

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**DOUTORADO EM DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS**

**DAS LINGUAGENS AO DIREITO :  
UM MÉTODO PARA A AVALIAÇÃO DO DANO MORAL**

**Maria Francisca Carneiro**

**Curitiba, 27 de Outubro de 1997**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**CURSOS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**DOUTORADO EM DIREITO DAS RELAÇÕES**  
**SOCIAIS**

**DAS LINGUAGENS AO DIREITO:**  
**UM MÉTODO PARA A AVALIAÇÃO DO DANO**  
**MORAL**

Curitiba, 27 de outubro de 1997

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**CURSOS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**DOUTORADO EM DIREITO DAS RELAÇÕES**  
**SOCIAIS**

**DAS LINGUAGENS AO DIREITO:**  
**UM MÉTODO PARA A AVALIAÇÃO DO DANO**  
**MORAL**

Tese apresentada por **Maria Francisea Carneiro**, como requisito parcial à obtenção do grau de doutor em Direito das Relações Sociais, sob a orientação do **Professor Doutor Luiz Edson Fachin** e co-orientação do **Professor Doutor Alvino Moser**.

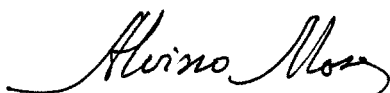
Curitiba, 27 de outubro de 1997

## TERMO DE APROVAÇÃO



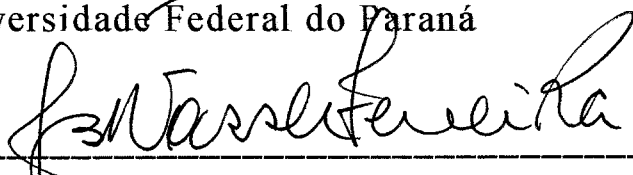
10,0

Professor Orientador Doutor Luiz Edson Fachin  
Universidade Federal do Paraná



10,0

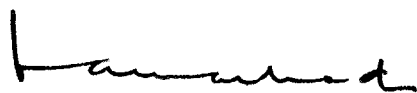
Professor Co-Orientador Doutor Alvino Moser  
Universidade Federal do Paraná



10,0

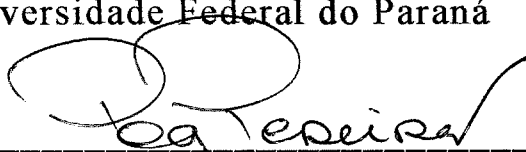
Professora Doutora Jussara Suzi Assis Borges  
Nasser Ferreira

Universidade Estadual de Londrina



10,0

Professor Doutor Luiz Alberto Machado  
Universidade Federal do Paraná



10,0

Professor Doutor Potiguara Acácio Pereira  
Universidade Federal de São Carlos



Quem quer linguagens, busca, na verdade diálogo.

## SUMÁRIO

|   |             |
|---|-------------|
| <b>RESUMO.....</b>  | <b>v</b>    |
| <b>ABSTRACT .....</b>   | <b>vi</b>   |
| <b>RESUMÉ .....</b>   | <b>vii</b>  |
| <b>PRÓLOGO .....</b>  | <b>viii</b> |
| <b>AGRADECIMENTOS .....</b>   | <b>xiv</b>  |
| <b>INTRODUÇÃO.....</b>  | <b>1</b>    |
| <b>PARTE I - AS LINGUAGENS</b>  |             |
| CAPÍTULO 1 - A LINGUAGEM COMO PONTO DE PARTIDA .....  | 15          |
| CAPÍTULO 2 - ELEMENTOS DA ANTROPOLOGIA E DA<br>SOCIOLOGIA PARA A LINGUAGEM DO DIREITO MORAL ..... | 49          |
| <b>PARTE II - O DIREITO MORAL</b>   |             |
| CAPÍTULO 3 - O DIREITO MORAL.....   | 90          |
| CAPÍTULO 4 - PERSPECTIVA COMPARADA .....  | 103         |
| <b>PARTE III - AS LÓGICAS E OS MÉTODOS</b>  |             |
| CAPÍTULO 5 - AS LÓGICAS DO TRATAMENTO .....   | 196         |
| CAPÍTULO 6 - O PROBLEMA DA LÓGICA .....   | 246         |
| CAPÍTULO 7 - OS MÉTODOS .....   | 282         |
| <b>CONCLUSÕES.....</b>  | <b>332</b>  |
| <b>EPÍLOGO.....</b>   | <b>355</b>  |
| <b>ANEXOS .....</b>   | <b>356</b>  |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>   | <b>370</b>  |
| <b>ÍNDICE ONOMÁSTICO .....</b>  | <b>388</b>  |
| <b>ÍNDICE REMISSIVO .....</b>   | <b>395</b>  |
| <b>ÍNDICE DE MATÉRIAS .....</b>   | <b>401</b>  |

## **RESUMO**

Este trabalho trata da análise lingüística do dano moral, considerando-o como produto do discurso jurídico-científico. Inclui recursos interdisciplinares, particularmente da Antropologia, Sociologia, Filosofia, Metodologia e Lógica. Analisa aspectos do direito moral comparado, verificando os pontos em comum e os díspares, a respeito do tratamento oferecido ao dano moral. Pensa sobre a metodologia jurídica tradicional e seus reflexos sobre o direito moral, que culmina com a ênfase sobre o método quantitativo. Ao mesmo tempo, considera novas perspectivas metodológicas para a ciência em geral e jurídica. Propõe um método complementar à avaliação do dano moral, a partir das categorias de Kant e de elementos da lógica modal e relacional.

## **ABSTRACT**

This work deals with the linguistic analysis of moral injury, considered as a product of the scientific and juridical discourse. It includes interdisciplinary resources, particularly focussing on Anthropology, Sociology, Philosophy, Metodology and Logics. Aspects of compared moral rights are analysed as well as the common and divergent points offered to the treatment of moral rights. This work examines the traditional juridical methodology and its reflections on moral injury, culminating in the emphasis on quantitative analysis. At the same time, it considers new methodological approaches for science in general, as well as the juridical science. A complementary method for the evaluation of moral injury based on Kant's categories and on elements of modal and relational Logics is proposed.

## **RESUMÉ**

Ce travail s'occupe de l'analyse linguistique du dommage moral, considéré comme produit du discours juridique-scientifique; y compris les recours interdisciplinaires, particulièrement ceux de la Anthropologie, Sociologie, de la Philosophie, de la Méthodologie et de la Logique. Analyse les aspects du Droit moral comparé; vérifiant les points communs et les dissemblables, à propos du traitement donné au dommage moral. Reflet sur la méthodologie juridique traditionnelle et ses reflexes sur le préjudice moral qui culmine avec emphase sur la méthode quantitative. En même temps, il considère des nouvelles perspectives méthodologiques pour la sciences en général et juridique. Propose une méthode complémentaire à l'évaluation du dommage moral, à partir de catégories de Kant et des éléments de la logique modale et relationnelle.

## PRÓLOGO

A questão era saber donde vinha a dificuldade enfrentada pelo Direito Civil na objetivação do dano moral. Formulou-se então, como hipótese para a pesquisa, verificar se o problema não estaria a residir, em parte, num problema de linguagem.

Assim, o estudo, de natureza interdisciplinar, parte da base lingüística (questão, aliás, que nos acompanhará até o final desta comunicação) e tece as cercanias da tópica argumentativa nas suas relações com a antropologia, para, de posse desse elementos, enfrentar a questão metodológica e lógica do discurso jurídico.

A abordagem temática assim desenhada exigiu uma delimitação diversa do usual. Nesse sentido, o raciocínio foi dedutivo, pois os gêneros Teoria do Direito, Antropologia, Lógica, Método e suas decorrências ou adjacências precederam ao dano moral, como espécie.

