano paga, de uma só vez, a quantia arbitrada como indenização. Pelo sistema do pagamento de renda, a obrigação de indenizar desdobra-se em prestações periódicas em vez de pagar certa importância para extingui-la de pronto, instantaneamente, o ofensor é condenado ao pagamento, durante certo tempo, de uma renda. Na opinião de Gomes, (apud SILVA 2002, p. 313)

*Ambos os sistemas têm vantagens e desvantagens, a do pagamento em capital é preferível em algumas situações, porque permite ao lesado aplicá-lo à sua vontade, como, por exemplo, em negócio que permita o exercício de atividade sucedânea, mas se o dano se produz de modo contínuo, como nos casos de lesão com reflexos na capacidade de trabalho, o sistema do pagamento, em renda é mais adequado.*

Por outro lado, estes sistemas, como observa Chironi, (apud SILVA 313), “*oferece menor garantia, pois, pode acontecer que, com o tempo, o devedor fique impossibilitado de pagar a renda devida*”. Todavia, Gomes (apud SILVA 313) ressalta que: “*considerado de maior utilidade, tem-se procurado eliminar suas desvantagens. Com esse objetivo, ideou-se um sistema de pagamento misto, pelo qual o ofensor outorga o capital necessário à produção de renda satisfatória para o ofendido*”.

O Direito brasileiro tem adotado o sistema de pagamento misto. Assim é que o caput do artigo 602 do Código de Processo Civil prescreve que toda vez que a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, condenará o devedor a

constituir um capital, cuja renda assegure o seu cabal cumprimento o parágrafo primeiro do referido artigo dispõe *in verbis* "este capital, representado por imóveis ou por títulos da dívida pública, será inalienável e impenhorável: I - durante a vida da vítima; II - falecendo a vítima em consequência do ato ilícito, enquanto durar a obrigação do devedor". Já o parágrafo segundo estabelece *in verbis* "o juiz poderá substituir a constituição do capital por caução fidejussória, que será prestada na forma dos arts. 829 e seguintes". O seu parágrafo terceiro determina *in verbis* "se, fixada a prestação de alimentos, sobrevier modificação nas condições econômicas, poderá a parte pedir ao juiz, conforme as circunstâncias, redução ou aumento do encargo". E, finalmente, o parágrafo quarto prescreve que "cessada a obrigação de prestar alimentos, o juiz mandará, conforme o caso, cancelar a cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade ou exonerar da caução o devedor".

Entretanto, alerta Gomes (apud SILVA 2002, p. 314) que "a reparação com base no art. 602 do Código de Processo Civil só se aplica em relação aos lucros cessantes". Igualmente, segundo ele, "é discutível se o prejudicado pode preferir, em lugar da indenização sob forma de renda, a que é paga em capital". Em sua opinião, quando se trata de disposição legal que ordena ao juiz a conversão da indenização em prestação de renda, poderá parecer, à primeira vista, que é inadmissível a variação na forma de reparação. Todavia, nada impede que a vontade do ofendido seja atendida pelo juiz.

O pagamento sob forma de pensão constitui garantia que a lei lhe oferece, a que, evidentemente, pode renunciar. É necessário apenas que a exigência do prejudicado seja feita por motivo importante, isto é, se apresente aos olhos do juiz como preferência razoável. Deve ser admitida, segundo Larenz (apud SILVA 2002, p. 314), "como uma faculdade de substituição do credor, que só se lhe atribui, justificando-a devidamente. O devedor não pode, porém, exigir a substituição. Só a requerimento do credor cabe, ou se concorda com o desejo do devedor."

Então a reparação pode ser natural ou pecuniária e a reparação pecuniária pode ser por meio de pagamento em capital, pagamento em renda e ou pagamento misto. Além desse aspecto, outro deve ser objeto de considerações: o modo de fixar a reparação. A reparação de danos decorrentes de atos ilícitos pode ser fixada de três maneiras diferentes: Conforme referenda Silva (2002, p. 314-315):

*a) por acordo entre o ofensor e ofendido, ou por quem tem a obrigação de indenizar e o ofendido (reparação convencional - reparação cujo quantum é fixado pela vontade dos interessados); b) em alguns casos, por determinação da lei (reparação legal reparação cujo quantum é fixado pela lei); e por arbitramento admitido em sentença judicial (reparação judicial - reparação cujo quantum é fixado por sentença judicial).*

Há reparação legal nos casos taxativos em que a prestação de indenizar é delimitada na própria lei. Lembra Gomes (apud SILVA 2002, p.315) “*que não se trata de determinação do montante da indenização pelo preceito legal*”. Não é sequer a indicação do modo pelo qual a indenização deve ser calculada, como ocorre, por exemplo, nos domínios da responsabilidade contratual, com a reparação devida em consequência do inadimplemento de obrigação pecuniária, que deve consistir no pagamento de juros de moratórias a uma taxa estabelecida na lei. Segundo Gomes, (apud SILVA 2002, p. 315) “*em matéria de responsabilidade extracontratual não é possível estabelecer regras atinentes ao modo de calcular a indenização*”. Contudo, a lei declara em que deve consistir a indenização quando o dano decorre de determinados fatos, estabelecendo, desse modo, os elementos constitutivos da composição.

