

DANOS MORAIS: UMA ANÁLISE SÓCIOJURÍDICA

Tânia Mara Fonseca Mendes Afonso*

(Advogada, Cientista Social, Socióloga
especialista e mestre em Direito Civil
especialista em Educação Superior
Professora Universitária
RADIAL /FALC
Avaliadora do INEP/MEC
São Paulo-SP)

A ausência de um conceito claro do que é um dano moral faz com que haja múltiplas dificuldades em defini-lo, pois, parte da doutrina compreende o dano moral como prejuízo que tem efeito extrapatrimonial, e outra parte afirma que o dano extrapatrimonial só pode ser definido em oposição ao patrimonial.

De acordo com esse critério, os irmãos Mazeaud¹ afirmam que é a lesão que afeta a um direito extrapatrimonial, sendo que na mesma linha de raciocínio encontram-se autores como Eduardo Zannoni² e Adriano de Cupis³, que não se referem ao direito senão ao interesse, definindo o dano extrapatrimonial como o dano derivado que não pode ser açambarcado pelo dano patrimonial por ter objeto diferente, como o interesse não patrimonial, assim, guarda uma relação estreita e necessária com um bem não patrimonial.

Esta posição é criticada por parte da doutrina que considera essencial dar uma definição ao dano moral que atenda sua natureza e não por via de exclusão, assim vê no dano moral uma consequência economicamente sem valor e que pode ser identificado como as perturbações injustas das condições normais do sujeito lesionado, conforme afirma Jaime Santos Briz⁴, quando o dano afeta principalmente

* Este artigo faz parte do ciclo de conferências realizado na Universidad Javeriana de Bogotá - Colômbia - 2002 sobre "Daño Moral - Siglo XXI" em encontro coordenado pela Organização dos Estados Americanos (OEA) em conjunto com a Universidad Javeriana de Bogotá.

¹ MAZEAUD, Henry y Leon. Tunc Andre. *Tratado teorico y practico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. t. I, v. 1, t. 3, v. 1, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1961. p. 362.

² ZANNONI, Eduardo. *El dano en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1982. p. 7.

³ DE CUPIS, Adriano. *El daño*. Teoria general de la responsabilidad civil. Barcelona: Bosh Editorial, 1975. p. 122.

⁴ BRIZ, Jaime Santos. *Responsabilidad civil derecho sustantivo y derecho procesal*. Madrid: Ed. Montecorvo, 1986. p. 150.

os direitos da personalidade, podendo afetar também outros direitos incluindo os direitos de família, por exemplo.

Alguns autores defendem a assertiva de que o dano moral pode ser definido como dano extrapatrimonial, no qual se destaca Louis Josserand⁵. René Savatier⁶, por seu turno, afirma que o dano moral pode ser definido como qualquer sofrimento do homem que não envolva o campo pecuniário, mas, que pode ser definido como um atentado à sua reputação, ao seu pudor, à sua segurança, ao seu amor próprio, à sua integridade, à sua inteligência, à sua autoridade legítima, à sua tranqüilidade, e à suas afeições.

Esclarece ainda que essas violações da dignidade humana, quando atingem a esfera do judiciário mostram o risco de inviabilidade de entender o fenômeno da vida, como algo inconcluso e complexo, em permanente transformação, sujeito a uma dinâmica que não é conhecida, e que demonstra essa vertente quando se verifica a dificuldade do julgador ao penetrar nessa seara.

Para Mazeud e Mazeud⁷ a questão é antiga, uma vez que o sentimento de honra, que faz parte dos elementos do patrimônio moral, já era defendido desde tempos antigos, que remonta da época da vingança privada, e desde então os afrontamentos à honra eram castigados mais severamente do que os danos materiais.

Em que pese toda a dificuldade da doutrina nessa controvérsia acerca do dano moral, outros aspectos adquirem maior relevo: a natureza e os diversos confinamentos insertos nesse fenômeno.

Para Renato Scognamiglio⁸, o problema é singularmente árduo. Considera-o detentor de um caráter anômalo dentro da instituição do campo da teoria de dano e suas notórias implicações, e nesses moldes, não é possível determinar a essência e

⁵ JOSSERAND, Louis. *Derecho civil*. t. II, v. I. *Teoria general de las obligaciones*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, Boch y Cia Editores, 1950. p. 19.

⁶ SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951. t. I, p. 15.

⁷ MAZEAUD, H.; MAZEAUD, L. *Op.cit.*, p. 293-297.

⁸ SCOGNAMIGLIO, Renato. *El daño moral*. Publicacion de La Universidad Externado de Colombia. Bogotá: D.E., 1962, traduzido do italiano con el titulo de IL DANNO MORALE (Contributo allá Teoria Del Danno Extracontrattuale) en la *Rivista di Diritto Civile*, Padova, Cedam. Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Anno III, n. 3, Maggio-Giugna 1957. Primera Edición. 1962, p. 12.

os limites do dano moral, sem ter em conta o alcance efetivo do dano em sentido próprio e também do seu significado.

O problema, assim, não estaria em simplesmente esclarecer o conteúdo teórico, uma vez que não se trata de satisfazer por essa via as exigências para a exata determinação do dano moral, mas procurar saber como os tribunais darão um valor preciso a previsão normativa, e como distinguirão seguramente entre o dano genericamente previsto em lei.

O Brasil, no início de 1900, especialmente com a recepção pelo artigo 159 do Código Civil de 1917, que generaliza o dano, possibilitando assim, seja interpretado como dano moral também, adquirirá importância o fenômeno da reparação dos danos morais e adquirirá contornos definidos em padrões subjetivos nos casos julgados pelos tribunais, e somente em meados dos anos 80, será estabelecido na Constituição Federal, como garantia fundamental do cidadão, e mesmo assim, prescindirá de meios para abalizar a forma de reparar tais danos.

A maioria da doutrina, desde o início do século passado, projeta incisiva crítica em razão da dificuldade de estabelecer esses parâmetros, e, por conseguinte, o alcance da reparação dos danos morais, e os Tribunais atuais ainda não conseguiram superar as entraves nesse sentido.

O Brasil no início do século XX apresentava uma sociedade onde as classes dominantes traziam idéias assimiladas da Europa, culminando com a exclusão ou separação das classes operárias. O período de 1917 à 1922, apresentava efervescência de eventos populares tais como: greves, festas de propaganda política e piqueniques.

Nesse período havia um jornal do intitulado “A Plebe” que era um veículo do operariado paulista, onde procuravam criticar a postura burguesa do “Estado de São Paulo”, que veiculava notícias, onde se subtendiam que os trabalhadores eram uma turba de arruaceiros, e no artigo de 24.09.1919, página 2^o, afirmavam que mesmo ante a falta de policiamento do local onde havia uma multidão ensandecida, os operários portaram-se de maneira pacífica.

⁹ PEREIRA, Andréa Sampaio. Movimento operário brasileiro e as massas populares: massas obreiras/revolucionárias ou massas ignorantes/inertes?. *Revista de Sociologia e Política*, Ed. da Unicamp, n. 13, p. 125-140, nov. 1999.

Mas, o relacionamento entre as classes foram se transformando devido às mudanças sociais e econômicas ocorridas nessas primeiras décadas. As famílias da elite criavam laços com a classe média e a baixa, ampliando a rede de parentesco e o relacionamento social.

A família continuava a desempenhar um importante papel na esfera econômica e no perfil político do Brasil, de tal modo sorte, que no julgado de 1914¹⁰ o Supremo Tribunal Federal, através dos autos de agravo de n. 1723, assim manifesta-se quanto à reparação de dano morais, sobre a morte de um pai de família:

Vistos, expostos e discutidos estes autos de agravo de instrumento, em que é 1. agravante Fanny Worms e 2. dita a União Federal e agravados os mesmos. Delles consta que no Juízo Seccional da 1ª. Vara do Districto Federal propoz a 1ª. agravante contra a 2ª. uma acção ordinária na qual pediu que fosse a ré condemnada a indenizal-a do damno que adviera da morte de seu marido José Worms, victima de um desastre ocorrido na Estrada de Ferro Central do Brazil, pertencente à 2ª. agravada [...] indemnização ao prejuízo econômico e bem assim privação da felicidade domestica resultante da morte de seu marido [...] Considerando que a redução feita pelo juiz é inteiramente razoável e assenta em dados colhidos no próprios autos de execução; considerando que nesse computo não podia deixar de ser contemplado o damno moral, de accôdo com a boa doutrina que ora vae prevalecendo, e sobretudo, com o dispositivo da sentença exequenda [...] Supremo Tribunal Federal 13 de dezembro de 1913 – H. DO ESPEIRITO SANTO, P.-M. MURTINHO, relator – OLIVEIRA RIBEIRO – CANUTO SARAIVA – PEDRO MIBIELLE, vencido em relação a imndenização do damno moral, aliás, não expressamente pedido nem na inicial, nem da liquidação – SEBASTIÃO DE LACERDA, vencido, de accôdo com o voto supra – G. NATAL – AMARO CAVALCANTI. Meu voto foi comndenar a União Federal a prestar 54:000\$000 de damno material, propriamente dito, e mais 40:000\$000 do damno moral[...] PEDRO LESSA. Votei mandando [...] os mesmos dos danos Moraes [...] Na verdade depois de avaliado o damno econômico soffrido pela agravante, ainda cumpria arbitrar a quantia necessária para imndenização de damno moral, no sentido próprio da expressão, isto é, na accepção de soffrimento phisicos e Moraes, que não extinguem nem seque diminuem o patritmonio (ª MINOZZI, Studio sul Danno non Ptrimoniale. Danno Morale, cap.1º)

Percebe-se que ao indenizar os danos morais, no primeiro julgado que se tem notícia em revistas jurídicas especializadas do País, na época de 1913, a importância do chefe de família foi crucial para que os Ministros do Supremo considerassem a perda do chefe da família, um prejuízo de afeto e cuidados extremados para com o lar e a família, um dano para as relações de parentesco que simbolizavam a desintegração daquele núcleo familiar.

A família, era uma estrutura psicológica e social, considerada necessária à

¹⁰ In Revista Forense, 1914, p. 35-39.

industrialização e urbanização nascente no País, porque era permeada por fortes padrões hierárquicos que lhe permitem a sobrevivência em um regime agro-comercial daquela época.

Para se ter uma idéia de como a moral era vista na sociedade brasileira em meados de 1910 e 1930, atente-se ao estudo de José Murilo de Carvalho¹¹, que consegue descrever uma situação da época, de uma pai de família, que chocado com a medida pública adotada no ano de 1904, de vacinação em massa, realizada nas casas pelo governo da época, gerou entre a população grande reação contrária à inviolabilidade do lar, porque a autoridade do pai seria abalada e em conseqüência a virtude e a modéstia das mulheres, e nesses moldes desrespeitado a moral e os bons costumes.

Conta-se que por vários dias os levantes populares tomaram conta das ruas, ônibus foram derrubados, muitas pessoas feridas e até o caso registrado de uma morte para que o Estado pudesse obrigar a população a ser vacinada. O “Correio da Manhã” em 11 de junho de 1904 descreve a situação do que era na época ser um “chefe de família”:

Ao voltar do trabalho, [disse], o chefe fica sem poder afirmar que a honra de sua família esteja ileso, por haver ali penetrado desconhecido amparado pela proclamação da lei da violação do lar e da brutalidade aos corpos de suas filhas e de sua esposa. A messalina entrega-se a quem quer, mas a virgem, a esposa e a filha terão que desnudar braços e colos para os agentes da vacina.