No plano inicial do trabalho, elaborado em 28 de agosto de 1995, a atenção da pesquisa debruçava-se sobre o momento processual da liquidação da sentença condenatória dos danos morais. Na evolução do estudo, o plano datado de 17 de fevereiro de 1977 capitulava, justificando que a avaliação do dano moral pode ser feita a qualquer momento do processo (até mesmo antes da propositura da ação, a fim de verificar a sua viabilidade); e não apenas na fase de liquidação de sentença.

A pesquisa é interdisciplinar; não dogmática e portanto não se propõe a servir especificamente a um ordenamento jurídico, mas ao direito.

Ativemo-nos quase tão-somente às questões doutrinárias, o estritamente necessário à legislação e o mínimo possível à jurisprudência. Dela, abordamos apenas as tendências mais genéricas, no que serviram para **instruir** o que estava sendo tratado; mas nunca para colocá-las em primeiro plano.

Considerando-se que a jurisprudência, muito mais que a legislação, pode condicionar entendimento em sulcos já formatados, procurou-se pensar esses sulcos, essas fendas, estando-se fora deles. Seria isso possível? Sim, se nos contentarmos em buscar dedutivamente princípios ainda abstraídos da aplicação, para tentar um outro viés sobre a concretude.

O projeto de pesquisa elaborado e protocolado em 1995 caracterizava-se precipuamente pela interdisciplinaridade. **Ali, diversas áreas de conhecimento eram postas em um mesmo plano, nível, ou patamar, de modo não hierarquizado; mas horizontalizado, onde o desafio seria o de obter, através dos talhes transversais, as conclusões.**

Após dois anos de algum pensar, propusemos não a abolição da interdisciplinaridade; e sim a sua manutenção, a par do Direito, subordinada a duas ciências metateóricas, que são a Metodologia e a Lingüística. Esses dois saberes



seriam, então, o fio capaz de costurar a “colcha de Penélope” da transdisciplina; algo assim a “linha de Ariadne” conceptual da Antropologia, Mitologia, Sociologia e Lógica, aplicadas ao estudo do Direito Moral.

Por quê? Porque a “Nova Hermenêutica”, especialmente com Gadamer, nos ensina que um texto com diversas camadas de significação faculta mais possibilidades de ilações, relações e conclusões. Por isso a idéia de justapor conceitos horizontais permeados por outros verticais; por causa do fluxo, que pode operar mais trânsitos. Ao final, veremos que a Metodologia e Lingüística possuem, como substrato comum, a Lógica, também metaciência; todas interessantes para o Direito (em geral e em espécie).

As expressões “quantificação”, “mensuração” e “aferição”, encerram a ênfase sobre a quantidade. Preferiu-se, então, para o título do trabalho, o vocábulo “avaliação”, que comporta métodos plurais de apreciação e remonta à idéia de valor.

A característica interdisciplinar do estudo levou-nos a algumas variações em relação à metodologia tradicional do trabalho científico. Além da questão da delimitação do tema, acima descrita, houve também o problema da assimetria entre as subdivisões do plano. Esta é uma pesquisa em Direito, de modo que se as ciências auxiliares fossem aprofundadas tanto quanto o tema central, teríamos provavelmente um trabalho amorfo, quanto à delimitação do assunto. Assim sendo, preferimos o desenvolvimento mais detalhado dos argumentos necessários à manifestação da tese, ainda que em prejuízo formal da simetria metódica.

Sobre a objetivação da tese, é necessário advertir que sua plenitude começa por tomar vulto a partir do capítulo terceiro. Isso não significa que esteja ausente nos anteriores, cujos conteúdos explicitam claramente no que e por quê se referem ao dano moral. Porém, sem esse tecido conceitual precedente, seria impossível a expressão do núcleo central da tese, da maneira como foi concebida. Ocorre que a

escrita é linear e temporal, e dela dependemos para expor nossas idéias, já que a razão não é o que os gregos denominavam *áistesis*, a sensação estética de totalidade. (Havemos de convir, porém, que essa dificuldade pode ser mais facilmente transposta do que resolver encapsulamento de realidades como, por exemplo, o dano moral e outros temas da emoção, que até o presente vêm sendo indóceis para o direito positivado).

Essas concessões metodológicas todas, às quais nos referimos, permitiram-nos ousar também na escolha dos títulos e dos sub-títulos, que optam, algumas vezes, por expressões metafóricas que, ao nosso ver, apresentaram-se como as mais pujantes para significar os conteúdos - o que é a verdadeira função do título, a despeito da assepsia da linguagem científica, apregoada por alguns autores.

Esclareça-se, desde logo, que toda e qualquer idéia exposta nesta comunicação é sempre grata à dialogia. Nada se pretende definitivo; mas flexível e aberto, para que seja possível a continuidade.

## **AGRADECIMENTOS**

### **Aos Orientadores**

Professor Doutor Luiz Edson Fachin; por tudo que significa para o Direito, para a Universidade e por nos ensinar a liberdade de pensar;

Professor Doutor Alvino Moser; por apontar, há muitos anos, as luzes da Epistemologia da Lógica e da Hermenêutica.

### **Aos Coordenadores**

Professor Doutor Luiz Alberto Machado, Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPR;

Professor Doutor Eduardo de Oliveira Leite, Vice-Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPR.

### **Aos Professores**

Alberto J. Bueres;  
Alejandro Ponieman;  
Auracyr Azevedo de Moura Cordeiro;  
Clayton Reis;  
Fernando de Moraes Sarmento;  
Gabriel Alejandro Rubio;  
Ivan Guérios Curi;  
José Affonso Dallegrave Neto;  
Luiz Guilherme Rangel Santos;

e especialmente  
ao Professor Maury Rodrigues da Cruz;

### **Aos Amigos**

Cecília Mendes Franco Silva;  
José Dantas Loureiro Neto;  
Rubens Bertolini Junior;  
Sandra Maria dos Santos Bernardina;  
Simone Damaris da Silva Bertolini;

...e particularmente à minha filha Maria Fernanda, por sinalizar esperança no futuro.

## INTRODUÇÃO

Este estudo analisa interdisciplinarmente o dano moral civil<sup>1</sup>, a fim de verificar se o problema da sua dicção pelo direito consiste, parcialmente, numa questão lingüística.

Primeiramente, à guisa de **PRÓLOGO**, foram expostas as razões metodológicas que presidiram o desenvolvimento do trabalho.

Na **Parte I, AS LINGUAGENS, Capítulo 1, A linguagem como ponto de partida**, tem-se que a pesquisa considera alguns pressupostos teóricos. O primeiro deles é o que entende as considerações sobre análise de linguagem não apenas como sistemas de sinalização; mas sim como um referencial das idéias e do comportamento humano. Assim, a linguagem é o modo pelo qual se expressam os valores, as

---

<sup>1</sup> A expressão *dano moral civil* pode ser justificada pela possibilidade de existência de um suposto *dano moral penal*, que seriam os crimes tipificados contra a honra, calúnia e difamação. Para efeitos deste estudo, são considerados também danos morais (embora penais), porque o fundamento, a origem mítica e os “topói” são os mesmos, para o direito como um todo.

emoções, as razões, os direitos. O segundo pressuposto teórico decorre, na verdade, do primeiro, ao considerar que a ciência e os saberes em geral constroem-se em tessituras de linguagens. Considera-se, também a distinção saussureana entre a língua e a fala, onde, no plano jurídico, a língua estaria para o direito e a fala para as leis positivadas.