Já no caso de lesão corporal simples (ferimento de que não resulta deformidade nem incapacidade para o trabalho), a indenização consiste apenas no pagamento das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente (art. 1.538, do Código Civil).

No caso de lesão de que resulta aleijão ou deformidade (lesão aparente, irreparável, indelével e permanente), a indenização consiste na soma duplicada prevista para a lesão simples (§ 1.0 do art. 1.538). No caso de lesão de que se verifica em mulher solteira ou viúva, ainda capaz de casar, a indenização consiste em dotá-la, segundo as posses do ofensor, as circunstâncias da ofendida e a gravidade do defeito (§ 2º do art.: 1.538). No caso de lesão de que resulta incapacidade do ofendido para o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua o valor do trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu (art. 1.539).

Portanto, como se vê, estas são algumas das normas para a avaliação dos danos. Daí se confluí que, quando o prejuízo consistir na ofensa aos direitos personalíssimos e patrimoniais especificamente nomeados na lei, o valor da indenização deve ser fixado em função dos elementos constitutivos da composição que a lei discrimina para cada caso. Por isso é que em tais casos se fala em reparação legal do dano.

Esclarece Gomes (apud SILVA 2002, p. 317) que “*o arbitramento judicial é feito por peritos no curso da ação de indenização. Não obstante sua realização por especialistas, o laudo não vincula o Juiz*”. Por outras palavras, o laudo dos peritos, exame, vistoria ou avaliação, não são conclusivas, podendo ser alteradas em suas conclusões na sentença judicial. O laudo é um mero documento para auxiliar a formação da convicção do Juízo, porém não restringe a liberdade se formar a convicção e julgar. Estabelece o artigo. 436 do Código de processo Civil *in verbis* “*o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros, elementos ou fatos provados nos autos*”.

O professor catedrático de Direito Judiciário Civil da Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e livre-docente de Direito Judiciário Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, José Frederico Marques (1997) Reforça isto, alertando que:

*O perito, como auxiliar do juízo, colabora com o magistrado que dirige o processo, ou comprovando a existência de determinado fato, ou emitindo sua apreciação técnica sobre questões do litígio. Em um caso e outro, porém, o juiz não fica preso às conclusões do laudo. O juiz é o peritus peritorum (perito em dar parecer decisivo sobre todas as coisas) por força mesmo das funções de que está investido. Se o magistrado tivesse de ficar preso e vinculado às conclusões do laudo pericial, o experto acabaria transformado em verdadeiro juiz da causa, sobretudo nas lides onde o essencial para a decisão depende do que se apurar no exame pericial.*

A desvinculação do Juízo em relação ao laudo é tão evidente que o artigo 437 do Código de Processo Civil faculta *in verbis* “*o juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida*”.

Como se vê pelo que dispõe o artigo 437 do Código de Processo Civil Brasileiro, o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode substituir o perito que realizou a primeira perícia, toda vez que a condução dos trabalhos periciais e a elaboração do laudo não corresponderem ao que dele se deseja. Em outras palavras, toda vez que os elementos informativos do laudo não permitirem que se chegue a uma conclusão satisfatória, o juiz pode substituir o perito, nomeando outro para que seja realizada uma segunda perícia.

Destaca Santos (apud SILVA 2002, p. 318) que “é justamente por isso que se exige que o perito possua conhecimentos técnico-científicos a respeito da matéria sobre a qual é chamado a opinar”. Pelo que dispõe a letra c do artigo sétimo da lei 5.194, de 24.12.1966, que regula o exercício das profissões de engenheiro, arquiteto e engenheiro-agrônomo, se a perícia versar sobre trabalho relativo a Engenharia, ela deverá ser feita por engenheiro, arquiteto ou agrônomo habilitado perante o Conselho Regional de Engenharia, sob pena de nulidade.

Esta é a regra geral, com exceção da hipótese de na Comarca, na qual tramita a ação indenizatória e onde deva ser feita a perícia, não existirem profissionais dessa especialidade devidamente habilitados. Esclarece Ulderico Pires dos Santos (apud SILVA 2002, p. 319) que:

*Um engenheiro civil pode, naturalmente, ser perito em causas cujos pedidos envolvam aspectos arquitetônicos, e arquitetos podem funcionar como técnicos nas perícias que versem sobre engenharia civil. Os médicos podem atuar como peritos em qualquer causa que envolva conhecimentos científicos relativos à Medicina, sem que haja inconveniente algum, uma vez que a lei não exige especialização profissional para cada tipo de perícia.*

## **4.2 Maneiras Primitivas de Reparação dos Danos Morais**

Foi apresentado no capítulo II que as leis antigas propugnavam pelo direito de vindita ou direito de vingança da vítima como pena para o dano a ela causado. De igual modo foi possível ver que o Código de Ur-Nammu se assemelha um pouco com a Lei da XII Tábuas dos antigos romanos. Em ambas as codificações, a reparação pelos danos morais parece ater-

se quase que exclusivamente apenas aos danos decorrentes das puras dores físicas. Todavia, encontra-se no Código dos sumerianos um sensível avanço sobre a Lei das XII Tábuas dos romanos. Isto em virtude do fato de, no Código de Ur-Nammu, a norma de talião da lei romana já ter sido superada, por antecipação.