Na esfera econômica, política, social e jurídica a família, assim conforme visto, desempenhava papel importante, e a forma como a moral era percebida, de natureza essencialmente vital para a continuidade do lar doméstico, por conseguinte da rígida estrutura doméstica, a perda do chefe de família, era vista pelos juizes como fator desagregador desse importante núcleo social.

A moral, portanto, possuía contornos claros, e os próprios julgadores enquanto “chefes de família” também, entendiam a dor e o sofrimento, e assim o projeto social dessa época era conhecido tanto pelos juizes como pelas pessoas, identificando assim o plano coletivo nos reflexos dos casos individuais.

Assim, os juizes não tinham dúvidas sobre o que consegue efetivamente

¹¹ CARVALHO, José Murilo. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*. Rio de Janeiro: Cia das Letras, 1987, p. 99-100.

atingir uma família socialmente estrutura de tal importância para o País, basta pensar que a família como empresa nuclear participante, foi a força motriz no desenvolvimento econômico do País, de empreendimentos como a instalação das ferrovias, da política de imigração, das oligarquias.

No decorrer dos anos, a fenômeno da indenizabilidade dos danos morais, pouco mudou seu aspecto de fundamentação para que se dê uma reparação justa, a transformação deu-se no aspecto da identidade entre o descompasso das transformações sócio-culturais, à crescente crise de valores, anomia, os desejos e as carências mais íntimas do ser humano, exigem sutileza na capacidade de entendimento da verbalização e da conceitualização sobre qualidade de vida e valores intrínsecos.

Evidência do exposto é que em 1950 a indenização dos danos morais é vista como reflexo da perda patrimonial, especialmente para família, como bem demonstra o Recurso Extraordinário de n. 17.141¹²:

EMENTA: Para ser julgada procedente a ação de indenização, cumpre fique provado o dano na própria ação; a prova do quantum do dano e que pode ser feita na execução. embora não haja prestação alimentar exigível pelo falecimento de uma criança, ha indenização pelas despesas de tratamento, funeral e luto. distinção entre dano moral e conseqüências do dano moral. vítima com 18 anos e que já auferia renda do seu trabalho. Indenização devida. Publicação ADJ DATA-04-04-52 PG-01897 ADJ DATA-13-10-50 PG-03405 ADJ DATA-13-10-50 PG-03403 DJ DATA-10-08-50 PG-07267 EMENT VOL-00006- 02 PG-00633 Classe / Origem RE-17141 / AUD:09-08-50 RECURSO EXTRAORDINARIO Julgamento 14/07/1950 - PRIMEIRA TURMA Relator (a) Min. LUIS GALLOTTI

O Ministro Ribeiro da Costa, afirmava à época, em havendo apenas dano moral para ser ressarcido, haveria que ser negado pelo Tribunal, pois, na verdade o que deveria ser indenizado é a conseqüência do dano moral, e não o sofrimento ou a dor, e sim a privação de um auxílio eventual que essa existência perdida ofereceria.

Dessa maneira a esfera cultural, que permite o individuo explicitar de diferentes maneiras suas carências, fruto da convivência do cotidiano e dos riscos da sobrevivência em uma sociedade com precárias condições de emprego, moradia e trabalho, refletia na maneira de entrever a indenização do dano moral. Em meados de 1950 em diante, o brasileiro começa a dar sinais de impotência diante

¹² DJ 10.08.1950, p. 3405.

desse quadro de degradação social e política, mostrando-se incapaz de lidar com essa realidade, assim, seus padrões de valores vão se transformando.

A moral muda de referencial através dos anos, e nesse processo de elaboração de novos juízos de valores a consciência apresenta uma ligação mais íntima com a coletiva, e esse papel social que cada brasileiro vai desempenhando, contrapõe-se ao papel individual de participação política e social mais concreta, como antes.

Essa visão pode ser percebida através de vários julgados dessa época, que já usavam como parâmetro outras construções de elementos valorativos, o econômico, que de um lado estariam atrelados às transformações sociais mais recentes e do outro a proposição que vai ao encontro de um conceito de indenização mais apropriado, a partir da problemática da nova demanda sócio cultural.

Assim a sociedade tornando-se mais complexa, diferenciada no processo histórico, repercute não só no cotidiano, como também na forma que os juízes passam a julgar.

O relator Ministro Hahnemann Guimarães, que no Recurso Extraordinário de n. 11786¹³, em julgamento realizado por volta de 1.950, pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, afirmava que não era admissível que os sofrimentos morais dessem lugar a reparação se deles não decorresse nenhum dano material.

EMENTA: Não e admissível que os sofrimentos morais dêem lugar a reparação pecuniária, se deles não decorre nenhum dano material. Publicação -ADJ DATA-06-10-52 PG-04601 ADJ DATA-09-05-55 PG-01654 ADJ DATA-03-06-54 PG-06288 ADJ DATA-01-09-51 PG-02546 ADJ DATA-01-09-51 PG-02544 EMENT OL-00029 PG-00271- Julgamento07/11/1950 - SEGUNDA TURMA- Relator(a)Min. HAHNEMANN GUIMARAES Observação DOCUMENTO INCLUIDO SEM REVISÃO DO STF ANO:** AUD:17-01-51- Classe / Origem RE-11786 RECURSO EXTRAORDINARIO

A referência vai sendo modificada à medida que os doutrinadores, como Wilson Melo da Silva¹⁴, um dos primeiros juristas brasileiro a tratar o assunto começasse a afirmar que os danos morais deveriam ser tratados como qualquer dano, porque suas características são assemelhadas com os danos em gerais, na

¹³ DJ 06.10.1952, p. 4601.

¹⁴ SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e a sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 334-335,

medida que há uma violação do direito, prejuízos de bens, sendo certo que a vítima sofre todas essas conseqüências

Crítico veemente da postura esposada pelos juristas da sua época, contrário a afirmação da maioria dos doutrinadores que eram incisivos em sustentar que esse sofrimento sentido pela vítima de danos, sendo um sofrimento moral, individualizado, íntimo, pessoal, carecia de uma equivalência pecuniária, e, portanto, seriam impossíveis de serem indenizados.

Melo da Silva¹⁵ rebatia com a seguinte indagação: “se for indenizada a perda dos bens materiais, bens que todos têm, porque não indenizar a perda de bens imateriais, ou melhor, a perda de parte do que o homem é?”

Seguindo esta linha de argumentação, temos também José Eduardo Cenci¹⁶, que vê no dano moral um pressuposto ontológico da dor. Nesse mesmo diapasão, Carlos Alberto Bittar¹⁷ define danos morais como uma lesão a certos aspectos da personalidade do homem.

O ponto do debate acerca da consideração sobre os aspectos intrínsecos da personalidade humana, que são atingidos quando da lesão sofrida, merecem um enfoque mais detalhado.

Karl Mannhein¹⁸ vê no processo de formação da personalidade um estágio mais complexo, que poderia ser denominado de interiorização de valores, sendo que a personalidade não seria apenas o aspecto de singularidade do homem, mas, a história de sua vida. Nesse patamar, antevê que nessa história, seja qualquer história, com suas experiências e triunfos, derrotas e vitórias, não há quem possa ser qualificado de tão humilde ou pobre a ponto de nada valer um prejuízo em sua esfera mais íntima.

O indivíduo nunca vive só, está sempre jungido de uma interação social e buscando sua independência em face dos membros da coletividade que faz parte.

¹⁵ SILVA, Wilson Melo da. *Op. cit.*, p. 338.

¹⁶ CENCI, José Eduardo Callegari. Considerações obre o Dano Moral e sua Reparação. *Revista dos Tribunais*, v. 683, p. 46.

¹⁷ BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. *Revista do Advogado*, mar. 1997, p. 26.

¹⁸ MANNHEIN, Karl. O impacto dos processos sociais na formação da personalidade. In: _____. *Homem e sociedade*. São Paulo: Cia. Ed. Nacional, 1976. p. 302.

Nesse diapasão, Miguel Maria de Serpa Lopes¹⁹ assevera que não deve ser esquecido o aspecto de que a vida social, da qual o ser humano faz parte, exige diuturnamente um entrelaçamento entre os componentes dessa coletividade, que derivam justamente dessa relação existente entre seus pares.

A doutrina e o comentário de muitos juízes e operadores de Direito da lavra de Serpa Lopes, que com o esmero de um crítico de arte, não suprimiu seus critérios de qualidade de julgador sensível aos problemas do homem brasileiro de sua época, que estão expressos em sua obra, toda a originalidade, o domínio da técnica jurídica, e a dedicação ao trabalho, renovavam os critérios de avaliação dos danos morais.

A crítica aos julgamentos que usavam o paralelo patrimonial como referencial de reparação dos danos morais, se atrelava ao princípio de que não se via o homem como produto de um meio cultural, social, e de valores intrínsecos, e tão somente o homem sob o aspecto técnico, que tem um valor de mercado, subestimando-o em seu potencial humano e as suas peculiaridades de relacionar-se com o mundo, sem o bom senso de equilibrar a natureza biológica e a natureza existencial.

Desse modo, a reparação do dano moral, começa a ser repensada independente de qualquer repercussão sobre o patrimônio da vítima²⁰:

EMENTA: Caracterizado o dano moral, com a devolução de cheque, nasce, de acordo com o STF, o dever de recomposição do *status quo* ante do lesado, independentemente da comprovação da ocorrência de reflexos patrimoniais” AC 01465286 J.04.08.2000-TRF 1ª. Região. Relator Juiz HILTON QUEIROZ

A jurisprudência atualmente, tem afirmado que o direito existe para garantir e tutelar a existência, a integridade e o desenvolvimento da personalidade humana²¹, e esse desenvolvimento, que tornará possível o homem ser sujeito de direito, sujeito este considerado em seu todo, como um complexo de sua existência física, moral, intelectual, não podendo por esse corolário depauperar-se na esfera dos direitos patrimoniais.

¹⁹ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1995. v. II - *Obrigações em geral*, p. 5.

²⁰ DJ 04.08.2000, p. 56807.

²¹ DJ 29.08.1997, p. 69006.

EMENTA: CIVIL. Responsabilidade Civil. Estabelecimento bancário (caixa econômica federal) garantia fidejussória. assinatura falsa. propositura de ação de execução, sem as devidas cautelas. danos morais. indenização. 1. O estabelecimento bancário que, sem proceder a um exame da assinatura do garantidor, sem adotar as devidas cautelas, ante a alegação de falsidade da assinatura, ingressa com a ação de execução, para logo depois, inclusive, dela desistir, traz transtornos para a vítima, causar-lhe danos, danos morais, pois tal proceder afeta a honra da vítima, sua credibilidade, seu bom nome, sua reputação. 2. O dano moral lesiona um bem jurídico contido nos direitos de personalidade, como o direito a honra. Logo, a propositura de uma ação contra alguém por falta de pagamento atinge sua credibilidade. 3. O dano moral não é avaliado mediante cálculo aritmético ou econômico. Deve-se levar em consideração para seu arbitramento a gravidade objetiva de dano, o vexame causado, a situação social e profissional da vítima, sua personalidade, o seu sofrimento, a situação econômica do ofensor, Relator: JUIZ TOURINHO NETO AC 96.01.35096-9 /AP; APELAÇÃO CÍVEL DJ 29 /08 /1997 P.69006 TRIBUNAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO

No ordenamento social vislumbra-se o indivíduo e o Estado, o ser humano em sua relação com outro ser humano, dentro de diversos subgrupos sociais e familiares Caio Mário da Silva Pereira²² ressalta essa verve, ao escrever que o homem, não importa onde esteja, nunca deixará de estar rodeado de experiências, cuja situação lhe trará sempre imposições, deveres ou obrigações.