O *item 1.1, Hermenêutica e ideologias*, considera que o conjunto de valores da cultura, aí entendidas as ideologias, são um dado constitutivo da sociedade. É preciso compreender como operam e ter em conta a sua presença como traço ineliminável de toda e qualquer linguagem.

No *item 1.2, a linguagem do Direito*, parte-se da Teoria Geral da Relação Jurídica, conforme a concebe Manuel A. Domingues ANDRADE. A linguagem do direito é científica quando assume caráter sistemático, daí poder-se falar da dogmática e de linguagens “parajurídicas” e “metajurídicas”, em virtude do caráter múltiplo das formas de abordagem. Por causa das funções sociais do direito -

normatizar comportamentos e solucionar litígios, de modo sempre decisório -, a linguagem jurídica reveste-se, em seus discursos, de uma tipologia própria, que é a do poder e da suação.

No *item 1.3, Decodificação da linguagem*, vê-se que se a linguagem se constrói sobre códigos, a sua análise se faz, evidentemente, pela decodificação. Aí se revelam alguns *topói*, dentre eles o do direito moral, que podem se manifestar informados em modelos.

O Capítulo Segundo, **Elementos da antropologia e da sociologia para a linguagem do direito moral**, traz, no *item 2.1, O método antropológico e sociológico*, sendo que atualmente, o método antropológico, já evoluído de suas bases e acrescido pela interdisciplina, está convencido de que a linha entre o modo de representação e o conteúdo substantivo da cultura é, de fato, intracável em termos de exatidão, por causa do fenômeno ideológico. Não se trata de nenhuma ameaça ao critério de cientificidade, se considerarmos ARISTÓTELES, POPPER e CARBONNIÈR.

A busca do método antropológico é o isolamento dos elementos para estudá-los em suas possíveis relações. A sociologia vale-se, dentre outros recursos, de estatísticas e das apreciações por similitude e antagonismos, na busca dos padrões.

No *item 2.2, Reinos não-formalizados de significações*, vemos que abaixo, antes e além dos filtros que possibilitam o acesso do dano moral ao código jurídico, há outros núcleos observáveis, que podem ser decompostos em diferentes planos de linguagem, como método de análise. No *item 2.2.1, Unidade na diversidade*, vemos que um dos problemas da quantificação do dano moral respeita à aplicação de regras ou princípios genéricos aos casos concretos, individualizados. Esse tema remonta à questão do geral e do particular, do todo e da parte e das idéias que daí decorrem, que são, em última análise, o paradoxo humano do um e do múltiplo.



O *item 2.3, Mito: fala, forma e conceito*, diz que o mito é uma fala. Portanto, não é substancial; mas sim formal. A sua essência remonta à idéia de arquétipos.

O mito é então uma forma capaz de conter e transportar um conceito, no caso um valor, que é o direito moral. Os valores, e portanto os direitos, não surgem por acaso. **Das representações coletivas, arquétipos e consenso**, é o que trata a seção 2.3.1. A expressão coletiva do mito reflete, em grande parte, a composição axiológica social. A reflexão sobre esse tema é imprescindível, na medida em que a avaliação dos danos comporta sempre gradações e não pode ser apenas casuística. É nesse patamar coletivo que os princípios se assentam e o direito se legitima. Retorna-se à questão dos *topói*.

**Breve nota sobre o argumento biológico** é a menção da seção 2.3.2. Este argumento apresenta como hipótese provável a existência de um impulso moral já na própria condição biológica, de modo que o comportamento amoral implica em desajuste funcional. Esse tema será retomado no

Capítulo 7, *item 7.1*, ao tratar das metáforas biológicas no pensamento jurídico. É preciso cuidar, todavia, para que não se resvale em determinismos, após tantos séculos de exercício da razão.

Na **Parte II, O DIREITO MORAL, Capítulo 3, O direito moral, item 3.1, Conceituação básica**, tece-se uma rápida e genérica consideração do tema, *sob a ótica da dogmática jurídica*.

O **Capítulo 4, Perspectiva comparada**, preferiu pinçar um ou outro aspecto do tratamento oferecido ao dano moral por vários ordenamentos jurídicos do tronco continental, em pinceladas esparsas e de diferentes nuances, do que abordá-los de modo homogêneo. É um Capítulo meramente descritivo, que evita discutir o mérito do que narra. Apenas discorre, para compor o ambiente no qual se manifesta a tese. Nesse diapasão, comenta ligeiramente aspectos isolados da linguagem do direito extrapatrimonial argentino, francês, suíço, chileno, mexicano, italiano, português e brasileiro.

Esclareça-se que o objetivo desta tese não é proceder a um estudo de direito comparado acerca do dano moral; e sim verificar a sua condição lingüística, propondo estratégias alternativas ou complementares à sua dicção jurídica.

Na **Parte III, AS LÓGICAS E OS MÉTODOS, Capítulo 5, As lógicas do tratamento, item 5.1, A Lógica do mito é a linguagem**, considera-se as características atribuídas por BARTHES à linguagem mítica, no que concerne à densidade fraseológica. Constata-se que a linguagem do direito acerca do dano moral, em vários países, coincide com a descrição de BARTHES, conforme se pode depreender do que foi tratado no Capítulo anterior.

O **item 5.2, A lógica do direito também está na linguagem**, tenta desvendar o “currículo oculto” do dano moral, subjacente à trilogia kelseniana *proposição jurídica-norma-sanção*.

O **item 5.3, Torre de Babel jurídica**, ilustra as recentes preocupações lingüísticas advindas da

supranacionalidade e do movimento de globalização, referindo-se especificamente ao que ocorre na Comunidade Européia. Na **seção 5.3.1, Aspectos da linguagem pericial**, examinamos uma proposta de uniformização para os laudos periciais sobre danos corporais à Comunidade Européia.

**O raciocínio jurídico se faz pela argumentação**, é o que afirma o *item 5.4*, distinguindo entre lógica e argumentação e verificando porque o estudo desta última é particularmente importante para o direito. Examina-se ainda quais os condicionamentos lógicos que vêm subordinando o raciocínio jurídico, inclusive no trato do dano moral.

A partir deste *item*, aflora mais nitidamente o núcleo central do projeto. No *item 5.5, Direito moral é o direito falando a moral*, quer-se decodificar o substrato da linguagem jurídica sobre os temas da moralidade, quais os seus aportes e suportes principais.

**Os códigos lingüísticos da moral jurídica: compromisso e afetividade**, é o que diz o *item 5.6*, na busca das razões de possíveis colapsos do discurso jurídico

na apreciação de determinadas questões com conteúdos emotivos.

Afirma o *item 5.7* que **O direito moral é eudemonista**, porque a análise mítica do dano moral, realizada nas divisões precedentes, revelou que o conceito jurídico de *dano* só é possível por causa de um padrão de equilíbrio, de um bem-estar psíquico e espiritual estimável, que, na falta de expressão mais adequada, este trabalho chama de *felicidade*. Procede-se a uma reflexão semântica e antropológica sobre o vocábulo *felicidade*, como um *topoi* argumentativo do dano moral.

O Capítulo 6, O problema da lógica, *item 6.1*, **A lógica do conhecimento da realidade**, preocupa-se com o modo de apreensão do real através do qual é feito o conhecimento jurídico. Para tanto, vale-se da Teoria do Conhecimento, especialmente com KANT, na *Crítica da Razão Pura*.

O *item 6.2*, **A razão das quantidades**, explica porque o direito moral e os saberes científicos em geral

priorizam as avaliações quantitativas das realidades, também com base na gnoseologia kantiana.

**Quantidades, modos e relações** é do que trata o *item 6.3*, enquanto categorias do conhecimento, além das quantidades. Incursiona-se pela Lógica e pela Metodologia Avançada, para descrever a operacionalidade dessas categorias.