Em tal Código sumeriano o direito de vindita ou direito de vingança crua e simples já tinha sido substituído pela reparação compensatória, por meio do pagamento de multa pecuniária. Como se vê, desde aquela época, apesar de o ofendido, na maioria das vezes, só se satisfazer com o exercício de pura vindita, necessário foi criar algo capaz de aplacar-lhe o desejo de desforra e, ao mesmo tempo, compatível com a evolução social já alcançada pela humanidade.

Porém, na falta desse algo que pudesse trazer uma reparação ideal aos danos morais, as legislações passaram a adotar: o sistema de dar ao ofendido, na ausência de melhor paga, uma soma em dinheiro, ou pura e simplesmente deixar sem qualquer reparação tais danos, em face da impossibilidade mesma de se materializar uma perfeita equivalência entre a lesão e o ressarcimento. Contudo, não se desconhecia, nas somas oferecidas a título, o seu caráter vingativo. Portanto, freqüentemente, apenas o fato da paga, imposta ao ofendido, constituía elemento de aplacação dos sentimentos de vindita do ofendido, valendo como um castigo.

Inclusive, a esse respeito, Tuhr (apud SILVA 2002, p. 322) opina que *“a satisfação dada pelo ofensor ao ofendido nos casos de danos morais contribui para compensar a grande perda ou dano que haja produzido a agressão e acalmar esse sentimento de vingança inato ao homem, por mais moderno e civilizado que seja”*. Também Levi (apud SILVA 2002, p. 323) escreve que, *“o desembolso de uma soma não é, em primeiro lugar, senão um meio de compensação ou de resgate do culpado; o que se vê, em princípio, é o alívio da necessidade de vingança e não a reparação dos danos”*.

Tanto é que, apesar dos esforços dos legisladores, no sentido de dissuadir os ofendidos de, conforme o ditado popular, fazerem justiça com as próprias mãos, lembra Mello Silva (apud SILVA 2002, p. 323) que, ainda, nos dias atuais, costuma o povo se exprimir pela declaração de que *“as afrontas só se lavam com sangue”*. E as promessas, públicas e veladas, por parte dos parentes da vítima, nos crimes, de uma vindita, que às vezes se realiza, não é coisa rara e nem fantasiosa.



Acrescenta Mello Silva (apud SILVA 2002, p. 323) que, *“considerando-se tudo isto, e atentando-se para a, realidade dos fatos, no sentido de se adaptarem a eles as leis e não aqueles a estas, teremos de partir do pressuposto de que, na realidade, só a vindita aplacaria ou compensaria as dores íntimas do ofendido”*. Os danos morais não se restauram com valores econômicos, não se compensam as angústias e os sofrimentos com o dinheiro. Falta, para tanto, a unidade de medida e à própria essência dos danos morais repugna essa compensação.

Se os danos puramente materiais facilmente se restauram por um equivalente econômico, os danos morais, não. Para Mello Silva, (apud SILVA 2002, p. 323) *“só outros valores também morais, positivos, seriam capazes de, contrariando a dor; estabelecer o equilíbrio, reduzindo o dano moral a um zero, idêntico ao zero matemático que resultasse da adição do mais com o menos em igual proporção”*.

A vingança, estranhamente, pelo demoníaco prazer da só idéia de que o ofensor venha a sofrer as mesmas angústias e as mesmas dores do ofendido, segundo o autor supracitado *“já é, em si, um bálsamo para o ofendido”*. Ela ter-lhe-ia, pela satisfação do aplacamento, a compensação na mesma moeda imponderável do dano sofrido. E o ofendido não desejaria mais nada como paga. Basta-lhe tão somente a regra de talião, mas a liberdade de cada qual termina sempre ali onde começa a liberdade alheia. O uso abusivo de qualquer direito, uma vez que conduz a práticas anti-sociais, é de se coibir. Isto exige os superiores interesses da coletividade, a preservação da incolumidade das normas de coexistência social.

No decorrer da evolução das civilizações o Direito vem se socializando. De forma que as soluções adotadas pelos antigos romanos são incompatíveis com os níveis a que atingiram as normas de coexistência social. Assim, o direito de vindita ou direito de vingança da vítima como pena para o dano moral a ela causado foi, forçosamente, sendo canalizado juridicamente para outras formas de compensação mais condizentes com as práticas sociais, ou seja, o direito de satisfação do aplacamento foi sendo moldado de acordo com as conveniências sociais.

A reparação do dano moral pela via indireta, mediante compensação econômica, se, por um lado, às vezes, pode parecer imperfeita, por outro, constitui a melhor maneira jurídica

e socializada de aplacar os desejos de vingança da vítima, uma vez que não apresentam maiores riscos de ofensa aos princípios da coexistência e da paz sociais.