O homem é visto dessa forma, voltado para si, e em relação com outras pessoas, carregando, independente da situação que esteja interagindo, seu juízo de valores.

Essa ótica é perceptível na doutrina jusnaturalista, que era a doutrina usada pela minoria dos julgadores dos tribunais superiores desde o início da década de 30, do século passado, e assim conseguiam vislumbrar e fundamentar a admissão da ressarcibilidade dos danos morais em sua inteireza.

A grande dificuldade percebida, ao estudar-se os fenômenos históricos dos julgamentos sobre danos morais, reside no fato de entrever no juiz a concepção de que cada pessoa é um processo em permanente mutação, carregando sua individualidade, um conceito de si, uma moral, que não podendo ser “tabelada”, porque cada pessoa possui essa “singularidade”, não permite que haja meios idôneos de mensuração, e essa dificuldade vai se estendendo e até sendo usada como parâmetro para justificar a negação da indenizabilidade dos danos morais.

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. II, p. 1-2.

A procuradora Dora Ramos²³ seguindo a linha de raciocínio de Carlos Alberto Bittar, assevera que desse modo protegemos também “os direitos da personalidade”, o esteio dos valores mais relevantes do homem e que, devido a essa importância fundamental, devem ser preservados da forma mais eficaz possível.

Mas, para proteger valores intrínsecos, singulares, únicos, há a necessidade imediata de perceber como o juiz se apropria da palavra “dano” e como irá vinculá-lo à “moral”.

Em decorrência desse paralelo muitos juizes irão usar a justificativa para o enquadramento dos danos morais na categoria de “direitos da personalidade”.

Em um acórdão da 2ª. Câmara Civil do Tribunal de Justiça, julgado em 28.11.89, cujo relator era o Desembargador Walter Moraes²⁴ foi suscitado exatamente esse problema, e a pergunta feita era essa: “como, no direito, analisar-se-á de uma forma objetiva a questão dos “danos morais”?”

Para o Desembargador Moraes, o termo “dano” sempre foi e continua sendo tratado como sinônimo de um prejuízo estritamente patrimonial, e assim, ao seu equivalente em dinheiro.

E ao tentar-se qualificar o dano com o sinônimo “moral”, o argumento resistiria?

Aí reside, segundo Norberto Bobbio²⁵, a dificuldade de definir algo como moral, noção que é extremamente problemática quando se quer encontrar indicadores que possam mensurá-la, pois ao definir-se dano moral, surgirá sempre a questão de se estabelecer o que é moral.

Esse problema, na verdade, será a pedra de toque nas polêmicas surgidas entre os juizes, que durante várias décadas discordaram da reparação dos danos morais puros.

Bobbio²⁶ persegue argumentando que até os dias atuais, mesmo estando de

²³ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Responsabilidade civil do Estado por dano moral. *Revista do Advogado*, São Paulo, fev. 1996, p. 56.

²⁴ MORAES, Walter. *Revista dos Tribunais*, v. 650, p. 63.

²⁵ BOBBIO, Norberto. *A era do direitos*. São Paulo: Campus, 1992. p. 53.

²⁶ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 15.

acordo com a definição de dano e o modo de entender a moral, não há indicadores firmes e precisos que possam medir o progresso moral de uma nação, o progresso moral de toda a humanidade, na exata medida que são os indicadores que servem de padrão para mensurar o progresso científico e técnico do mundo.

De maneira genérica, continua, a moral é algo que permite aferir a formação e o crescimento da consciência de um estado de sofrimento, de inteligência, de agruras, de miserabilidade, da falta de felicidade do homem.

Assim os juízes sempre estarão diante de um instituto de difícil definição, como analisa Isidoro H. Gondenber²⁷, ao apontar a função do juiz em restabelecer o equilíbrio da natureza da vida humana:

En este marco conceptual cabe recordar las reflexiones de Mosset Iturraspe en el capítulo Compensación del daño moral, al anotar un fallo de la Cámara Nacional Civil, sala C, donde afirma: 'El daño, sea material o moral, crea un desorden en la relación entre las personas y la reacción de la justicia correctiva y reparadora es la indemnización. Dice con sumo acierto el juez Cifuentes: «Es un beneficio contrapuesto al daño; el único posible, para que se procure una igualación en los efectos. El dinero es un medio de obtener contentamiento, goces y distracciones, para restablecer el equilibrio frente al desequilibrio producido por el ataque a los bienes inmateriales o extrapatrimoniales.

Para o Desembargador Walter Moraes²⁸, pode-se entender o dano moral não como um não dano, na medida que traz já embutido na palavra dano essa noção de desfalque, de estrago, de prejuízos patrimoniais. Nesse condão, dano moral deve ser pensado sob a ótica metafórica de seu sentido, pois tecnicamente o dano moral seria um não dano, na medida que é empregado sem seu sentido patrimonial.

Eis o impasse: se dano refere-se apenas a um prejuízo de ordem patrimonial, no seu sentido jurídico dano moral seria uma categoria absurda, porque o adjetivo moral se caracteriza como sendo relativo ao domínio espiritual, em oposição ao físico ou material. Seriam, portanto, dois institutos ontologicamente antagônicos.

Nesse sentido, o raciocínio do referido Desembargador, entrevê que a categoria dano deve ser empregada de forma metafórica em relação à pessoa, isto

²⁷ GONDENBERG, Isidoro H. *Reparación del dolor; solución jurídica y de equidad*, en *Estudios sobre responsabilidad por daños*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1980. t. I, p. 184.

²⁸ MORAES, Walter. *Revista dos Tribunais*, v. 650, p. 65.

é, despida de sua forma patrimonial, de seu sentido pecuniário, para ir além, entender o dano como lesão de ordem pessoal, e não material.

Em que pese esse esforço metafórico para desnudar totalmente o sentido material do instituto dano, ainda tem-se e vive-se com uma realidade que se mostra oposta²⁹, e nesse ponto, Gondenberg com razão infere que:

A su vez, en el artículo Naturaleza jurídica del daño moral y derivaciones de su concepción, el doctor Santos Cifuentes expresa: 'La denuncia de que se cae en duro materialismo, produce una verdadera contrapartida dialéctica: sería inmoral la pretensión sobre el daño moral. Pero, quizá, mucho más materialista habría de ser la exigencia de dedicar el Derecho Privado a organizar únicamente la vida social en su frontera económica, y dejar en el desorden y a sus propias fuerzas (sin paz y sin justicia), todas las expresivas interioridades de lo más caro del hombre, las del espíritu, tranquilidad íntima y naturaleza afectiva [...] La teoría del daño moral, su generosa y oportuna admisión, es uno de los pilares jurídicos que proyecta un perfil importante en esos respectos' (alude a los valores humanos).

O Direito Civil não pode deixar de organizar-se segundo a expressão mais íntima do homem, cuidando apenas da parte das suas relações econômicas.

O jurista Rubén Stiglitz³⁰ afirma que tem sido comum entender o dano moral como a angústia, o sofrimento, a dor espiritual infringido a vítima de um evento danoso, mas a crítica que se formula é com relação à concepção que se tem, ao inferir-se que é impossível estabelecer os parâmetros dessa dor, verificar a possibilidade de sua existência e a medida de sua intensidade.

Sem dúvida essa tarefa é extremamente difícil, mas, diante de tantas dificuldades corre-se o risco de terminar-se por ver com bons olhos a impossibilidade de reparação do prejuízo moral, fundamentado na "quase impossibilidade" de se auferir o sofrimento da vítima, e assim deixar de "espiritualizar o direito" conforme afirmado por Lomas de Zamora³¹: "*Resarcir los daños morales, aunque sea de modo pecuniario, a falta de otro mejor, no es materializar los intereses morales sino, al contrario, espiritualizar el derecho*".

O problema precípua reside realmente no fato de se estabelecer a intensidade da dor sofrida, da força lesiva dentro da esfera individual, do prejuízo

²⁹ GONDENBERG, Isidoro H. *Estudios en homenaje al Dr. Guillermo A. Borda*. Buenos Aires: Feyde la Ley, 1985. p. 86-87.

³⁰ STIGLITZ, Rubén. *Contratos-teoría general*. Buenos Aires: Ediciones Depalme, 1994. p. 580.

³¹ ZAMORA, Lomas de. Trib. *El daño moral*. Artículo Jurídico -Cuaderno del Derecho. N. 2 -27-4-83, Ed. L. Lab., 1984. p. 330.

causado ao indivíduo no âmbito interno³², da humilhação sofrida, e sua grande repercussão íntima e seus reflexos sociais:

El resarcimiento del daño moral constituye una réplica del ordenamiento por la transgresión culpable de la tutela que otorga la norma al portador del bien personal injustamente menoscabado que se traduce en humillaciones, angustias y sufrimientos que lesionan los intereses morales del sujeto, teniendo en cuenta su gran repercusión en el plano espiritual.

Limongi França³³ não concorda com a asserção de que dano moral seja um sofrimento da alma. Recusa a noção de dano que não pode ser traduzida na esfera patrimonial, ou ainda das idéias de que são lesões sofridas no patrimônio de valores, ideais, éticos. Embora não chegue a explicar sua discordância, propõe o conceito de que o dano moral deve ser visto direta ou indiretamente sob o aspecto não econômico dos seus bens jurídicos.

Neste registro, joga com uma contraposição: a moral é tudo aquilo que pode ser enquadrado como sendo não patrimonial, idéia que não justifica nem explica a categoria de dano moral. Tampouco oferece uma crítica consistente aos doutrinadores que entendem estar o dano moral vinculado aos sofrimentos subjetivos.

Retomando Bittar³⁴, pode-se entender que a concepção de dano moral é vista como um dano aos direitos da personalidade, pois é através desses direitos que as pessoas se apresentam, se movimentam, e se afirmam no convívio social, e assim, um prejuízo a certos componentes desses direitos da personalidade, repercute intensamente nessa esfera social.

A preocupação primacial do tema que cerca a indenizabilidade dos danos morais é perceber claramente o que é moral, e posteriormente, vincular esse conceito ao instituto do dano, sem perder a polaridade com a estrutura histórica da época sob análise.

Em que pese a ousadia de tal empreitada, mister se faz a colocação nesse patamar da discussão travada nos tribunais que vise esclarecer ou pelo menos traçar uma função informativa e analítica com relação a conduta do judiciário, quanto

³² GONDENBERG, H. I. *Op. cit.*, p. 32.

³³ FRANÇA, Limongi. Reparação do dano moral. *Revista de Processo PGE*, São Paulo, jun. 1990, p. 181.

³⁴ FRANÇA, Limongi. *Op. cit.*, p. 53-54.

a investigar os danos morais.

Serão os danos morais aceitos de forma arbitrária pelo tribunal, ou requer uma fórmula a ser seguida pelos julgadores?

O tribunal terá livre³⁵ arbítrio para mensurar o valor da indenização do dano moral, inclusive agindo como controlador do patamar desses valores, impedindo que exorbitem suas importâncias pecuniárias, como no seguinte acórdão:

EMENTA: Ao juiz é permitido proferir o julgamento antecipado da lide quando a prova já se apresentar suficiente para a decisão e a designação de audiência se mostrar de todo desnecessária. O valor da indenização por dano moral não pode escapar ao controle do Superior Tribunal de Justiça (Resp n. 53.321/RJ, Min. NILSON NAVES)

Além disso, a interpretação com relação ao dano que provocou a lesão de ordem moral, segundo entendimento dominante dos tribunais superiores, que deve entender a pessoa lesionada em seu íntimo, de forma comprovada, porque o homem conforme explica Emile Durkheim³⁶, forma assim uma análise à respeito das coisas com as quais vive, e no caso, os juízes vivem julgando, e assim, necessitam de provas confirmativas para daí tirarem noções e conclusões que lhe dê certeza do aspecto verdadeiro do fato sob análise.