No *item 6.4, Para pensar a espessura da linguagem*, vamos, pela Estética e Hermenêutica, verificar qual é a tipologia da linguagem capaz de reproduzir, com toda a densidade possível, as situações com conotações emotivas, como é o caso do dano moral. Veremos que o prisma desses saberes difere em muito do discurso jurídico sobre os prejuízos morais.

O **paradoxo das lógicas paraconsistentes** é rapidamente abordado no *item 6.5*, por ser tema correlato ao interesse da tese. Ao final, porém, as lógicas paraconsistentes são preteridas em favor da lógica modal e da lógica relacional, para efeitos deste estudo.

O **Capítulo 7, Os métodos**, em seu *item 7.1, O discurso do método jurídico*, descreve as principais características da expressão metodológica do direito moderno, incluindo fatores condicionantes, como as metáforas biológicas, além do pensamento por quantidades.

O *item 7.2*, nos fala um pouco sobre **Metodologia e Hermenêutica**, porque não há método nem linguagem sem interpretação. Nas seções em que se divide esse *item*, examinaremos as principais vertentes do pensamento hermenêutico geral e jurídico para, ao final, constataremos que os estudos sobre o dano moral não alçaram essas eiras, até o presente momento.

Antepõem-se, no *item 7.3, A autopoiesis e o mito do método*, que muito têm em comum essas concepções, uma do Direito e outra da Filosofia, podendo somar-se em uma interessante crítica à Metodologia convencional.

Contrapõem-se, **Pensamento tópico e sistemático: perplexidade?**, na *seção 7.3.1*, dizendo, por fim, ser aparente a contradição entre ambas as posturas teóricas.

A opção metodológica em “sentido aberto”, da qual trata o *item 7.4*, é apresentada como o caminho viável para a compreensão desta comunicação, em seus autênticos propósitos.

O *item 7.5*, denominado **A essência do fundamento e as aventuras da diferença (ou a liberdade de pensar)**, conjectura sobre a possibilidade de estarmos no *atrium* de um novo umbral para a Metodologia do Direito. Por isso, a **seção 7.5.1, Algumas tendências da metodologia contemporânea**, oferece uma visão panorâmica e sintética de alguns movimentos recentes, em efervescência na Epistemologia Geral e Jurídica.

Nas **CONCLUSÕES**, obteremos a confirmação da hipótese, verificando que, com efeito, há uma lacuna discursiva no tratamento jurídico do dano moral.

Como **EPÍLOGO**, temos uma idéia de LEVISTRAUSS, para a qual o término de um trabalho pode ser igualmente um início.



O **ANEXO N° 1** traz, como sugestão, um método para contribuir com a avaliação do dano moral, não para quantificá-lo (até porque, as **CONCLUSÕES** falam do preenchimento de alguns hiatos, anteriores à quantificação); mas sim para produzir mais linguagens sobre o dano moral, a partir das categorias de modo e relação, fortalecendo, assim, a sua espessura lingüística.

O **ANEXO N° 2** traz um poema, - para não descurar das conotações afetivas da linguagem, defendidas ao longo de toda esta comunicação -, no qual se ressalta a importância da diversidade e dos métodos plurais ou múltiplos de pensar e de ser.

## **PARTE I - AS LINGUAGENS**

## CAPÍTULO 1

### A LINGUAGEM COMO PONTO DE PARTIDA

Este estudo, a exemplo de todos os outros que se debruçam sobre a linguagem, depara-se, já no início, com o paradoxo aparente de ter de analisá-la a partir de suas próprias possibilidades<sup>2</sup>. Vale dizer, para estudarmos a linguagem, utilizamos as ferramentas que nos são fornecidas por essa mesma linguagem; é pela fala que se pensa, argüi, e denuncia a própria fala<sup>3</sup>.

Por isso, no universo léxico em que nos encontramos, é preciso definir os pressupostos teóricos sobre os quais se

---

<sup>2</sup> BARTHES entende a semiologia de SAUSSURE como uma linguagem sobre as linguagens, ou seja, uma metalinguagem em que método e objeto de confundem, já que empresta, para sua análise, as categorias do próprio objeto analisado. O distanciamento que daí decorre, para BARTHES, é um engodo para o seu desenvolvimento. No entanto ARISTÓTELES, no seu prólogo a *Ética Nicômano*, já nos falava da importância de se manter a pluralidade dos graus de cientificidade, pois cada assunto deve ser tratado senão conforme sua própria natureza, e não de modo homogêneo, como quiseram algumas posturas metodológicas na história da ciência. (N.A.)

<sup>3</sup> AUSTIN, J. L. *Philosophical papers* (How to do things with words), Oxford University Press, Oxford, 1970.

assenta a nossa pesquisa.

O primeiro deles é o que entende as considerações sobre análise da linguagem não apenas como sistema ou sub-sistemas de sinalização; mas sim como um referencial das idéias e do comportamento humano, já que pensamento, linguagem e ação não subsistem isoladamente, mas consistem, isto sim, num trinômio que se reforça de modo incessante, na medida de suas recíprocas relações. Assim, a linguagem - seja ela escrita, verbal ou de qualquer outra tipologia semiótica - é o modo pelo qual se expressam os valores, as emoções, as idéias e os direitos. Desse modo considerada, a linguagem é um dado constitutivo das sociedades humanas<sup>4</sup>, pois, sem esse instrumento, tornam-se impossíveis a unidade, a continuidade e a evolução social. É por isso que BARTHES<sup>5</sup> nos fala de uma ciência geral de

---

<sup>4</sup> SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de lingüística general**. Losada, Buenos Aires, 1965.

<sup>5</sup> BARTHES, Roland. **Le degré zéro de l'écriture suivi des éléments de sémiologie**. Médiations/Gonthier, Paris, 1968.

todos os signos através dos quais se estabelece a comunicação humana.

O segundo pressuposto teórico que nos subsidia, decorre, na verdade, do primeiro; pois, ao afirmar que a comunicação entretece-se e se constrói pelas linguagens geradas no interior da sociedade, temos que a ciência - física, biológica, jurídica, etc. - só se desenvolve por causa e através das linguagens que lhes possibilitem viabilizar-se. Desse modo, a ciência é um processo cumulativo de linguagens e discursos feitos por meio dela, sendo que toda pesquisa implica em uma triagem fragmentada e discricionária de informações. Neste ponto, deparamo-nos com a nossa hipótese de trabalho, que indaga sobre a possibilidade de se ter, na dificuldade da avaliação jurídica dos danos morais, um hiato ou um colapso de ordem lingüística. Então, se assim for, este segundo pressuposto nos permite apreciar a ciência jurídica como expressão de linguagem em seu sentido mais amplo, como linguagem que

comporta diversas camadas de significação, dispostas em diferentes graus de profundidade e complexidade. Por isso o nosso trabalho escolheu o termo “linguagens”, no plural.

Deste segundo pressuposto, ainda, decorre nos valermos de posturas dedutivas da Teoria Geral do Direito<sup>6</sup>, ao postular o interesse na construção de um aparato analítico suficiente para permitir uma explicação racional das noções utilizadas pela ciência do direito e outras ciências sociais.

Assim sendo, este trabalho, por óbvio, acata o conhecimento científico da linguagem já formulado e teoricamente referendado, muito embora não o retome. Estamos falando do signo como unidade mínima e irreduzível de primeira articulação; dos significantes como partes materiais do signo (forma, som, traços); e dos significados como imagens mentais ou conceitos que

---

<sup>6</sup> VERNENGO, Roberto José. **Curso de teoria general del derecho**, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976.

correspondem aos significados. A união entre o significado e a significante resulta no que se convencionou chamar de significação.