### **4.3 A Reparação dos Danos Morais**

Como visto, se a reparação de dano tem como escopo, antes de tudo, a preocupação em manter a harmonia e o equilíbrio que orienta o Direito e lhe constitui o elemento animador, a ampla reparação dos danos morais constitui obrigação fundamental faz parte de um mecanismo mantenedor da harmonia e do equilíbrio sociais. Assim, assevera Reis, (apud SILVA 2002, p. 325):

*Todo mal causado ao estado ideal das pessoas, resultando mal-estar, desgostos, aflições, humilhações, desonra, entre outros danos não patrimoniais subjetivos (dores físicas e sofrimentos da alma), interrompendo-lhes o equilíbrio psíquico, constitui causa eficiente para a obrigação de reparar o dano moral ou espiritual.*

Além disso, em face da obrigação fundamental de ampla reparação dos danos morais, também os danos não patrimoniais objetivos (atentado ao bom nome, atentado à reputação, atentado à imagem.) devem ser reparados, tanto no caso de o ofendido ser pessoa física como no caso de o ofendido ser pessoa jurídica. No capítulo anterior registra-se que, se a pessoa jurídica não pode experimentar apenas danos não patrimoniais subjetivos, pode, certamente, sofrer danos não patrimoniais objetivos (atentado à imagem, ao bom nome.

Assim, a pessoa jurídica suporta danos morais objetivos quando sofre atentado injusto contra a sua idoneidade financeira e a qualidade de seus serviços e produtos, bem como quando ocorre a divulgação ilícita do segredo de sua tecnologia e/ou do seu processo especial de fabricação.

Após a vigência da Constituição Federal de 1988 e do surgimento de várias leis especiais que passaram a vigorar nos últimos anos, a reparação do dano moral é indiscutível e

isto restringe o campo de debates apenas à questão da melhor forma de repará-lo. O dano moral é ressarcível; não se deve confundir o direito de reparação do dano moral, que é certo, com a forma de reparação do dano moral ou liquidação da obrigação de reparar o dano moral, que é de difícil fixação, ante a impossibilidade material da respectiva equivalência de valores.

Portanto, fica no ar a pergunta: como se deve reparar o dano moral? Como já visto o dano moral seria a dor tomada em todos os sentidos, a desonra, a imagem prejudicada etc., seja por *per se*<sup>3</sup>, seja em decorrência de múltiplos fatores de ordem pessoal. Sem dúvida alguma, também decorre de múltiplos fatores de ordem pessoal o padrão moral das pessoas. Por isso se diz que os elementos de formação do padrão moral variam acentuadamente de pessoa para pessoa e o próprio nível econômico, social e intelectual de uma pessoa e o meio em que vive moldam padrões de comportamento que influenciam decisivamente a constituição de suas regras de moralidade. Tudo isto são complicadores para se fixar uma reparação justa do dano moral suportado.

Além disso, com exceção das hipóteses em que o dano moral comporta a reparação natural, diretamente é impossível repará-las, já que, de um modo geral, ele não tem correspondência pecuniária. Daí consigna Mello Silva, (apud SILVA 2002, p. 326) “*somente pela via indireta é que se poderia chegar à reparação do dano moral, pela aposição da alegria ou da euforia aos sofrimentos, às dores de toda sorte, à desonra e à injusta imagem que lhe é atribuída*”. No mesmo sentido, Diniz (apud SILVA 2002, p. 326) destaca que:

*O Direito não espera a dor, a mágoa, o sofrimento ou a angústia, mas apenas aqueles danos que resultarem da privação de um bem sobre o qual o lesado teria interesse reconhecido juridicamente. O lesado pode pleitear uma indenização pecuniária em razão de dano moral, sem pedir um preço para sua dor, mas um lenitivo que atenuie, em parte, as conseqüências do prejuízo sofrido, melhorando seu futuro, superando o déficit acarretado pelo dano.*

Acrescenta a autora supracitada que “*o dinheiro não aparece, portanto, como a real correspondência equivalente, qualitativa ou quantitativamente, aos bens pedidos pelo lesionado*”. Todavia, isto não é, e não pode ser obstáculo, para que se reconheça o direito à

---

<sup>3</sup> Por si mesmo. Dicionário *on line* de termos latinos jurídicos. Disponível em: <<http://www.mundodosfilosofos.com.br/latim.htm>>. Acesso em: 29 de Nov. 2007.

reparação pecuniária a quem foi lesado nesse campo de valores, a fim de que ele possa atenuar prejuízos irreparáveis que tenha sofrido. Daí esclarece Reis (apud SILVA 2002, p. 326) que a *“idéia de uma reparação absoluta e precisa; como ocorre na esfera patrimonial, não pode sequer ser concebida na esfera dos danos extrapatrimoniais. Nesse campo, estaremos a manipular com valores subjetivos”*.

Reis (apud SILVA 2002, p.327) ainda complementa o pensamento dizendo que “os parâmetros para a aferição da extensão do dano dependerão do arbítrio do juiz que manipula com sua técnica os elementos subjetivos contidos na lei”. Ademais, é preciso conscientizar-nos de que a reparação do dano moral não tem o condão de refazer o patrimônio da vítima. Contrario sensu, objetiva dar ao lesado uma compensação que lhe é devida, para minimizar os efeitos da lesão sofrida.