Como no julgado abaixo³⁷:

EMENTA: É monótona a jurisprudência da Corte no sentido de que 'a empresa tem obrigação de manter e cuidar da linha férrea, incluída a cerca apropriada, escapando, apenas, aquelas situações em que a prova dos autos levou o Juiz a firmar sua convicção sobre a culpa exclusiva da vítima' e, ainda, de que é responsável civilmente 'a empresa ferroviária que se omite nas medidas de segurança exigíveis, como é o caso da conservação de muros e cercas ao longo da ferrovia'. 2. A juntada de cópias da CTPS da vítima na réplica, objeto de memorial da empresa ré, e que não foram essenciais para a fixação do valor da indenização, a material em valor inferior a um salário mínimo e a moral de acordo com o prudente arbítrio do Juiz, não ofende qualquer dispositivo de lei federal 3. Assentou a Corte ser inadmissível 'a determinação ao julgador para que dê realce a esta ou aquela prova em detrimento de outra. O princípio do livre convencimento motivado apenas reclama do juiz que fundamente sua decisão, em face dos elementos dos autos e do ordenamento jurídico' Resp.309.612.DJ 05.11.2001. Relator Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO.

Como ser humano o juiz é impelido a aprofundar sua visão de homem, orientando-se em um sistema de informações multividentes, no qual a sua crença, a

³⁵ Jurisprudência do Boletim da AASP.

³⁶ DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. 9. e. [s.l.]: Ed. Melhoramentos, 1978. p. 36.

³⁷ DJ 05.11.2001, p. 00110.

sua formação, certamente fará luz sobre dois pontos, no momento da interpretação da norma, e na aplicação dessa norma ao caso concreto³⁸:

EMENTA: O arbitramento da indenização de dano moral é da exclusiva alçada do juiz, que nem deve submetê-la a peritos nem pode diferenciá-la para a liquidação de sentença. Resp.198.458. Rel. Ministro ARI PARGENDLER. J. 28.05.2001

Segundo, ao realizar sua função de árbitro, o juiz terá uma maneira única de elaborar seus conceitos³⁹, porque o juiz não pode ficar sem formular e reformular suas idéias, sobre a família, os valores, sobre a própria sociedade e seu papel enquanto cidadão, porque isso é a sua existência de ser humano, produto dessa atividade organizacional que permite ao indivíduo viver em conjunto. Os detalhes da vida social transbordam na consciência das pessoas, e a do juiz não foge a essa maneira de desenvolver a relação do direito e da ética e de explicar os fenômenos sociais. Vê-se no seguinte julgado:

EMENTA: O direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia. II - A utilização da imagem de cidadão, com fins econômicos, sem a sua devida autorização, constitui locupletamento indevido, ensejando a indenização. III - O direito à imagem qualifica-se como direito de personalidade, extrapatrimonial, de caráter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada IV - Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano. O dano é a própria utilização indevida da imagem, não sendo necessária a demonstração do prejuízo material ou moral. V - A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento sem causa, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso” Resp.267.529 J 03.10.2000. Relator Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. STJ.

O significado da realidade, e seus nexos gnosiológicos do pensamento prático, que muitas vezes não serão transparentes e imediatos como o pensamento teórico, porque são mediatizados pela situação, como existência interpretativa, como bem esclarece o Ministro Ruy Rosado de Aguiar⁴⁰, que atento a política sócio

³⁸ JBCC, v. 00191, p. 00350.

³⁹ JBCC, v. 00187, p. 00407.

⁴⁰ LEXSTJ, v. 00139, p. 00185.

econômica dos fatos sob julgamento, conduziu a idéia de moral não em relação a matéria patrimonial, cercando-se apenas da idéia de fatos vistos como coisas, mas, serviu-se da construção racional jurídica da ética e do justo, e assim percebeu a vida social da vítima como desenvolvimento atingida pela realidade dos fenômenos em sua inteireza, construindo novos conceitos apropriados à necessidades daquele fato que envolvia o autor da demanda:

EMENTA: Valor do dano moral. Início do pensionamento. Dispensa da formação do capital. Valor do dano moral. Aplicação da cláusula geral do art. 159, CC. Definição da norma de conduta. Honorários advocatícios.- Não há omissão no acórdão proferido nos segundos embargos de declaração que deixa de apreciar a questão da incompetência da Justiça Comum para julgar ação de indenização de dano provocado em acidente no trabalho, se somente depois disso é suscitada nos autos. - Proposta a ação com base no direito comum, assim pode ser deferido o pedido indenizatório, sem ofensa ao art. 264 do CPC. - A definição do alcoolismo do autor como decorrência da sua obrigação de ingerir diariamente considerável quantidade de álcool decorreu do exame da prova dos autos, por testemunhas e perícias. Para isso, independia de previsão na tabela da Previdência Social. - A estipulação do valor da indenização por dano moral, que pode ser revista neste Tribunal quando contrariar a lei ou o bom senso, não está restrita aos critérios do Código Brasileiro de Telecomunicações ou da Lei de Imprensa. Porém, no caso, o valor deve ser reduzido de cinquenta para doze vezes a remuneração do autor. Vencido, nessa parte, o Relator. - Para a definição da culpa como elemento da responsabilidade prevista no art. 159 do CCivil, deve o juiz definir previamente qual a regra de cuidado que deveria ter sido obedecida pelo agente naquelas circunstâncias, pois assim o exige a técnica apropriada à aplicação da cláusula geral, classificação a que pertence o referido art. 159. Assim procedendo, a eg. Câmara fez exemplar aplicação da técnica judicial e não violou a lei, muito especialmente não causou ofensa ao disposto nos arts. 126 e 127 do CPC, sequer empregou juízo de equidade, como alegou a empresa recorrente. - Culpa da empresa de cervejas, que submeteu o seu mestre-cervejeiro a condições de trabalho que o levaram ao alcoolismo, sem adotar qualquer providência recomendável para evitar o dano à pessoa e a incapacidade funcional do empregado. - Desnecessidade de formação de capital, bastando a inclusão em folha de pagamento, considerando-se o porte da devedora. - O pensionamento deve iniciar com a data do evento, este definido como sendo o dia a partir do qual teve reduzida a sua remuneração, passando a receber auxílio-doença; da mesma data devem ser contados os juros, tratando-se de ilícito absoluto. - O valor da pensão corresponde ao da perda decorrente da incapacidade para o exercício da profissão que desempenhou até aquela data. A possibilidade de desempenhar outro serviço, além de ser remota - considerando-se as condições pessoais do autor e da economia, com aumento da taxa de desemprego - não deve servir para diminuir a responsabilidade da empresa que causou o dano. (Resp. 242.598 J. 16.03.2000 Ministro Relator RUY ROSADO DE AGUIAR).

Percebe-se dessa forma, que os tribunais entendem a moral como um conjunto das normas para o agir específico ou concreto, e definem seu objeto, na compreensão das propriedades exteriores, e pela sensação dessa exterioridade, que diferenciam do entendimento vulgar de dano moral, e assim o grau de

objetividade utilizado no momento de aferição dos prejuízos de ordem moral⁴¹ 42 , pelos juízes, só podem ser qualificados e por conseguinte, reparados, se as combinações de suas contingências gerarem uma situação anormal, e por comparação, das circunstâncias expostas no processo, se são constituídas e se estendem de maneira que foge do padrão da coexistência social.

EMENTA: O STJ cancela indenização imposta à Fiat por erro na emissão de nota fiscal de venda de veículo. A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça suspendeu a indenização por dano moral, no valor de 100 salários mínimos, que a Fiat Automóveis S/A foi condenada a pagar ao advogado João Pedro Alves, de Niterói (RJ), por erro na emissão da nota fiscal de venda do Fiat Tempra comprado por seu filho. Na nota fiscal constou número referente ao chassi diferente daquele gravado no automóvel. A falha só foi notada quando, depois de comprar o veículo do primeiro dono, o filho de João Pedro tentou transferir o seguro do carro do pai para o seu. A seguradora recusou-se a fazer a transferência depois de constatar que o número do chassi gravado no automóvel não coincidia com o registrado no DUT. Na venda de carros zero quilometro, é usual que o Detran emita o DUT com base no número do chassi constante da nota fiscal. A concessionária Fiat, Mottora Veículos Peças e Serviços Ltda., que vendeu o Tempra ao primeiro dono, encaminhou ofício à Nacional Companhia de Seguros, no qual admitiu o equívoco mas nem isso levou a seguradora a efetuar a transferência. João Pedro Alves e seu filho moveram então ação de indenização contra a Fiat e a Nacional Companhia de Seguros com objetivo serem reparados pela situação vexaminosa por que passaram. Pediam que a Fiat fosse condenada a ressarcir o pai em 250 salários-mínimos a título de danos morais. O filho pediu ressarcimento por danos materiais (250 salários-mínimos) já que foi obrigado a fazer novo seguro e arcar com despesas de retificação do DUT junto ao Detran e ainda 500 salários-mínimos como indenização por dano moral. Da Nacional Companhia de Seguros, pai e filho cobraram indenização por danos morais de 250 e 500 salários-mínimos, respectivamente. A ação foi julgada parcialmente procedente em primeiro grau contra a seguradora, que foi condenada a ressarcir os danos morais e a efetivar a parcela liberatória do veículo até o final do contrato de seguro. Quanto à Fiat, a ação foi julgada improcedente. Seguradora e autores apelaram ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. A primeira conseguiu que fosse afastada a condenação referente aos danos morais. Os autores da ação conseguiram, em segunda instância, que a Fiat fosse condenada a indenizar o pai em 100 salários-mínimos por danos morais e o filho por danos materiais, no valor do seguro efetuado junto a outra companhia. A Fiat recorreu então ao Superior Tribunal de Justiça alegando que não foi provado a existência dos danos material e moral. Relator do recurso, o ministro Cesar Rocha afirmou que meros dissabores não podem ser alçados ao patamar do dano moral, sob pena de sua banalização. "Só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústias e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral", destacou o ministro. "Até admito que, num primeiro momento, possa ter pairado nos espíritos um sentimento de desconfiança com relação aos autores da ação, mas logo deve ter sido afastado com a declaração prestada pela própria Fiat, assim que foi notificada do problema" afirmou o ministro, ao dar parcial provimento ao recurso da Fiat e suspender a condenação por dano moral em 100 salários-mínimos. Seu voto foi

⁴¹ DJ, 29/10/2001, p. 00208.

seguido pelos demais ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça'. (Processo: RESP 215666, 03.07.2001).

O debate no judiciário, em torno da indenização por dano moral, consiste, para aqueles que vêem a possibilidade de sua reparação, em fazer prevalecer os instintos sociais sobre os impulsos individuais aproximando a boa convivência dos indivíduos entre si⁴², infere-se que a justificativa de tal assertiva paira no conceito de Leôncio Basbaum⁴³, quando frisa que o homem enquanto ser social perde sua consciência individual, sua personalidade e sua identidade, a sua vontade acaba sendo suplantada pela consciência social, que faz parte do próprio desenvolvimento da história na sociedade humana, no qual o homem é afetado por esse processo.