No entanto, recomenda-nos SAUSSURE<sup>7</sup> evitar a confusão entre significação e valor. As significações são o produto das relações entre os signos, significantes e significados que estão em torno, ao redor do objeto de nossa análise<sup>8</sup>; enquanto que o valor reside na idéia mais interior do contexto e da cultura, conforme nos ilustra a hermenêutica crítica de RICOEUR<sup>9</sup>. Essas distinções não devem ser tomadas de modo rígido, mas sim de acordo com a sua finalidade didática e científica, mesmo porque, na realidade, tais conceitos fluem e interpenetram-se o tempo todo, produzindo as chamadas “cargas semânticas”. Aliás, foi o próprio SAUSSURE<sup>10</sup> quem nos falou sobre a

---

<sup>7</sup> SAUSSURE, F. *op. cit.*

<sup>8</sup> COELHO NETTO, J. Teixeira. **Semiótica, informação e comunicação - diagrama da teoria do signo**, 3<sup>a</sup> ed., Perspectiva, São Paulo, 1990.

<sup>9</sup> RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**, 4<sup>a</sup> ed., Edições 70, Rio de Janeiro, (s.d.).

<sup>10</sup> SAUSSURE, F. *op. cit.*

existência de “massas flutuantes de sentido” nas linguagens, às quais o tratamento adequado seria a súbita parada e os cortes transversais; pois a linguagem, a exemplo dos demais processos sociais, é sempre movimento, essencialmente uma rede de relações. Por isso o dizer de TEIXEIRA COELHO<sup>11</sup>, que, quem sabe, a “consciência humana seja uma consciência lingüística”.

Nesse caminho, há ainda a observação saussuriana sobre a diferença entre a língua e a fala, uma espécie de relação entre o todo e a parte, interessante no sentido de se dizer que, no plano jurídico, a língua está para o direito, enquanto a fala está para as leis positivadas. Nesse interregno, pode haver, se não um universo, ao menos muitos discursos de significação.

A esse conjunto - signos, significantes, significados, significações, língua, fala, valores e comportamentos sociais médios - denominaremos “linguagens”, para efeitos apenas

---

<sup>11</sup> COELHO NETO, J. Teixeira. *op. cit.*



desta pesquisa, já que não encontramos, dentre os tratadistas, um conceito unânime do vocábulo. Isto porque, se a lingüística é uma ciência moderna, o problema em si sempre foi conhecido. No “Crátilo”, PLATÃO mostrava que a definição das palavras isoladas é inverossímil, porque a denominação não esgota a função nem o poder da fala. A mesma questão reaparece em obras platônicas mais maduras, como o “Teeteto” e o “Sofista”, quando, ao tratar da verdade e do erro (porque não há lógica que não passe pela linguagem), PLATÃO conclui que uma palavra, por si só, não é verdadeira nem falsa; embora apenas uma combinação de palavras possa significar alguma coisa. Ora; aí está a idéia de contexto e, por conseguinte, de cultura, que as mais recentes teorias avalizam. ARISTÓTELES diz o mesmo em seu trabalho “Da Interpretação”, ao acrescentar ao nome e ao verbo, o tempo; em alusão à historicidade das significações.

Este breve sumário do estágio arcaico do nosso problema pretende nos lembrar da antiguidade e da continuidade da questão da linguagem e de seus discursos, até porque, numa expressão wittgensteiniana<sup>12</sup>, “aí (na linguagem) residem algumas formas de vida”.

### **1.1 Hermenêutica e ideologias**

O estudo da linguagem deve passar, necessariamente, pelo problema do ambiente em que é fomentada, prenhe de valores, de modo inexpugnável. Essa questão agrava-se no caso do direito, que se assenta sobremaneira nos valores; e mais ainda no direito moral, que é uma forma depurada e abstraída em relação a outros valores.

Dos estudos acerca do fenômeno ideológico, destaca-se a Hermenêutica de RICOEUR<sup>13</sup>, por tratar

---

<sup>12</sup> WITTGENSTEIN, L. **Jogos de linguagem** (s.l.).

<sup>13</sup> RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**, *op. cit.*

funcionalmente as ideologias, descrevendo o modo como operam no interior da sociedade. Lembremo-nos que dessa operacionalização, sobrevêm as inúmeras linguagens, inclusive as do direito.

Paul RICOEUR pode ser considerado, sem restrições, um dos maiores hermeneutas de nosso tempo. Exponente da escola filosófica de Paris, postula pela decifração dos sentidos ocultos nos signos aparentes, como incumbência da hermenêutica.

A obra de RICOEUR preocupa-se sobremaneira com a interpretação dos valores da cultura, que se faria pela dissolução das ilusões da consciência e da restauração do sentido<sup>14</sup>.

Para RICOEUR, o problema da hermenêutica até então desenvolvida é o de se deparar, em seu bojo, com algumas aporias. Essas aporias - e a sua conseqüente

---

<sup>14</sup> JAPIASSU, Hilton. (*in* **Interpretação e ideologias**, de Paul Ricoeur), 3<sup>a</sup> ed., Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1988, p. 1.

dissolução ou superação - foram o estímulo da pesquisa de RICOEUR.

Para ele, a história recente da Hermenêutica deixou-se dominar por duas preocupações que a locupletaram, sufocando grande parte de sua fecundidade, a saber: a primeira, diz respeito às tentativas de transformar teorias parciais, relativas (que RICOEUR chama de “regionais”) em hermenêutica geral. E a segunda, é que os movimentos de “desregionalização” ou generalização da hermenêutica fazem se acompanhar de uma atitude radical, que tenta transpor o limite epistemológico do teórico para o ontológico, em busca de sua fundamentação. Ora; saltar da epistemologia para a ontologia é um seríssimo problema, em qualquer ciência.

Outra observação desse autor que queremos destacar é a proximidade que todas as teorias hermenêuticas guardaram com as questões da linguagem. RICOEUR nos faz notar que, nas línguas naturais, o caráter da polissemia, como

fenômeno cultural, (mesmo em termos sócio-lingüísticos) nem sempre se coaduna com as estruturas rígidas e formalmente construídas.

A proposta básica de Paul RICOEUR é a formulação de uma hermenêutica crítica. Como crítica, entende-se uma teoria não alienada dos aspectos sociais, históricos e culturais, bem como dos valores aí existentes, que condicionam e possibilitam a atividade da interpretação, assim como de outras funções intelectuais. O ideal romântico, da representação mental que iria endereçada diretamente a uma outra mente - como que pairando acima da realidade sócio-cultural - é uma idéia obsoleta e fictícia, compatível com a da neutralidade axiológica, sua consentânea. Ora; fora de um contexto histórico, axiológico e cultural, é impossível conceber e proferir juízos; é exatamente por causa da existência desse contexto que somos capazes de interpretar, inclusive porque essas interpretações recaem sobre o próprio contexto,

transformando-o. Assim, as ideologias, responsáveis pela sustentação dos *status* e papéis sociais em qualquer organização, exercem, enquanto valores, uma função sumamente relevante para a interpretação. As ideologias, para RICOEUR, são mais operatórias do que temáticas, pois é principalmente a partir delas que pensamos; e não somente sobre elas (e aqui se esboça a circularidade dessa concepção). Assim, é clara em Paul RICOEUR a impossibilidade da isenção axiológica, posto que não se pensa e não se fala de um lugar não-ideológico. Mesmo porque, não existem lugares não-ideológicos. São uma impossibilidade, já que todas as sociedades desenvolvem necessariamente a sua cultura, como um dado essencial à sua constituição. E, na cultura, as ideologias. Desse modo, tudo pode tornar-se ideológico: ética, estética, religião. E assim, através de RICOEUR aproximamo-nos mais das questões da cultura e de seus valores, que interessam ao estudo do direito moral.