O verdadeiro caráter do ressarcimento dos danos e prejuízos é um papel satisfatório, e isso está claro em alguns casos; por exemplo, o sofrimento físico suportado pode encontrar uma compensação, às vezes generosas, numa viagem ou mediante distrações que a vítima procura com ajuda de uma soma que é garantida ou paga pelo autor do dano.

Cahali, (1980, p. 66) por sua vez, destaca que, *“com efeito, a reparação que se tem em vista objetiva a concessão de um benefício pecuniário para atenuação e consolo da dor sofrida, e não para o ressarcimento de um prejuízo pela sua natureza irressarcível, ante a impossibilidade material da respectiva equivalência de valores”*. Acrescenta o autor que, *“em se tratando da reparação do dano moral a sua estimativa deverá ser feita segundo a renovação de conceitos a que precedeu nossa jurisprudência, com fundamento no artigo 1.553 do Código Civil, fixando-se a reparação por arbitramento, conforme insistentemente tem proclamado o Colendo Supremo Tribunal Federal”*.

Portanto a reparação do dano moral deve obedecer às modalidades de fixação classificadas pela doutrina para a indenização de um modo geral. Em primeiro lugar, a reparação do dano moral deve seguir a modalidade de liquidação legal ou reparação legal, isto é, seguindo-se a forma de reparação delimitada na própria lei.

Como se pode constatar este dispositivo declara expressamente como deve consistir a reparação do dano moral decorrente do atentado à honra da mulher honesta. Ali se encontram

estabelecidos os elementos constitutivos da composição. Nessa hipótese, primeiro a “lei obriga o ofensor a promover a reparação natural do dano e moral, através do matrimônio com a ofendida. Somente no caso de o ofensor não querer casar com a ofendida ou vice-versa e ser o casamento impossível é que a lei o obriga a proceder à reparação pecuniária do dano moral: pagamento de dote. portanto, antes de tudo, repara-se o dano moral pela reparação legal, seja ela natural ou pecuniária.

A reparação convencional do dano moral tem lugar quando os elementos constitutivos da composição não se encontram previstos em lei ou, quando previstos/trata-se de reparação pecuniária, cuja determinação do montante pode ser objeto de composição amigável, ou seja, no propósito de evitarem um litígio, as partes interessadas harmonizam seus interesses mediante transação. Quando a reparação é fixada convencionalmente não existe qualquer dificuldade na sua fixação, já que seu montante é fruto de acordo; ou seja, na reparação convencional, a correspondência entre o dano e a reparação verifica-se subjetivamente; onde se resume a satisfação do ofendido com o valor ajustado.

A reparação judicial do dano moral tem lugar quando as partes interessadas não chegam a um acordo em relação ao montante da indenização. Em tais casos deve-se recorrer ao arbitramento judicial para tornar líquida a reparação. Obedecem se aí ao comando do artigo 1.553 do Código Civil, o qual dispõe *in verbis*, “quando os elementos constitutivos da composição da reparação não forem taxativos em lei, se fixará por arbitramento a indenização”. Também, a determinação do montante da indenização pecuniária, cujos elementos constitutivos da composição estão previstos em lei, precisam, na maior parte das vezes, serem liquidadas por arbitramento.

Assim, é possível dizer que a reparação do dano moral deve ser, quando cabível, satisfeita *in natura*. No caso desse tipo de reparação não ser possível, caberá a reparação por meio da compensação pecuniária, que poderá ser liquidada por convenção ou ajuste ou por arbitramento judicial. A fixação por arbitramento judicial se dará no caso de não haver acordo quanto ao montante da reparação do dano moral.

Além disso, nos casos em que a lei admite a cumulação da reparação natural com a compensação pecuniária, na falta de convenção entre as partes interessadas, a reparação se dará por sentença judicial que fixará um benefício pecuniário e determinará que o ofensor

cumpra a obrigação *in natura*. O benefício pecuniário poderá ser objeto de uma execução por quantia seria e a obrigação *in natura* “objeto de uma execução de obrigação de fazer ou não fazer.

Segundo a grande maioria dos autores pesquisados, tais como Maria Helena Diniz, Wilson de Mello da Silva e Silvo Rodrigues o arbitramento judicial deve seguir algumas regras e parâmetros indicados pela lógica. Tais regras e parâmetros não devem perder de vista, como assevera Silva (2002, p. 329) a:

*a) insuficiência que meios para se proceder à exata e perfeita a avaliação compensatória dos danos morais; b) a impossibilidade de proceder à pura avaliação aritmética; e c) que os valores arbitrados acabarão sendo sempre determinados por aproximação, com base nos elementos subjetivos fornecidos pelas partes interessadas para sua avaliação.*

Montenegro (apud SILVA 2002, p. 329), por exemplo, ressalta que “*para se avaliar o dano moral ter-se-á, de levar em consideração, em primeiro lugar, a posição social e cultural do ofensor e do ofendido*”. Para isso deve-se ter em vista o *horro medius* (homem médio), de sensibilidade ético-social normal. Portanto, segundo ele, é preciso, antes de tudo, idear o homem, médio para que, conhecendo o seu perfil, se possa ter condições e elementos satisfatórios para a ficção dos fatores que concorrerão para o arbitramento do quantum indenizatório.