EMENTA: 'Adotando nosso sistema processual civil o princípio do livre convencimento motivado, não está o Juiz adstrito ao laudo pericial apresentado em juízo, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos. 2. Reconhecido motivadamente pelo Tribunal de origem a presença do nexo etiológico entre a lesão sofrida pelo militar e as atividades a que habitualmente era submetido dentro da corporação, bem como a incapacidade permanente para o exercício da atividade militar, infirmar essa conclusão exige o revolvimento de matéria fática, inviabilizado na via eleita pelo óbice da Súmula 07/STJ. Reforma que deve ser mantida. 3. Segundo precedentes desta Corte, 'em face dos manifestos e freqüentes abusos na fixação do quantum indenizatório, no campo da responsabilidade civil, com maior ênfase em se tratando de danos morais, lícito é ao Superior Tribunal de Justiça exercer o respectivo controle' (Resp 215.607/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ 13/09/1999). 4. A indenização, em caso de danos morais, não visa reparar, no sentido literal, a dor, a alegria, a honra, a tristeza ou a humilhação; são valores inestimáveis, mas isso não impede que seja precisado um valor compensatório, que amenize o respectivo dano, com base em alguns elementos como a gravidade objetiva do dano, a personalidade da vítima, sua situação familiar e social, a gravidade da falta, ou mesmo a condição econômica das partes. 5. Arbitrado sem moderação, em valor muito superior ao razoável, imperiosa a redução do valor devido à título de danos morais, dentro dos critérios seguidos pela jurisprudência desta Corte' (RESP. 239.973. J. 12.06.2000. Ministro Relator EDSON VIDIGAL, STJ).

Na década de 60 observa-se que a reparação dos danos morais afirma-se, em consequência da doutrina nacional da lavra de Aguiar Dias e do Ministro Orozimbo Nonato, que abre-se a possibilidade dos operadores do Direito em tomar uma posição mais definida e segura em torno do problema da natureza e do alcance dos danos chamados morais, enquanto que a questão de sua reparabilidade ainda não consegue ser resolvida de maneira pacífica.

Os juízes sempre buscaram, e continuam buscando nessa seara, um

⁴² JSTJ, v. 00018, p. 00341.

⁴³ BASBAUM, Leôncio. *Alienação e humanismo*. São Paulo: Ed. Fulgor, 1967. p. 24.

rompimento com as estruturas rígidas da positividade normativa, para que esse fenômeno jurídico, o dano moral, seja acolhido de forma a perceber o homem enquanto ser social e comunitário, além de portador de direitos e deveres fundamentais, uma condição que transcende o entendimento comum e busca no plano jurídico, em suas mais diversificadas constituições, o seu respaldo.

A pessoa humana possui um signo, um significado em seus direitos e deveres como cidadão que vem sendo cristalizado institucionalmente de forma geral, mundial, desde a Revolução Francesa, até os dias atuais, e não há quem possa negar essa vertente jurisprudencial da condição de ser humano.

A dificuldade, encontrada pelos julgadores, em definir danos morais e principalmente, em abalizá-los, é percebida ao se tentar buscar uma resposta que estabeleça parâmetros rígidos e conhecidos.

A relutância dos tribunais de anteverem o conflito entre o cidadão, nesse caso não só da pessoa, mas, do próprio julgador, que enquanto sujeito tem interesses próprios por conta do qual torna-se único, diferenciado dos demais, e o sujeito coletivo, entendido aqui como transcendente dessa condição individual de sua diferenciação mútua como pessoa.

Para decidir de forma a estabelecer uma igualdade formal de todo cidadão, como sujeito de direitos e deveres, juízes atuais, como da lavra da Dra. Rosa Maria Barreto B. Andrade Nery, de São Paulo, são detentores de uma nova missão: colocar-se na posição do ofendido em sua moral para poder sentir o sofrimento da vítima, e dessa forma abalizar a reparação que melhor se aproveita ao caso concreto.

Toda decisão que envolva uma reparação moral é uma decisão urgente e eficaz. Alguns operadores do direito têm-se mostrado, através de seus julgados, preocupados com as mudanças sociais no interior das instituições jurídicas, de sorte que agem de forma ética ao formarem uma convicção coerente e prática, admitindo por vezes o estudo mais profundo do prejuízo moral para sua reparação justa. Como no seguinte acórdão⁴⁴:

EMENTA: Fixação do dano moral. Montante compatível com o salário da empregada-vítima, com a possibilidade de adimplemento da obrigação pela

⁴⁴ 2º. Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (jurisprudência selecionada - Home Page Oficial).

ré e com o grau de comprometimento psíquico que o dano tenha acarretado aos autores. Sentença parcialmente reformada. Majoração do valor necessário para amenizar o abalo moral que a perda da genitora ocasionou a seus quatro filhos menores, separados da convivência familiar. (Ap. s/ Rev. 606.234-00/7 - 3ª Câ. - Rel. Juíza ROSA MARIA DE ANDRADE NERY - J. 14.3.2000).

Apesar do reconhecimento indiscutível atualmente dos danos morais, como danos à pessoa, à personalidade, à esfera íntima, aos direitos e garantias individuais, agasalhado pela Constituição Federal de 1988, embora já defendido desde 1917 pelo Código Civil, art. 159, principalmente, e no novo Código Civil, os juízes no momento de aferirem e de estabelecerem padrões pecuniários de ressarcibilidade, mostram que as complexas relações que envolvem esse fenômeno, continuam sendo alvo de discussão sobre a questões insolúvel da reparação dos danos morais por via de reflexo aos danos patrimoniais.

Muitos julgadores estendem a noção de dano moral ao campo das lesões a bens de ordem econômica, contrapondo assim a idéia de material e objetividade a dor, sofrimento, angústia, que são meras sensações aflitivas.

Vários julgados apontam que não há necessidade de ser comprovada, nos autos, a ofensa à integridade psicológica da vítima⁴⁵:

EMENTA: Os danos morais não precisam de comprovação, vez que ligados ao sofrimento que pessoa honesta sente ao encontrar seu nome no cadastro de pessoas impontuais. Assim, na hipótese de constatada a culpa do réu pelo ato indevido, ao inocente é devida indenização. Para a fixação da indenização por danos morais, ao magistrado incumbe considerar as circunstâncias do caso, a gravidade da repercussão do fato e as condições sócio-econômicas das partes. (Ap. c/ Rev. 622.102-00/0 - 11ª Câ. - Rel. Juiz MENDES GOMES - J. 5.3.2001-CLÁUDIO ANTONIO SOARES LEVADA - "Liquidação de Danos Morais", 2ª ed., pág.53-anotação no mesmo-sentido:AI 605.010-00/6 - 10ª Câ. - Rel. Juíza ROSA MARIA DE ANDRADE NERY-J.9.5.2001Ap. c/ Rev. 618.430-00/3 - 7ª Câ. - Rel. Juiz PAULO AYROSA - J. 30.10.2001).

Essa conduta embora majoritária, ainda encontra uma certa resistência na sua aplicação, pois, alguns juízes vêem a necessidade da exposição minudente do autor, na exordial, dos prejuízos que acarretaram a lesão, e a sua demonstração, em uma seqüência de elementos fortes bastante para assegurarem ao julgador uma tutela fundamentada em notórios gravames à vítima, em sua esfera íntima, descritos em sede inicial.

⁴⁵ 2º. Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (jurisprudência selecionada - Home Page Oficial).

Como afirma o Ministro Aldir Passarinho Júnior⁴⁶, no Agravo Regimental 344.673 de 05.11.2001:

EMENTA: Civil e Processual. Ação De Indenização. Recurso Especial. Agravo de Instrumento. Matéria De Fato. Súmula N. 7-Stj. Sucumbência Recíproca Não Configurada. Súmula N. 83-STJ.I. 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial' - Súmula n. 7/STJ.II. 'Dada a multiplicidade de hipóteses em que cabível a indenização por dano moral, aliado à dificuldade na mensuração do valor do ressarcimento, tem-se que a postulação contida na exordial se faz em caráter meramente estimativo, não podendo ser tomada como pedido certo para efeito de fixação de sucumbência recíproca, na hipótese de a ação vir a ser julgada procedente em montante inferior ao assinalado na peça inicial. Proporcionalidade na condenação já respeitada, porquanto a par de estabelecida em percentual razoável, se faz sobre o real montante da indenização a ser paga. Precedentes. III. Agravo improvido.

Dada a multiplicidade de hipóteses em que é cabível a indenização por dano moral, aliado à dificuldade na mensuração do valor do ressarcimento, tem-se que a postulação contida na exordial de todo processo por indenização de danos morais, se faz em caráter meramente estimativo, não podendo ser tomada como pedido certo para efeito de fixação de sucumbência recíproca, na hipótese de a ação vir a ser julgada procedente em montante inferior ao assinalado na peça inicial.

O critério utilizado por alguns julgadores para que possam verificar a existência dos danos morais e para que possam mensurá-lo se faz provados o fato e as circunstâncias que causaram o prejuízo moral⁴⁷:

EMENTA: A indenização por danos morais pleiteada não pode ser concedida, posto não evidenciada a conduta ilícita que poderia ter gerado mal-estar, ou de outro modo, não restaram provados os resultados nefastos que o agir da seguradora pudesse ter ocasionado na família do falecido, ora autores. (Ap. c/ Rev. 604.687-00/0 - 10ª Câmara. - Rel. Juíza ROSA MARIA DE ANDRADE NERY - J. 9.5.2001-2ª. TACivil de São Paulo).

Assim, para o reconhecimento do dano extrapatrimonial se exige a prova do desconforto, da dor ou da aflição⁴⁸:

EMENTA: Provado dano auditivo expressivo no obreiro, a prejudicar sua vida social, e demonstrados nexos causal e culpa da empregadora pelo evento, é cabível indenização material e moral ao trabalhador, este último aspecto pela perturbação emocional e psíquica decorrente logicamente da surdez parcial, a diminuir sua auto-estima e o próprio prazer pela vida. (Ap. c/ Rev. 562.820-00/0 - 10ª Câmara. - Rel. Juiz SOARES LEVADA J.16.8.2000 Portaria nº 3214/78, NR 6 - Normas Relativas à Segurança, Higiene e

⁴⁶ DJ, 05/11/2001, p. 00120.

⁴⁷ 2º. Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (jurisprudência selecionada - Home Page Oficial).

⁴⁸ 2º. Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (jurisprudência selecionada - Home Page Oficial).

Medicina do Trabalho FRANCISCO ANTÔNIO DE OLIVEIRA - "Comentários aos enunciados do TST", RT, 2ª ed.pág.6IIITAC-Ap.s/Rev.nº584.631-00/5 ANOTAÇÃO No mesmo sentido Ap. c/ Rev. 597.703-00/0 - 10ª Câmara. - Rel. Juíza ROSA MARIA DE ANDRADE NERY - J. 4.4.2001-2 a . TACivil de São Paulo).

Alguns julgadores afirmam que são admitidos através de um juízo da experiência, a prova da aflição, segundo entendimento do Ministro Barros Monteiro⁴⁹:

EMENTA: Responsabilidade Civil. Transporte Aéreo. Atraso De Vôo Internacional. Dano Moral. Prova Do Prejuízo. Fixação Do "Quantum" Indenizatório.- Provados o fato e as circunstâncias pessoais do viajante, para o reconhecimento do dano extrapatrimonial não se exige a prova do desconforto, da dor ou da aflição, que são admitidos através de um juízo da experiência. Precedente da Quarta Turma. - Fixação do montante indenizatório que não ofende as disposições da Convenção de Varsóvia ou da lei. Recurso especial não conhecido. (Recurso Especial de n. 234472/SP reg.1999/0093064-9, julgado em 19.03.2001).