A partir daí, RICOEUR desenvolve uma hermenêutica das ideologias<sup>15</sup>, cujos principais aspectos referem-se à decodificação e interpretação dos signos que compõem o discurso ideológico. Essa decifração ou dissecação dos sentidos ocultos nos sentidos aparentes só é possível pela interpretação hermenêutica dos símbolos aí existentes, bem como pela dissolução das ilusões da consciência. Afirma RICOEUR que a crítica das ideologias, para que se efetive realmente, deve submeter-se a uma reflexão interpretativa “meta-hermenêutica”, vale dizer; uma interpretação sobre os modos de interpretação das ideologias. Para RICOEUR, todo o pensamento moderno tornou-se interpretação e sua crise - bem como a da linguagem - seria solucionada pela desmistificação e pela restauração do autêntico sentido.

No entanto, para que se possa proceder a essa interpretação das ideologias, devemos, segundo RICOEUR, precaver-nos contra duas armadilhas: a)

---

<sup>15</sup> RICOEUR, Paul. *Interpretação e ideologias*, *op. cit.*

tomar como pressuposto a questão das classes sociais (isso faria derivar necessariamente o nosso pensamento à análise marxista da sociedade estratificada); e b) definir a ideologia de modo a justificar o funcionamento dessa mesma sociedade estratificada (ora, desse modo, estaríamos explicando o problema da dominação social e do poder como forma de integração, o que seria um erro, pois a integração social é um todo maior do qual a dominação é um mero aspecto). Assim, RICOEUR busca uma hermenêutica livre de qualquer intimidação, que tenha a audácia de cruzar Marx, sem seguí-lo nem tampouco combatê-lo.

Dessarte, conforme Paul RICOEUR, o exame dos critérios do fenômeno ideológico deve obedecer a três etapas distintas, a saber: a) - função geral da ideologia; b) - função de dominação e c) - função de deformação.

A função geral da ideologia é descrita em cinco traços. O primeiro nos diz que a análise deve acatar os



conceitos de ação e relação social formulados por Max WEBER, pois é no caráter significante e mutuamente orientado que as ideologias desvelam-se em toda sua originalidade. Essa significação recíproca e sistemática das ações e relações sociais está ligada à necessidade que os grupos têm de conferir-se uma imagem a si próprios. O segundo traço diz respeito ao dinamismo ou motivação social, pois as ideologias têm necessidade de demonstrar aos grupos sociais que o que professam tem razão de ser. Assim, mais que reflexo ou consequência, as ideologias têm caráter gerativo de si mesmo. Como traço terceiro, as ideologias são simplificadoras e esquemáticas, pois seu poder de atuação está na razão direta de sua capacidade dóxica (e não epistêmica). Daí surgem os *slogans* e as estereotípias; para que as ideologias, ao se tornarem opiniões, aumentem a sua eficácia. O quarto traço nos traz que as ideologias são operatórias e não temáticas, pois é mais a partir delas do que sobre elas que pensamos. A não-transparência dos nossos códigos

culturais - que são também ideológicos - são uma condição para a produção de mensagens sociais. Essa opacidade, essa impossibilidade de uma “reflexão total” ou de plena consciência sobre esses códigos faz com que a idéia seja, por excelência, uma instância não crítica. O quinto e último traço pensa na inércia, no retardo que caracteriza o fenômeno ideológico, quanto ao seu aspecto temporal ou cronológico, pois o novo só pode ser recebido a partir do típico, que é oriundo da sedimentação social. Ao deixar-se assimilar pela sociedade ela se sedimenta, torna-se assente, e perde as suas características típicas de ideologia. Ao assentar-se socialmente, faz com que mudem os fatos, as situações e os comportamentos, gerando-se assim novas ideologias, num incessante fluxo. Talvez por isso, na opinião de RICOEUR, nenhuma sociedade totalmente permissiva e pluralista seja realmente possível.

A segunda função, que é a da dominação, diz respeito ao problema da autoridade, no qual o fenômeno ideológico se cristaliza. A instituição da autoridade é um ato vinculado a uma necessidade social do grupo, um dado importante para a sua constituição. (Sobre esse tema, mencione-se os estudos de WEBER, a respeito da legitimidade da autoridade tradicional, legal-burocrática e carismática, que podem ser perfeitamente um extensão teórica dessa função ideológica.

A função da deformação refere-se ao condão que tem a ideologia de inverter os símbolos e valores, tomar o virtual pelo real e o reflexo pelo original. Na verdade, esse é o fenômeno insuperável da vida social, já que toda ela é constituída a partir de símbolos. FEUERBACH, ao tratar das antípodas, dizia que a religião não é exemplo de ideologia; e sim a própria ideologia, justamente em virtude dessa inversão.

Paul RICOEUR descreve, ainda, os dois anteparos ideológicos, como sendo forças subjacentes a esse

fenômeno e que, muito embora sejam antagônicos, alimentam-se recíproca e incessantemente. O primeiro desses anteparos é a “ideologia da conciliação a todo preço”, que numa interpretação simplista do Evangelho, apregoa a paz e o amor, evitando que se engendre conflitos e negando-lhes a fecundidade. Ora, a Paz, o Amor, o Bem, são virtudes escatológicas e estariam, portanto, *par-i-passu* à Justiça. E esta, para que se realize, vale-se do conflito e do princípio do contraditório. O segundo anteparo é o da “ideologia do conflito a todo preço”, oriundo de uma distorção difusa da filosofia hegeliana que chega até nos filtrada por interpretações acerca de MARX e NIETZSCHE. É a ideologia que fomenta a contestação e o antagonismo constantemente, insistindo na manutenção do conflito. Dessa feita, gera a marginalização de grupos e a segmentação da sociedade, de um modo desastroso.

Conforme. RICOEUR, a réplica à ideologia deve ser empírica (no sentido de permitir bases mais flexíveis para os experimentos); teórica (no sentido de buscar reflexões autenticamente filosóficas, repensando os valores humanos e seu enquadramento nas instituições socialmente criadas) e prática (no sentido de buscar formas menos traumáticas de conscientização das massas).

Para esse autor é provável que nossas sociedades já tenham ingressado no estágio da “estratégia complexa”, no qual as negociações políticas não interferem no ritmo da produção e do crescimento. Naturalmente que isso implica na superação e na ultrapassagem das formas clássicas de revolução.

Por outro lado e por completude, a teoria da interpretação de RICOEUR debruça-se com profundidade sobre a semiótica, a semântica e a sintaxe, bem como por todas questões a linguagem. São suas as palavras:

Há alguns anos eu costumava associar a tarefa da hermenêutica, em primeiro lugar, com a

decifração de diversos estratos de sentido na linguagem metafórica e simbólica. No entanto, hoje penso que a linguagem metafórica não é paradigmática para uma teoria geral da hermenêutica. Esta teoria deve cobrir todo o problema do discurso, incluindo a escrita e a composição literária<sup>16</sup>.

Dessa feita, os textos escritos apresentam possibilidades para a construção de interpretações, que oscilam entre o dogmatismo e o ceptismo. Vem aí a importância dos sentidos segundos, que rodeiam os objetos percebidos, por abrirem margem a várias leituras da obra. Nesse sentido, RICOEUR entende que a teoria esteja capacitada a reconsiderar o círculo hermenêutico, atribuindo-lhe um significado aceitável, pois a conjectura e a validação do texto encontram-se, de certa forma, relacionada circularmente, em suas abordagens subjetivas e objetivas<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> RICOEUR, Paul. **Teoria da interpretação**, Edições 70, Rio de Janeiro, 1989, p. 89.