Também para Mello (apud SILVA 2002, p. 329), afim de se, promover afixação, em dinheiro, do quantum da indenização, o julgador haveria de atentar para “*o tipo médio do homem sensível da classe*”. Tipo médio de homem sensível de cada classe, segundo ele, “*seria o daquele cidadão ideal que estivesse à igual distância do estóico e do homem de coração seco de que fala Ripert, é do homem de sensibilidade extremada e doentia*”. Isto porque, se certo é que existem os indiferentes, não menos verdade é, também, que o tipo usual do exagerado, do extremamente sensível, é bastante contraditório. E como, de um modo comum, há escalões há sensibilidade dos grupos (o intelectual ou o artista tem uma sensibilidade bem diversa da do simples homem da rua), é mister estabelecer-se uma diferenciação, para tal fim, dos grupos sociais.

A gravidade do dano moral proveniente da injúria, por exemplo, sua honra tem o direito a exigir do ofensor, se este não puder ou não quiser reparar o mal pelo casamento, um dote corresponde à sua própria condição e estado. Como se pode ver este dispositivo declara expressamente como deve consistir a reparação do dano moral decorrente do atentado à honra da mulher honesta.

Nessa hipótese, primeiro a lei obriga o ofensor não promover a reparação natural do dano, moral, através do matrimônio com a ofendida, Somente no caso de o ofensor não querer casar com a ofendida ou vice-versa e ser o casamento impossível é que a lei o obriga a proceder à reparação pecuniária do dano moral: pagamento de dote. Portanto, estes de mais nada, repara-se o dano moral pela reparação legal, seja ela natural ou pecuniária.

A reparação convencional do dano moral tem lugar quando os elementos constitutivos da composição não se encontram previstos em lei ou, quando previstos, trata-se de reparação pecuniária, cuja determinação do montante pode ser objeto de composição amigável, ou seja, no propósito de evitarem um litígio, as partes interessadas harmonizam seus interesses mediante transação.

Quando a reparação é fixada convencionalmente não existe qualquer dificuldade na sua fixação, já que seu montante fruto de acordo, ou seja, na reparação convencional, a correspondência entre o dano e a reparação verifica-se subjetivamente; onde se presume a satisfação do ofendido com o valor ajustado. Então, qualquer fixação da reparação de dano moral, deve, antes de tudo, partir, impreterivelmente, da realidade econômica do ofensor. A situação econômica do ofensor é o elemento fundamental primeiro a que se deve tomar por base a aferição da indenização.

Depois de considerado este elemento na fixação dos patamares que limitam a indenização é que se devem tomar por consideração os demais elementos, conforme artigo 53 da lei 5.250/67, *in verbis*

*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 ofensor-responsável e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em causas das*

*quais decorreram danos morais (reincidência); III - a reparação natural, quando cabível e não cumulável com a reparação pecuniária, independentemente de intervenção judicial; e IV - a extensão da reparação natural obtida pelo ofendido, qual do cumulável com a reparação pecuniária (reparação in natura como elemento que reduz os valores devidos na reparação pecuniária).*

A exigência inicial da fixação de níveis mínimos e máximos de valores, limitando a indenização conforme a realidade econômica do ofensor constitui, inclusive, medida para garantir a eficácia no cumprimento da obrigação, medida para garantir que a indenização signifique verdadeira punição para o ofensor e medida de ordem prática na evolução judicial.

Quanto à medida para garantir a eficácia no cumprimento da obrigação, como já exposto, de nada vale condenar o ofensor em verbas acima da sua capacidade de pagamento, já que fatalmente não haverá cumprimento da obrigação. E isto desmoraliza o Poder Judiciário perante o ofendido e a opinião pública. Portanto, o que se pode concluir é que, o primeiro passo para se fixar o *quantum* da indenização deve ser trazer para os autos judiciais documentos comprobatórios ou indícios a respeito da faixa de patrimônio, remuneração e rendas auferidas pelo ofensor. A partir de tais indícios é que se pode costurar uma teia de elementos para a formação do quantum de uma indenização justa, cujo cumprimento da obrigação seja eficaz. Fora disso, cai-se, inapelavelmente, no campo da utopia.

Quanto à medida para garantir que a indenização do signifique verdadeira punição para o ofensor, lembramos que, segundo a melhor doutrina, a reparação do dano moral não tem como objetivo apenas compensar o ofendido, mas também punir o ofensor. Portanto, a reparação atende, ao mesmo tempo, de um lado, a vítima que aplaca o seu sentimento de vingança com a compensação obtida, e, do outro, o ofensor que paga pelos seus atos uma pena pecuniária, não para o Estado, mas para a própria vítima. Aliás, é justamente aí que reside a diferença entre multa pecuniária e reparação do dano moral baseada em multa pecuniária. A multa pecuniária propriamente dita é devida ao Estado, enquanto a reparação do dano moral baseada em multa pecuniária é devida à vítima da ofensa.