Nessa cadência está estabelecido o critério da aferição dos danos morais sem questionamento acerca de prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado assim o fato, segundo o Carlos Alberto Menezes Direito⁵⁰:

EMENTA: Indenização de direito comum. dano moral. prova. Juros moratorios. Sumula n. 54 da Corte.1. não ha falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam provado assim o fato, impõe-se a condenação, sob pena de violação ao art. 334 do código de processo civil. 2. na forma da sumula n. 54 da corte, os juros moratorios nestes casos contam-se da data do evento. 3. recurso especial conhecido e provido, em parte. (Recurso Especial de n. 86271/SP 1996/0003800, julgado em 09.12.1997).

O dano moral não depende de prova, basta a configuração do fato que o causou, causando transtorno íntimo, sentimento de indignação, suficientes para amparar a reparação pedida, segue assim esse entendimento que pode ser averiguado o dano moral, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito⁵¹:

EMENTA: Responsabilidade civil. Negativa de embarque. Dano moral e dano material. Julgamento ultra petita. 1. Considerando o Acórdão recorrido que está demonstrada a culpa da empresa ré, que se negou a aceitar bilhete de outra empresa, após ter realizado o transporte com o mesmo bilhete no trecho inicial, não há falar em violação aos artigos 1º e 246 do Código Brasileiro de Aeronáutica. 2. O dano moral não depende de prova, bastando configurado o fato que o causou, no caso, a negativa de embarque

⁴⁹ DJ, 19/03/2001, p. 00114.

⁵⁰ DJ, 09/12/1997, p. 64684.

⁵¹ DJ, 13/08/2001, p. 00149.

alcançando menores, após confirmada a reserva, quando já se encontravam os passageiros no aeroporto, causando transtorno íntimo, sentimento de indignação, suficientes para amparar a reparação pedida. 3. Condenada a empresa ré em valor superior ao pedido da inicial, está caracterizado o julgamento extra petita. 4. Recurso especial conhecido e provido, em parte. (Recurso Especial 2000/0054897-9, julgado em 13.08.2001).

Nesses moldes patenteia-se a ocupação primeira do judiciário não apenas com a conduta individual, mas, como todos os indivíduos são tratados pelas instituições públicas e sociais. E nessa busca não há que se falar em provas consistentes de prejuízos a uma determinada pessoa, mas, o feitio do prejuízo que poderá ser um perigo em potencial para a sociedade em geral.

O Relator Ministro Cláudio Santos⁵², afirma que é desnecessária a demonstração de que a perda de um membro inferior acarreta grave sofrimento, além de eventuais prejuízos econômicos, essa consequência é da natureza das coisas, de ciência comum, demonstrando nesse patamar, que o juiz como o homem contemporâneo:

EMENTA: Dano moral – prova- desnecessária a demonstração de que a perda de um membro inferior acarreta grave sofrimento, além de eventuais prejuízos econômicos. Essa consequência é da natureza das coisas, de ciência comum. juro - ilícito absoluto - delito. nos termos do artigo 962 do código civil, fluem os juros a partir da data do fato. (Recurso Especial n. 17073/MG 1992/0000640-0 julgado em 23.11.1992).

No voto do Ministro Eduardo Ribeiro é patente a assertiva que se autorizado fosse uma demonstração de dano moral, no fato de alguém ter perdido um membro inferior, seria no mínimo uma prova “diabólica” segundo a exata definição dada pelo Ministro Santos, pois a indenização está condicionada à prova daquilo que todos sabem que é verdadeiro.

Na verdade, o julgador quando aprecia o pleito de danos morais pela perda de um bem, não pode desconsiderar o raio de abrangência dos efeitos oriundos da ação lesiva com relação aos prejuízos causados pela lesão da moral, manifestam-se os tribunais atualmente, afirmando que na concepção moderna da reparação do dano moral prevalece a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto.

⁵² RTJE, v. 00119, p. 00093.

Nesse registro o Ministro do Supremo Tribunal Federal Ilmar Galvão⁵³:

EMENTA: Constitucional. dano moral. indenização cumulada com o dano material. artigo 5º, incisos v e x, da constituição federal. A nova Carta da República conferiu ao dano moral status constitucional ao assegurar, nos dispositivos sob referência, a sua indenização quando decorrente de agravo à honra e à imagem ou de violação à intimidade e à vida privada. A indenização por dano moral é admitida de maneira acumulada com o dano material, uma vez que têm pressupostos próprios, passando pelo arbítrio judicial tanto na sua aferição quanto na sua quantificação. De outra parte, se o acórdão recorrido teve por comprovada a lesão de ordem moral, que envolve conceito inerente ao sentimento, entendendo reclamar ela indenização cumulável com a decorrente de dano material, esse aspecto não cabe ser analisado na instância extraordinária, tendo em vista que seria necessário adentrar-se no exame de parâmetros da razoabilidade, por via da aferição de fato, insuscetível de ser feita na via do recurso extraordinário. Recurso não conhecido. (Recurso Extraordinário 192593 Publicação DJ DATA-13-08-99 PP-00017 EMENT VOL-01958-04 PP-00661).

Afirma, o Ministro Galvão, que a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º ampliou e elevou o status do dano moral ao dispor, no âmbito das garantias constitucionais, sobre a obrigação de indenizar por danos morais, declarando ainda a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização por danos morais e matérias.

Nos dias atuais, uma das tônicas, que geram discordâncias nos tribunais, tem sido as relações de consumo, e em especial as relações contratuais, que se avolumam em ordem geométrica, e trazem consigo também a problemática questão dos danos morais quanto à falta do exercício do compromisso assumido em sua decorrência.

O incumprimento contratual geraria o dano moral, segundo nossos tribunais? Qual a visão e a apreensão do sentido de dano moral nessa relação?

Nem sempre casos de descumprimento de acordo geram indenizabilidade por danos morais, como no acórdão abaixo, cujo Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira⁵⁴, assim fundamenta seu voto:

EMENTA: Civil e processual civil. direito de autor. Descumprimento contratual. dano Moral. inoocorrência em regra. situação excepcional não caracterizada. prescrição. termo inicial. cautelar de antecipação de prova.efeito interruptivo. Medida preparatória de ação indenizatória. cpc, arts. 219 e 846. recurso parcialmente provido. i - o inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. embora a inobservância das cláusulas

⁵³ In RTJ, n. 162, p. 1093.

⁵⁴ DJ, 01/10/2001, p. 00220.

contratuais por uma das partes possa trazer desconforto ao outro contratante - e normalmente o traz - trata-se, em princípio, do desconforto a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade. com efeito, a dificuldade financeira, ou a quebra da expectativa de receber valores contratados, não tomam a dimensão de constranger a honra ou a intimidade, ressalvadas situações excepcionais. ii - na sistemática do código de processo civil de 1973, a cautelar de antecipação de prova interrompe a prescrição quando se tratar de medida preparatória de outra ação, tornando inaplicável, nesses casos, o verbete sumular nº 154/STF, editado sob a égide do CPC/1939. recurso especial de n. 1999/0007836-5 de 01.10.2001 Resp 202564/RJ. (Recurso Especial 1999/0007836-5).

Observando sobre o inadimplemento do contrato, afirma que por si só pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade.

Embora a inobservância das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto ao outro contratante - e normalmente o traz - trata-se, em princípio, do desconforto a que todos podem estar sujeitos, pela própria vida em sociedade.

O juiz ao dar uma sentença ele é obrigada a fazer uma escolha dos valores que já traz dentro de si de forma hierarquizada, como uma pessoa comum, e priorizará uma determinada posição, nesse leque de opções.

Nessa construção teórica, há necessidade do magistrado em fazer sua escolha dentre tantos valores conhecidos, não rejeitando as demais probabilidades, mas, também sabendo sujeitar a sua escolha à imprevisibilidade do resultado.

Com efeito, a dificuldade financeira, ou a quebra da expectativa de receber valores contratados, não tomam a dimensão de constranger a honra ou a intimidade, ressalvadas situações excepcionais. A votação do julgado sob comento foi unânime, com ressalva do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, que ponderou sobre a possibilidade de ocorrer os danos morais em determinadas situações, que não era o caso dos autos sob julgamento.

Esposando esse entendimento, o Ministro Ruy Rosado, precursor da visão atual sobre danos de ordem moral, pelo fato de conhecer exatamente sua posição e a relevância social de seu desempenho na magistratura nacional, concebe a sociedade como um sistema de meios instituídos pelos homens, tendo em vista certos fins, e é do indivíduo que emanam as idéias e as necessidades que determinam a formação desse núcleo social.

Afirma, o Ministro Ruy Rosado, que no caso das relações envolvendo contratos bancários de cheque especial, corriqueiro nos dias atuais, deve ser visto sob o seguinte ângulo: o Banco que recusa o pagamento de cheque especial sob a indevida alegação de falta de fundos está obrigado a reparar o dano moral sofrido pelo correntista, sem amparo legal de que havia sido rompida, anteriormente, a relação contratual de forma unilateral, justificado pela Instituição Financeira como conhecida de antemão pelo correntista quando da assinatura do contrato.

A existência do dano, segundo se entrevê no julgamento prolatado pelo Ministro Ruy Rosado⁵⁵, deriva da visão ampla que tem de operador do Direito, do corolário das situações vividas, do fenômeno social concebido em sua totalidade.

Conseguiu perceber que as obrigações mais corriqueiras cumpridas pelo homem médio, como pagar suas contas, fazer compras, extrair seu saldo bancário, assinar os papéis de adesão no Banco para ter uma conta corrente, o faz sem ler, mecanicamente, coercitivamente, e serve-se desse modo de um sistema de signos para exprimir o que é a sociedade e as pessoas em que nela vivem.

Essa organização social funciona independente do modo como as pessoas fazem ou não uso desses meios. Ao violar-se as regras impostas por esse sistema, a pessoa acaba sendo coagida a reparar sua conduta. No caso das Instituições bancárias, o exemplo torna-se claro, quando o Ministro Ruy Rosado descreve acerca da reparação do dano moral do correntista:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. Banco. Devolução indevida de cheque. Dano moral.- O banco que recusa o pagamento de cheque sob a indevida alegação de falta de fundos está obrigado a reparar o dano moral sofrido pelo correntista. A existência do dano decorre de juízo da experiência, fundado no que normalmente ocorre em tais situações. - A alegação de que cláusula contratual autorizava o cancelamento do cheque especial independentemente de aviso ficou superada com a verificação do fato de que não houve tal rescisão. De qualquer forma, tem o correntista o direito de ser informado da extinção do contrato de cheque especial, diante da gravidade dos efeitos que decorrem da emissão de novos cheques pelo cliente, que confiava na continuidade do contrato. - O CDC incide sobre o contrato bancário de conta corrente com cheque especial. Recurso não conhecido. (Recurso Especial 2001/0011210-2, julgado em 29.10.2001).

Essa visão do dano moral, quanto aos reflexos do incumprimento contratual, não é compartilhada por todos ministros do Superior Tribunal de Justiça, como no

⁵⁵ DJ, 29/10/2001, p. 00210.

caso do Ministro Ari Pargendler⁵⁶:

EMENTA: CIVIL. DANO MORAL. INEXISTÊNCIA. A inadimplência do contrato se resolve em perdas e danos, sem que o aborrecimento que daí resulte à parte pontual caracterize dano moral. Agravo regimental não provido” - n. 303.129, julgado em 28.05.2001.

Esposa a orientação contrária do Ministro Ruy Rosado, ao entrever que a inadimplência do contrato se resolve em perdas e danos, sem que o aborrecimento que daí resulte à parte pontual caracterize dano moral.