<sup>17</sup> *Idem*, **Interpretação e ideologias**, *op. cit*, p. 90.

No entanto, em RICOEUR, a impossibilidade da neutralidade axiológica não exclui a hipótese da distanciação, de atemporalização entre o intérprete e o texto, necessária ao alargamento do âmbito da compreensão, que é a consequência da transposição inicial do primeiro evento para a universalidade do sentido.

Na verdade, podemos entender a hermenêutica de RICOEUR como algo humana, que não pretende transcender os limites dessa condição. Por isso o seu repúdio à hermenêutica romântica, especialmente ao chavão sobre “compreender um autor melhor que ele próprio se compreendeu a si mesmo”; ora, isso não é possível humanamente, nem tampouco compõe a instância crítica que RICOEUR alcança.

A seguir veremos como essas questões especificam-se para o Direito.

## 1.2 A linguagem do direito

A Teoria Geral do Direito, elaborada a partir da Teoria Geral da Relação Jurídica<sup>18</sup>, nos diz que enquanto somos sujeitos de fato em uma dada sociedade, os contatos, interações e conflitos próprios da vida social nos fazem, de imediato, produtores e portanto sujeitos de relações jurídicas. Assim, no dizer de FERRARA<sup>19</sup>, enquanto a capacidade de direito é uma simples condição de gozo, uma posição estática, a capacidade de agir denota uma atividade dinâmica, o poder de por em movimento os direitos, de produzir transformações mediante a atuação jurídica. Esta dinâmica, de bases conceptualmente sociológicas, vai construindo a tessitura para a produção da linguagem do Direito, consuetudinária ou científica.

A linguagem do Direito é científica quando assume carácter sistemático, ou seja, quando se trata de um

---

<sup>18</sup> ANDRADE, Manuel A. Domingues. **Teoria geral da relação jurídica**, (Vol. I - Sujeitos e Objectos), Almedina, Coimbra, 1992, 296 p.

<sup>19</sup> Citado por ANDRADE, Manuel A. Domingues, *op. cit.*



conhecimento obtido através do emprego metodológico, submetido ao crivo epistêmico. Para TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR<sup>20</sup>: “A sistematicidade é, portanto, argumento para a cientificidade. Entende-se, com isto, uma atividade ordenada segundo princípios próprios e regras peculiares, uma vez ou outra procurando o seu modelo na chamadas ciências da natureza”.

Por essa razão, não se pode confundir o caráter sistemático do direito com a dogmática do direito. Esta não considera, para os fins de sua produção teórica, os achados da Psicologia, da Sociologia, da História, da Lingüística, etc. No entanto, são também possíveis outras formas de tratamento dos temas de interesse jurídico - sendo que atualmente algumas denominam-se “metajurídicas” ou mesmo “parajurídicas”, se consideradas em relação à dogmática - que não deixam de ser científicas, se mantiverem o caráter sistemático e o suficiente rigor metodológico.

---

<sup>20</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**, 2ª ed., Perspectiva, São Paulo, 1991, 426 p.

É o próprio TÉRCIO que nos alerta para a impossibilidade de uma única ciência do direito, por causa do caráter múltiplo das formas de abordagem. Vai daí preferirmos pensar sobre as diversas “linguagens” geradas pelo direito, a título de saberes, por se coadunar, essa expressão, mais de perto com a realidade que estudamos.

Por causa das funções sociais do direito - normatizar comportamentos e solucionar litígios, de modo sempre decisório - a linguagem jurídica reveste-se, em seus discursos, de uma tipologia própria, que é a do poder e da persuasão. Como em todas as linguagens, o elemento ideológico permeia todo o discurso jurídico, só que muito mais fortemente, conferindo-lhe um grau mais intenso de elaboração. Por isso WARAT<sup>21</sup> nos alerta ao dizer que os juristas precisam empregar métodos mais eficientes nos estudos semióticos do direito, introduzindo análises discursivas que possibilitem reflexões mais amplas sobre a

---

<sup>21</sup> WARAT, Luís Alberto. **O direito e sua linguagem**, 2ª versão, 2ª ed. aumentada. Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1995, 120 p.

complexa gama de elementos sociais, políticos e históricos que ocorrem no bojo das significações jurídicas e na produção de seus saberes. Essa análise, pensamos, pode ser feita pela desconstrução das sínteses que reúnem elementos os mais variados (míticos, psicológicos, sociológicos, etc.) para a convalidação jurídico-normativa.

Pelo exposto, vimos que o discurso jurídico-positivo, caracteriza-se principalmente como suasório. Ensina-nos COELHO<sup>22</sup>:

Identificado o direito como um tipo de norma, o problema do “ser” jurídico desloca-se do plano dos caracteres diferenciais dessa norma em face dos outros imperativos sociais, para o plano de sua manifestação fenomenológica, enquanto forma normativa de pensamento e linguagem. A questão passou a ser a um tempo ontológica, quando se procurou definir o “ser” da norma, e epistemológica, quando se definiu a tipologia científica da jurisprudência em função de seu objeto.

As manifestações da norma jurídica desdobram-se de acordo com as estruturas sociais e assumem, portanto,

---

<sup>22</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**, 2ª ed., Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1991, 416 p.

características diferenciadas, não obstante sejam todas de poder e suação, como condição de eficácia. Essas características podem ser resumidas pelos modelos científicos do direito, conforme teorizou TÉRCIO<sup>23</sup>, sendo que cada um desses modelos representa, para esse autor, uma efetiva concepção do homem, como centro articulador do pensamento jurídico.

O primeiro modelo, chamado analítico, fala o direito como a condição para a resolução de conflitos e o convívio harmônico. Ao discurso jurídico, então, cabe sopesar, verificar a compatibilidade ou não dos interesses, descrevendo-os. Nessa hipótese, a linguagem do direito manifesta-se como um sistema de regras contido no ordenamento jurídico, exemplificado de modo muito acabado na linguagem do Código Civil.

O segundo modelo é aquele que emprega a linguagem jurídica no processo decisório, vale dizer, quando é preciso

---

<sup>23</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *op. cit.*

sentenciar sobre uma determinada situação. Esse modelo, porque busca o sentido através da atividade interpretativa, é denominado hermenêutico.

O modelo empírico, que seria então o terceiro, entende o direito como uma investigação das regras de convivência, no qual a linguagem jurídica deve ser um sistema explicativo do comportamento controlado por normas. Nesse caso, o ser humano é entendido como um ser dotado de funções, adaptável às constantes transformações do meio.

Para TÉRCIO<sup>24</sup>, esses três modelos não são estanques, mas interrelacionam-se sem prejuízo da unidade do sistema jurídico.

Os danos morais e estéticos no direito brasileiro, diante da ausência de dispositivos analíticos mais precisos para a sua avaliação, têm sido aquilatados jurisprudencialmente, de modo preponderante, pelos

---

<sup>24</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *op. cit.*

modelos hermenêutico e empírico, que são também formas de concatenação do raciocínio e expressão do direito, como prestação e linguagem.

No entanto, a proposta desta pesquisa vislumbra alguns talhes transversais, com vistas à decomposição do discurso. Nesse sentido, o que se tem acima descrito como modelos, pode ser entendido como códigos de linguagem, já que a função dos códigos é modelar, dar forma ao mundo. Por isso os códigos têm sempre funções semânticas, para assegurar a sua traduzibilidade em valores. E, para subsidiar a eficácia, no interior do código instauram-se automaticamente os processos inferenciais, que garantem o consenso. Assim, um código é sempre uma semia de relações mais uma série de regras institucionais. Daí poder-se falar em intercódigos e subcódigos inerentes a quaisquer discursos, inclusive ao jurídico.