De forma que, como se diz no senso comum se a parte mais sensível do corpo humano é o bolso, a pena pecuniária pode vir a ser verdadeiramente um exemplo marcante para o agente causador do ato ilícito. Como escreve Ripert (apud SILVA 2002, p. 332-333),



“o dano moral tem mais caráter exemplar do que indenizatório”. Assim, o ofensor deve encarar a pena pecuniária como exemplo marcante, como uma diminuição importante do seu patrimônio material em decorrência do seu ato ilícito. De nada vale o ofensor ser condenado a pagar quantias pequenas ou irrisórias.

A reparação pecuniária irrisória e insignificante em relação ao patrimônio, às remunerações e às rendas do ofensor pode satisfazer como compensação para a vítima, principalmente se esta é extremamente pobre, mas não constitui pena pecuniária, porque desaparece o seu caráter exemplar para o agente causador do ato ilícito. Por exemplo, para quem surpreendentemente consegue sobreviver apenas com dois salários mínimos mensais, uma condenação equivalente à quatro salários mínimos é insuportável, já que teria que, durante dois ou mais meses, ficar sem se alimentar e sem pagar as demais despesas de sua família e de seu lar, para conseguir pagar tal condenação.

Em tal hipótese, a reparação seria até extremamente rigorosa, correndo-se o risco de não ser absolutamente realizada. No entanto, se o ofensor recebe remuneração mensal de sessenta salários mínimos, uma condenação equivalente a quatro salários mínimos é insignificante e, se compensa o sofrimento da vítima, não cumpre de forma alguma a sua função punitiva. Portanto, a nosso ver, também aqui, o primeiro passo que se deve dar para a fixação do quantum da indenização deve ser trazer para os autos judiciais documentos comprobatórios ou indícios a respeito da faixa de patrimônio, remuneração e rendas, auferidas pelo ofensor. Somente partir de tais indícios é que se pode auferir um quantum a título de indenização justa, cujo cumprimento da obrigação atendera o caráter punitivo da reparação. Fora disso, a condenação não punirá o ofensor nem reprimirá, muito menos, o seu impulso ou tendência de agir de maneira condenável e potencialmente causa a ora de danos.

Quanto à medida de ordem prática na evolução do arbitramento judicial, a nosso ver, não há menor dúvida de que a fixação de níveis de valores, limitando a indenização devida com base na realidade econômica do ofensor, diminui muito o espectro ou a faixa dentro da qual o juiz arbitrará o *quantum* da reparação. Com isso, além de tomar mais justa a reparação, aumenta-se a possibilidade de cumprimento da obrigação e facilita-se a decisão e escolhida no arbitramento. Quanto menor a faixa de decisão, menos complexo e mais cômodo será o arbitramento.

A preocupação em relação à fixação de valores extremamente exagerados por juízes imprudentes tem crescido muito tanto na doutrina como nos próprios tribunais, onde as sentenças proferidas por esses juízes, na maior parte das vezes, acabam sendo reapreciadas. Ao ponto de, freqüentemente, surgir aqui e acolá sugestões no sentido de se fixar em lei um teto máximo para conter tais reparações.

O antigo Código Brasileiro de Telecomunicações (lei 4.117, de 27.08.1962), levado por essas preocupações, com o intuito de coibir abusos e excessos, determinava a fixação de um teto mínimo e de um teto máximo na estimativa do quantum da indenização pelo dano moral. Assim, o montante da reparação do prejuízo relativo ao dano moral decorrente dos atos ilícitos previstos no referido Código Brasileiro de Telecomunicações, a ser ordenado, não poderia ser inferior ao teto mínimo de 5 (cinco) nem superior ao teto máximo de 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no país (§ 1.º, art. 88, lei 4.117, de 27.08.1962).

Todavia, o referido Código admitia que o montante dessa reparação fosse o dobro na hipótese de reincidência, pelo ofensor, nos ilícitos contra a honra, muito embora levada a efeito por qualquer meio ou via, e na hipótese em que os ilícitos contra a honra tivessem sido perpetrados no interesse de grupos econômicos ou em oposição aos interesses nacionais.

A nosso ver, a fixação de teto mínimo e de teto máximo na estimativa do quantum da reparação do dano moral, evidentemente, constitui medida válida para coibir abusos e excessos e deve ser adotada pelo legislador ordinário. Essa medida não surgiu pela primeira vez na legislação brasileira. Os Códigos Civis tanto da Etiópia como do México e outros países adotam o mesmo princípio da fixação de um teto-limite para o ressarcimento do dano moral. A preocupação em coibir os abusos e excessos é, pois, mundial.

Por outro lado, deve-se também coibir o que se costuma denominar de indústria do dano moral, caracterizada pelo ajuizamento de ações temerárias, verdadeiras aventuras judiciais, motivadas pelos fatos mais banais e inconsistentes, e pela propositura de demandas com a expectativa ou o propósito oculto de obter enriquecimento, e não compensação pelo dano sofrido.