Em seu voto, afirma que os danos morais resultam apenas de atos ilícitos absolutos, sendo certo que a conduta inconveniente de um contratante, ou mesmo a inadimplência desse, se resolve em perdas e danos, caso contrário, qualquer infração contratual implicaria em danos morais, sendo certo que a parte prejudicada pela falta do cumprimento do ajuste fica indubitavelmente aborrecida, mas esse sentimento não ascende ao nível do dano moral.

Consoante o entendimento do Ministro Relator Waldemar Zveiter⁵⁷:

EMENTA: Civil. Dano Moral. O inadimplemento contratual implica a obrigação de indenizar os danos patrimoniais; não, danos morais, cujo reconhecimento implica mais do que os dissabores de um negócio frustrado. Recurso especial não conhecido. (Recurso Especial 1999/0005328-1, julgado em 05.02.2001).

Permanece nessa cadência o debate acerca da abrangência e dos reflexos dos prejuízos sofridos pela vítima em sua esfera íntima, e que pode ou não ser conceituado como um dano moral, com relação à inadimplência contratual.

O ser humano é um produto do meio social em que vive, tal como um aglomerado dos reflexos condicionados e tidos como valores inerentes de sua pessoa, pela cultura que o rodeia, pelas relações que diuturnamente trava, mas está despido de qualquer motivo mais nobre de sentimentos humanitários e sequer possui vontade própria.

Permaneceria a situação de equilíbrio, perseguida pelo Judiciário, quanto à reparação dos danos morais nas relações de consumo, especialmente nas contratuais, que para ser harmônica é preciso vislumbrar as tendências e as possibilidades de proteger-se das Instituições Financeiras, em especial, e as

⁵⁶ DJ, 28/05/2001, p. 00199.

⁵⁷ DJ, 05/02/2001, p. 00100.

exigências do meio em que se vive?

Quanto à questão, sobre o sentimento de auto estima, que cada pessoa possui de forma diferenciada, vem também, atualmente, nos tribunais provocando debates acerca de sua configuração como dano moral ressarcível.

Nesse registro a Ministra Fátima Nancy Andrighi⁵⁸, verifica que ocorre dano moral mesmo quando não se fica adstrito àquilo que é digno ou virtuoso de acordo com as regras da consciência social.

EMENTA: Direito Processual Civil e Direito Civil. Publicação não autorizada de foto integrante de ensaio fotográfico contratado com revista especializada. Dano moral. Configuração.- É possível a concretização do dano moral independentemente da conotação média de moral, posto que a honra subjetiva tem termômetro próprio inerente a cada indivíduo. É o decoro, é o sentimento de auto-estima, de avaliação própria que possuem valoração individual, não se podendo negar esta dor de acordo com sentimentos alheios.- Tem o condão de violar o decoro, a exibição de imagem nua em publicação diversa daquela com quem se contratou, acarretando alcance também diverso, quando a vontade da pessoa que teve sua imagem exposta era a de exibí-la em ensaio fotográfico publicado em revista especializada, destinada a público seletivo. - A publicação desautorizada de imagem exclusivamente destinada a certa revista, em veículo diverso do pretendido, atinge a honorabilidade da pessoa exposta, na medida em que experimenta o vexame de descumprir contrato em que se obrigou à exclusividade das fotos. (Recurso Especial registrado sob n. n.2000/078399-4, julgado em 07.05.2001.RESP 270730/RJ; RECURSO ESPECIAL).

A Ministra Andrighi, vê a possibilidade da concretização dos danos morais independentes da conotação média de moral, posto que a honra subjetiva tem termômetro próprio inerente a cada indivíduo, pois se subsume no decoro, no sentimento de auto-estima, não se podendo negar essa dor de acordo com sentimentos alheio.

Continuando sua argumentação vislumbra ainda que alma de cada um tem suas fragilidades inerentes, e nesse patamar a doutrina concebeu a definição de dano moral dentro de uma fragmentação do conceito de honorabilidade, concebido com multifaces de honra objetiva, opinião social, moral, profissional, religiosa que os outros têm sobre os outros.

Nesse diapasão a honra subjetiva, a opinião que a pessoa tem de si própria, que uma vez vulnerada por ato ilícito de outrem, exatamente no limite da valoração que cada pessoa exige de si, faz nascer o dever de compensar o sofrimento

⁵⁸ DJ, 07/05/2001, p. 00139.

psíquico que o fato causou.

A Ministra Andriahi ainda infere que é a norma jurídica incidindo sobre o acontecimento íntimo que se concretiza no mais “recôndito da alma humana”, e nesse patamar o direito moderno sente orgulho de abarcar, pois somente uma compreensão madura pode ter direito reparável, com tamanha abstratividade.

Seguindo essa linha de raciocínio, a Ministra Andriahi ainda argumenta que os conceitos não podem ser confundidos, pois a privacidade, a intimidade, a honra pode ser vulnerada independente da violação dos direitos inerentes à personalidade, uma vez que não é só o conteúdo do mundo exterior que o direito protege.

A norma jurídica protege a honra e ainda alcança as dores íntimas, por isso não se limita apenas ao conteúdo disposto no artigo 5º inciso X da Constituição Federal de 1988, já que o espectro do dano moral irradia além, é a dor interna, é efeito da opção de personalidade que cada uma das pessoas têm, que foi vulnerada, e a dor é inexorável, nada mais presente do que a reprovação da auto-estima.

O Ministro Waldemar Zveiter, no mesmo recurso ora em evidência, aponta a preocupação dos Tribunais atualmente ao serem obrigados a enfrentar a questão dos danos morais, e interferir em decisões do direito individual, uma vez que o Estado ao ser chamado a intervir no campo da moral e tutelar o que é aceitável ou não, o fará segundo a ótica individual, segundo a concepção objetiva de cada julgador, ressalta assim a preocupação de ser “Estado-juíz” e interferir em um direito individual protegido pela Constituição que dá proteção à intimidade, e ao uso que cada um possa fazer dessa intimidade.

Concluindo, percebe-se que o ser humano, detentor de uma esfera de valores próprios que são postos em sua conduta, não apenas em relação ao Estado, mas, também, na convivência com os seus semelhantes, está sendo cada vez mais respeitado quanto à defesa de seus direitos, repercutindo ou não em seu patrimônio material, e, mais, está sendo protegido quanto aos direitos relativos aos valores pessoais, que repercutem nos seus sentimentos, e lhes são mais caros.

Nesse processo acelerado vigente nos dias atuais, fruto da sociedade automatizada, e que traz em si um constante processo de expansão e evolução

permanente dos meios de comunicação de massa, muda o perfil do homem para se tornar um consumidor, e sob essa nova aura tornar-se cada dia mais hipossuficiente.

Tornar-se um indivíduo que luta por ser titular de direitos integrantes de sua personalidade, lutar para ter um bom conceito e assim desfrutar na sociedade, na esteira dessas relações consumísticas⁵⁹, prover-se de sentimentos que exortam da sua consciência, fruto de valores afetivos, e que, portanto, são merecedores de igual proteção da ordem jurídica dos demais danos:

EMENTA: Consumidor - Indenização - Cobrança abusiva de serviços televisivos por assinatura, culminando na interrupção da solução de continuidade dos serviços contratados - Fatos que geram não só a devolução em dobro do valor cobrado abusivamente, nos termos do art. 42, par. ún., da Lei 8.078/90, como também o ressarcimento do dano moral - Verba devida que ganha aspecto punitivo, que deve ser considerado na fixação do quantum. Ementa da Redação: A cobrança abusiva de serviços televisivos por assinatura, culminando na interrupção da solução de continuidade dos serviços contratados, gera não só a devolução em dobro do valor cobrado abusivamente (art. 42, par. ún., da Lei 8.078/90) como também dano moral, indenização que ganha aspecto punitivo, que deve ser considerado na fixação do quantum devido. Ap 783.839-1 - 4.ª Câ. - j. 18.08.1999 - rel. Juiz Rizzato Nunes. ACÓRDÃO - Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ap 783.839-1, da Comarca de São Paulo, sendo apelante José Ricardo Marcondes de Miranda Couto e apelado TVA Sistema de Televisão S/A. Acordam, em 4.ª Câ. do 1.º TACivSP, por v.u., dar provimento ao recurso, nos termos do acórdão. Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença que, em ação de obrigação de fazer c/c com danos materiais e morais, julgou parcialmente o pedido do autor, afastando a indenização por danos morais. Apela o autor pretendendo ver acolhido seu pedido de ressarcimento dos prejuízos morais sofridos em razão do desligamento indevido dos serviços televisivos contratados, reconhecido pela própria ré, fornecedora do serviço, invocando os incisos IV, VI, VII e VIII do art. 6.º e art. 71 do CDC, servindo a condenação como desestímulo para que condutas desse jaez venham a ser praticadas em detrimento do consumidor. Recurso preparado e contra-arrazado. É o relatório. Trata-se de ação de obrigação de fazer, com preceito cominatório, destinada ao religamento dos serviços televisivos por assinatura que sofreram indevida solução de continuidade, o que veio a causar ao autor e sua família danos morais, que pretendem ver ressarcidos. Não resta dúvida de que houve cobrança abusiva. Não só a ré o reconheceu, como ficou provado nos autos, e também, após a afirmação de tais circunstâncias e sua condenação à devolução em dobro, a ré não apelou, acatando o decisum. Ficou demonstrado também que o autor passou por vários constrangimentos: foi cobrado indevidamente; foi-lhe cortada a transmissão; funcionários o contataram para cobrá-lo de forma ilegal. A Lei 8.078/90 é tão severa com a cobrança abusiva, que não só determina a devolução do dobro do pago indevidamente (par. ún. do art. 42), como tipifica o ato como crime (art. 71). E um exemplo bastante corriqueiro de dano moral é exatamente o constrangimento gerado por cobrança abusiva. É verdade que o depoimento tomado em audiência não é dos mais elucidativos. Contudo, dano moral não se prova. Presume-se-o a partir das circunstâncias do fato ou, utilizado o sistema da lei consumerista, descobre-se-o da existência do

⁵⁹ Boletim Jurisprudencial da AASP, 2000.

nexo de causalidade entre produto ou serviço e o consumidor. Se assim não fosse, ter-se-ia, por exemplo, que obrigar a mãe a provar a dor pela perda do filho no acidente de consumo, como na hipótese da queda de um avião. Logo, in casu é de se perguntar se as ações ilegais praticadas pela ré-apelada geraram o dano moral. E a resposta é sim. A cobrança abusiva e o corte ilegal do serviço por si só geram dano moral. Acresça-se que em matéria de relação de consumo, como é o caso dos autos, o aspecto punitivo da indenização por dano moral é relevante e deve ser considerado para a determinação da indenização. E, além disso, para encontrar-se o quantum, o Magistrado deve levar em conta: a) a natureza específica da ofensa sofrida; b) a intensidade real, concreta, efetiva do sofrimento da vítima; c) a repercussão da ofensa, no meio social em que vive o ofendido; d) a existência de dolo - má-fé - por parte do ofensor, na prática do ato danoso e o grau de sua culpa; e) a situação econômica do ofensor; f) a capacidade e a possibilidade real e efetiva do ofensor voltar a ser responsabilizado pelo mesmo fato danoso; g) a prática anterior do ofensor relativa ao mesmo fato danoso, ou seja, se ele já cometeu a mesma falta; h) as práticas atenuantes realizadas pelo ofensor visando diminuir a dor do ofendido. Concluindo, não resta dúvida que o autor sofreu dano moral em razão da cobrança ilegal e abusiva, cabendo fixar-se o quantum. O pedido foi de 50 salários mínimos. Mas, tendo em vista os parâmetros retrotranscritos, razoável se afigura a fixação do valor indenizatório em R\$ 4.080,00, equivalentes a 30 salários mínimos, especialmente para que sirva de punição à ré-infratora. Isto posto, dá-se provimento ao apelo para condenar a ré-apelada ao pagamento de R\$ 4.080,00 a título de indenização por danos morais, além da devolução em dobro da quantia cobrada abusivamente, conforme já designado em 1.^a instância, mas com fundamento no par. ún. do art. 42 do CDC, mantidas as verbas de sucumbência. Presidiu o julgamento, o Juiz Oseas Davi Viana e dele participaram os Juízes José Marcos Marrone e Franco de Godoi. São Paulo, 18 de agosto de 1999 - RIZZATTO NUNES – relator.