Segundo o juiz de direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, André Gustavo C. de Andrade (apud SILVA 2002, p. 334)

*O remédio contra as ações infundadas e abusivas não está na criação de obstáculos processuais ou econômicos à propositura das ações de indenização por dano moral, a dificultar ou mesmo frustrar, direta ou indiretamente, o acesso amplo à jurisdição, garantido pelo inciso XXXV do artigo quinto da Constituição Federal.*

O combate ao abuso no ajuizamento de ações de indenização temerárias deve vir, primeiramente, da formação de uma jurisprudência firme, que saiba separar o joio do trigo, rejeitando as pretensões desarrazoadas.

O sistemático não acolhimento de postulações dessa índole desestimulará os aventureiros e acarretará a paulatina diminuição de tais demandas. Além disso, impõe-se uma aplicação rigorosa das normas que tratam da litigância de má-fé. À jurisprudência também cabe, com a fixação de valores de indenização razoáveis e proporcionais ao dano, a incumbência de frustrar todo e qualquer intuito de obtenção de enriquecimento ou de vantagem à custa da propositura de ações de indenização.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Examinando a história, observa-se que desde o princípio a honra é um valor do qual o homem não se abdicou, uma vez que a junção de seus valores pessoais e suas particularidades constrói sua personalidade.

Na antiguidade, Hamurabi, em seu código de leis, estabeleceu um princípio com intuito de proteger os mais fracos nas relações sociais, prevendo retaliação àquele que causasse dano a outrem, obrigando-o à reparação proporcional do dano causado. E já na época em que valia a lei do “olho por olho, dente por dente”, admitia-se ainda o ressarcimento do dano em espécie. Posteriormente, até mesmo na Bíblia, surgiram outros Códigos que determinavam a reposição por meio de valor pecuniário.

Contudo, a reparação do dano moral evoluiu lentamente. No Brasil, tornou-se pacífica a aceitação da reparação do dano moral, mais exatamente após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Pode-se perceber que houve certo progresso no entendimento e nas formas de reparação por danos morais, pois de um estado no qual não eram inteiramente aceitos nos tribunais brasileiros, pode-se observar a transformação desse pensamento, no sentido de aprimorar e reconhecer o dano moral no que tange a sua reparação. A partir do momento em que as relações sociais tornaram-se mais complicadas e intrincadas a compreensão do dano passou a ser mais ampliada.

Juristas e doutrinadores vêem o direito à vida, à personalidade e à privacidade como valores, bens extrapatrimoniais. Verifica-se, então, que houve evolução do pensamento doutrinário no que diz respeito à aceitação do dano moral como dano que, a despeito de poder não guardar qualquer relação com dano material, é passível de gerar reparação àquele que o sofreu.

A reparação é devida à própria vítima, que tem lidimidade como personagem principal na ação de indenização por danos morais. Além da vítima, o lesado direto ou indireto (seus herdeiros, cônjuge, familiares e dependentes) poderão reclamar a reparação do dano moral.

Não juízo do dano moral o magistrado deverá estabelecer uma reparação eqüitativa, para a fixação do *quantum* indenizatório, fundamentando-se na culpa do agente, no alcance e seriedade do prejuízo causado e na capacidade econômica das partes. A avaliação deverá considerar que a reparação do dano moral tem mais de uma finalidade, uma vez que se faz necessário ressarcir a vítima e punir o ofensor, desestimulando-o à prática de novos danos.

No entanto, o demorado surgimento da reparabilidade do dano moral no direito brasileiro, fez desenfrear uma demanda que por vezes tem culminado em exageros inconcebíveis, uma vez que podem comprometer a dignidade do instituto.

Esse trabalho traça a evolução histórica do conceito de dano moral, seus requisitos e métodos de reparação, de modo a apontar o ressarcimento como uma maneira de trazer a paz social por meio da compensação do dano a vítima, levando o ofensor a analisar sua conduta a fim de que não venha a repeti-la, além de propor uma reflexão sobre a real intenção das ações de indenização por danos morais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

CAHALI, Yussef Said. Dano Moral, 2. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CORREIA, João de Campos. Inconstitucionalidade da Súmula 37 do STJ: Inacumulabilidade de danos morais e patrimoniais. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2015>> Acesso 17 de set. 2007.

DELGADO, Rodrigo Mendes. O valor do dano moral: como chegar até ele. 2. ed. São Paulo: Mizuno, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil. 4. ed. ver. reform. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol. 3.

LIMONGI FRANÇA, R. Reparação do dano moral. Revista dos Tribunais. 1988. Vol. 6.

MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1977.

MIRANDA, Maria Bernadete. Pequeno Dicionário Jurídico de Expressões Latinas. Disponível em: <<http://www.mundodosfilosofos.com.br/latim.htm>>.

NEVES, Iêdo Batista. Vocabulário prático de tecnologia jurídica e de brocardos latinos. 2. ed. Rio de Janeiro: Fase: 1988.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. Vol. 4.

SILVA, Américo Luís Martins da, O Dano Moral e a sua Reparação Civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

VIEIRA, Alessandro. Da fixação do quantum indenizatório no dano moral causado por instituição financeira. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=669>> Acesso em 23 de out. 2008.