O dano não patrimonial só atinge o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio, como frisa Pontes de Miranda⁶⁰.

Finalmente percebe-se assim, que definir o dano moral, para o julgador, o sentenciador, ainda permanece como sendo uma questão de cunho discutível, e longe de estabelecer parâmetros pacíficos, a discussão assoberba-se cada vez mais, na medida que ao julgador cabe orientar-se pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, como afirma o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira⁶¹:

EMENTA: Civil e Processo Civil. Ação de reparação de danos. Acidente de trânsito. Indenização. Direito comum. Autonomia em relação à previdenciária. Décimo terceiro salário. Inclusão. Vínculo empregatício. Constituição de capital. Substituição. Concessionária de serviço público. Notória solvabilidade. Indispensabilidade. Danos morais. Quantum. Razoabilidade. Recurso desacolhido. I – a indenização previdenciária é diversa e independente da contemplada no direito comum, inclusive porque

⁶⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado* Borsoi, t. LIII, §§ 5.509 e 5.510, t. 26, § 3.108.

⁶¹ DJ, 07/05/2001, p. 00153.

têm elas origens distintas: uma, sustentada pelo direito acidentário; a outra, pelo direito comum, uma não excluindo a outra (enunciado n. 229/STF), podendo, inclusive, cumularem-se. II – no caso de ser a vítima trabalhador com vínculo empregatício, tem-se por devida a inclusão da gratificação natalina na indenização. III - ainda que se trate de empresa concessionária de serviço público, é indispensável que seja reconhecida a sua solvabilidade. Caso contrário, não se admite a substituição da constituição de capital, prevista no art. 602, CPC, pela inclusão da vítima em folha de pagamento. IV – o valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do superior tribunal de justiça, desde que o quantum contrarie a lei ou bom senso, mostrando-se manifestamente exagerado, ou irrisório, distanciando-se das finalidades da lei. na espécie, diante de suas circunstâncias, e também em face dos precedentes da turma, o valor fixado mostrou-se razoável. (Recurso Especial 29960 julgado em 07.05.2001).

Na história dos julgamentos por danos moral, percorrida desde o século passado até os dias de hoje, é nítida a dificuldade de realizar uma proposta idealizada pelos juízes, de individualizar a noção de dano moral sobre a base da realidade jurídica e social, e assim, determinar melhor o significado e o alcance da indenização no caso concreto julgado.

Como o direito é uma ciência dos fenômenos humanos e estes são múltiplos em suas manifestações, corresponde ao juiz, o intérprete, um trabalho de adaptação do texto literal a esses mesmos fenômenos para que a justiça cumpra sua tarefa essencial de encontrar a verdade jurídica no campo dos fatos.

A necessidade de interpretar os danos morais, não depende apenas da perfeição legal de captar esse fenômeno jurídico, porque sempre será uma lei imperfeita, devido à sua natureza, assim, existirá sempre a necessidade do juiz para resolver os diferentes casos que se apresentam na prática.

A apreciação de cada caso, sobre a reapração dos danos morais, no decorrer de quase cem anos, serão muitas vezes convertidos em clássicos exemplos típicos pelos jusfilósofos, que os utilizarão como modelo para advertir que os problemas nessa seara, de interpretação dos danos morais, não se resolve pela lógica tradicional, uma vez que não contém pontos de vista de valor e nem estimações sobre a correlação dos fins, sobre a confluência dos meios, nem sobre a eficácia dos meios em relação com determinado fim, conforme coloca Luis Recansens Siches⁶².

⁶² SICHES, Luis Recasens. *Introducción al estudio del derecho*. Novena Edición. Editora Parrúa S.A., p. 217.

José de Aguiar Dias⁶³, preleciona que:

A idéia do interesse (*id quod interest*) atende, no sistema da indenização, a noção de patrimônio, como unidade de valor. O dano se estabelece mediante o confronto entre o patrimônio realmente existente após o dano e o que possivelmente existiria, se o dano não se tivesse produzido. O dano é expresso pela diferença negativa encontrada nessa operação.

Finalizando, infere-se que na apreciação dos fenômenos sobre a ressarcibilidade dos danos morais a análise é limitada, não só pelo ordenamento jurídico, mas, pelos fatores a serem aplicados em cada caso, para salvaguardar os interesses da vítima, que deve ser a mais plena possível, porque só a plenitude da reparação irá estabelecer a total reparação de um prejuízo moral.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALMEIDA FILHO, Amaro Alves de. Dano Moral e o Código Penal. *Revista dos Tribunais*, v. 31, jun. 1965.

ANDRADE, Carlos Drummond. Nosso Tempo. In: *Alguma poesia* (poemas). Belo Horizonte: Ed. Pindorama, 1974. p. 39.

ARROYO, Felipe Navia. *Estudio sobre el daño moral*. Bogotá: Editorial Elocuencia, 1979.

BECKETT, Samuel. *Proust*. São Paulo: Ed. LPM, 1986.

BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. *Revista do Advogado*, p. 26, mar. 1997.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOFF, Leonardo. *A águia e a galinha*. 27. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. Textos Políticos da História do Brasil. *HP oficial da CEBELA*. S.n.t.

BRECHT, Bertold. Nada é impossível de mudar. In: ANTOLOGIA Poética de Bertold Brecht. Rio de Janeiro: Elo Ed. e Distribuidora, 1979.

CENCI, José Eduardo Callegari. Considerações sobre o dano moral e a sua reparação. *Revista dos Tribunais*, Editora RT, São Paulo, v. 683, p. 46.

CHARRY, Fernando Arrieta. *Revista Judicial*. República da Colômbia, Palácio da Justiça, 1994.

⁶³ DIAS, José de Aguiar *Da responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954. v. 2, p. 709.

CHAVES, Antonio. Atualização em matéria de responsabilidade por danos morais. *Revista Forense*, v. 331, p. 62.

CLIO História. Da Ditadura Militar ao Governo Collor. *HP Oficial da Clio História*. S.n.t.

COMPÊNDIO da moral salmaticense. Disponível em:
<<http://filosofia.org/mor/cms/cms.htm>>.

DE CUPIS, Adriano. *El daño* - teoria general de responsabilidad civil. Barcelona: Bosh Editorial, 1975.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Direito, Estado e filosofia*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Politécnica, 1952.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família e da propriedade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975.

FAUSTO, Boris (Dir.). *O Brasil republicano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Difel, 1978.

FERRAZ, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1977.

FERREIRA, Maria Nazareth (Org.). *América Latina, a imagem de um continente: na escola e nos meios de comunicação*. São Paulo: Ed. CELAC, ECA, USP, 1997.

FRANÇA, Limongi. Reparação do dano Moral. *Revista de Processo PGE*, São Paulo, p. 181, jun. 1990.

FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. São Paulo: Companhia Nacional, 1977.

GUSMÃO, Paulo Dourado. A interpretação da lei no direito positivo brasileiro. *Revista dos Tribunais*, mar. 1950.

HART, H. L. A. *Derecho y moral*. Buenos Aires: Editora Depalma, 1962.

HOLLANDA, Francisco Buarque. Peça de mim. CD "Ópera de Malandro". Som Livre, 1979. (Música).

IHERING, Rudolf Von. *Del interés en los contratos*. Buenos Aires: Editora Atalaya, 1947.

ITURRASPE, Jorge Mosset. Derechos Humanos - Nuevos Daños - Topico I - "La Aparacion del 'Daño a la Persona' en sentido estricto". PRIMER CONGRESO LATINOIBEROAMERICANO DEL DERECHO A LA SALUD. Bogotá: Biblioteca de Derecho de la Universidad Javeriana de Bogotá, Colômbia, 1978. (Cópia transcrita e arquivada).

JURINFORMA. Home Page. S.n.t.

LEÃO, Antônio Carlos Amaral. Considerações em torno do dano moral e a pessoa jurídica. *Revista dos Tribunais*, v. 689, p. 10.

LEITE, Paulo Roberto Saraiva da Costa. *Dano moral no direito brasileiro*. HP da Teia Jurídica. Disponível em: <<http://www.teiajuridica.com.br>>.

LINS, Alcides. A nova constituição e o problema ferroviário no Brasil. *Revista Forense*, v. 61, p. 5.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1995. v. II - Obrigações em Geral.

MANNHEIN, Karl. O impacto dos processos sociais na formação da personalidade. In: _____. *Homem e sociedade*. São Paulo: Ed. Nacional, 1976.

MARTINS-COSTA, Judith. Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza da sua Reparação. COLLOQUIO INTERNAZIONALE L'UNIFICAZIONE DEL DIRITTO IN AMERICA LATINA: PRINCIPI E REGOLE COMUNI IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ ESTRACONTRATTUALE. Roma, jun. 2000.

MATTOS, Felipe de Souza. A reparação dos danos e o novo Código de Processo Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 127, p. 311.

MAZEAUD, H.; MAZEAUD, L. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*. 4. ed. [s.l.]: [s.n.], 1947, v. 1.

MINOZZI, E. *Studio sul danno non patrimoniale*. (Danno morale). Milano: Soc. Ed. Libreria, 1901.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, [s.d.]. t. LIII, §§ 5.509 e 5.510, t. 26, § 3.108.

MORAES, Vinícius. *Para viver um grande amor*. São Paulo: Cia das Letras, 2001.

MORAES, Walter. *Revista dos Tribunais*, v. 650, p. 63.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. II.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Responsabilidade civil do Estado por dano moral. *Revista do Advogado*, São Paulo, fev. 1996.

RAMOS, Graciliano. *Vidas secas*. Rio de Janeiro: Ed. Record, 1999.

REIS, Daniel Aarão. *Ditadura militar, esquerdas e sociedades no Brasil*. Especial para a Home Page "Gramsci e o Brasil".

RESENDE, Adeilda Coelho de. A Hermenêutica de Hart-Dworkin e a Discricionariedade do Juiz. Home page oficial da Universidade Estácio de Sá do Rio de Janeiro.

REVISTA do Tribunal de Justiça do Estado do Sergipe - Aracaju, Publicação Oficial, jul./dez. 2000.

RIPER, George. *A regra moral nas obrigações civil*. Campinas: Bookseller, 2000.

ROCHA, Maria Isabel de Matos. A reparação do dano moral da morte. *Revista dos Tribunais*, v. 689, p. 101.

ROHDEN, Henrique. Conhecimentos Gerais-História do Brasil - Cultura na Segunda República. Home page pessoal de Henrique Rohden.

SARAIVA Editores *Juris*. São Paulo: Saraiva, 1998.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951. t. I.

SHAKESPEARE, William. *O mercador de Veneza*. São Paulo: Circulo do Livro, 1994.

SILVA, Sérgio. *Expansão cafeeira e origens da indústria no Brasil*. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 1978.

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e a sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

STIGLITZ, Rubén. *Contratos - teoria geral*. Buenos Aires: Editora Depalme, 1994.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Home page oficial.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Home page oficial.

ZENUN, Augusto. *Dano moral e a sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.