BARTHES, aludindo ao universo dos códigos intertextuais à que a história remete, faz-nos observar as

razões pelas quais se busca códigos de comportamento e linguagem por toda parte e a todo custo: é a busca do já visto, do conhecido, da identidade para consigo e mesmo e para com o mundo; é a busca do consenso, para o qual o código é o sulco. O prejuízo moral e estético, bem como sua necessidade de reparação, operam no interior de alguns códigos ainda não objetivados pela fala sistemática do direito. É preciso então cuidar para que essa objetivação seja de fato um passo adiante, e não um retorno à inefabilidade, já que a existência do código não é garantia de segurança e estabilidade; ao contrário, pode ser a promessa de novas inquietações.

### **1.3 A decodificação da linguagem**

Se a linguagem se constrói em códigos, a sua análise se faz, evidentemente, pela decodificação.

No caso do discurso jurídico, que tipologicamente é de persuasão e poder porque normativo, sabemos que tem sido codificado, durante séculos, pelas várias retóricas<sup>25</sup>.

Ora; nada mais plausível, pois desde ARISTÓTELES<sup>26</sup> o estudo da retórica implicava na lógica e no da linguagem. Mesmo em nossos dias, não se estuda lógica - especialmente lógica jurídica - sem que se a examine sob o prisma lingüístico, tal como fazem, por exemplo, Paulo Barros de CARVALHO<sup>27</sup>, PERELMAN<sup>28</sup> e RICOUER<sup>29</sup>.

Um dos principais méritos de ARISTÓTELES, na Arte Retórica, foi ter descoberto as leis que regem a

---

<sup>25</sup> ECO, Umberto. **A estrutura ausente** (introdução à pesquisa semiológica), 7ª ed. Perspectiva, São Paulo, 1991, 426 p.

<sup>26</sup> ARISTÓTELES. **Arte retórica e arte poética** (tradução de Antonio Pinto de Carvalho e estudo introdutório de Goffredo Telles Junior), Tecnoprint, Rio de Janeiro, 1994.

<sup>27</sup> CARVALHO, Paulo Barros de. **Curso de lógica jurídica**, (s.l.), 1993.

<sup>28</sup> PERELMAN, Chäim e OLBRECHTS - TYTECA, Lucie. **Trattato dell'argomentazione**, (prefácio de Norberto Bobbio). Enaudi, Turim, 1996.

<sup>29</sup> RICOUER, Paul. **Teoria da interpretação**, 4ª ed., Edições 70, Rio de Janeiro, 1989.



argumentação.

ARISTÓTELES distinguia três tipos de discurso: o deliberativo (que versava sobre o que seria útil ou não ao andamento da vida social); o judiciário (que versava sobre o justo e o injusto) e o epidítico (que se desdobrava em loas ou em vitupérios ao que quer que fosse).

Durante séculos o estudo da retórica foi abandonado. Só depois da década de 70, com o reconhecimento da importância metateórica da semiótica e da lingüística, esse tema foi retomado, com o nome de “A Nova Retórica”. A retomada e o desenvolvimento desse estudo, que se deu *pari-passu* ao da Hermenêutica, está sendo mais e mais encarada como técnica de um raciocinar humano controlado pela dúvida e submetido a todos os condicionamentos sociais, históricos, biológicos e psicológicos, como qualquer outro ato humano.

Nesse sentido, a Retórica de nossos dias procede a um recenseamento dos modos de pensar, das opiniões

comuns e adquiridas à guisa de consenso dos argumentos já introjetados pelo corpo social. É por essa razão que, para Umberto ECO<sup>30</sup>, o estudo da retórica, hoje, deveria tornar-se um capítulo fundamental de toda antropologia cultural.

Há vários graus do discurso suasório. No entanto, o ponto de partida da “Nova Retórica” são os “topoi” (e não mais somente as categorias de quantidade, qualidade, as parêmys, metáforas e translações aristotélicas e medievais).

DUCROT<sup>31</sup> desenvolveu, em conjunto com Jean Claude ANSCOMBE, a teoria da Argumentação na Língua, introduzindo a noção de “topos”<sup>32</sup> como sendo um lugar comum argumentativo. Os “topoi” são, na concepção desses autores, os conectivos que assinalaram a relação argumentativa da linguagem, que é explicada pela situação ideológica do discurso e pelos princípios lógicos,

---

<sup>30</sup> ECO, Umberto. **A estrutura ausente**, *op. cit.*

<sup>31</sup> DUCROT, Oswald. **Argumentação e “topói” argumentativos** (*in* história e sentido na linguagem, org. por Eduardo Guimarães), Pontes, Campinas, 1989.

<sup>32</sup> “Topos”, em grego, significa “lugar”. “Topói” é o plural de “topos”. (N.A.)

psicológicos, retóricos, sociológicos, etc. A significação está, então, embrenhada nos códigos, que os “topói” estrategicamente podem revelar.

Sobre o papel e o emprego dos “topoi” na esfera do direito, alguns autores já se têm ocupado. Para FACHIN<sup>33</sup>, por exemplo, “os denominados tópicos jurídicos permitem na sua explicitação que seja dada guarida (...), de toda carga cultural da comunidade, através da ação do juiz, mediante tarefa do Direito”. A ressaltar a importância da tópica para a orientação do problema, adverte-nos esse autor, desde logo, sobre a impossibilidade da apreensão total do significado, pois a sua utilidade reside em ser, basicamente, “uma *techne* do pensamento”<sup>34</sup>, ou, conforme CÍCERO, um “procedimento de busca de premissas”<sup>35</sup>. Aponta com peculiar propriedade Luís Fernando COELHO<sup>36</sup> três

---

<sup>33</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Revista de Processo** nº 27, ano 7, (Jurisprudência comentada) RT, São Paulo, jul/set 1982, p. 254 a 260.

<sup>34</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>35</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>36</sup> COELHO, Luís Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**, 19<sup>a</sup> ed. Forense, Rio de Janeiro, 1979, *apud* FACHIN, *op cit.*

características básicas do pensamento tópico: problemático; argumentativo e assistemático. E aduz: “as operações de natureza prevalentemente tópica, são operações pré-lógicas, problemáticas e fornecem o material para posterior tratamento sistemático-dedutivo.

Assim considerado, é preciso então buscar, nos códigos da linguagem jurídica, os “topói” do dano moral, a partir dos elementos antropológicos, sociológicos e valorativos, conforme se verá no próximo capítulo.

## **CAPÍTULO 2**

### **ELEMENTOS DA ANTROPOLOGIA E DA SOCIOLOGIA PARA A LINGUAGEM DO DIREITO MORAL**

#### **2.1 O método antropológico e o sociológico**

Quando buscamos extrair elementos de uma ciência para servir a outra, devemos conhecer, em primeiro lugar, que métodos são empregados para a obtenção dos resultados dos quais nos valeremos. Nesse sentido, é imprescindível o papel da Epistemologia. A indagação acerca dos modos da observação da análise e das sínteses, sua validade e emprego, são o acompanhamento indispensável da cientificidade.

Em seus primórdios, na década de trinta, a Antropologia - até então denominada “ciência das sobras” - referenda a sua autonomia didática e científica com os

fundamentos trazidos por LINTON<sup>37</sup> e MALINOWSKI, fundadores da antropologia cultural e da antropologia social, respectivamente.

LINTON<sup>38</sup>, na explicação da formação das culturas, dos sistemas sociais e do *background* da mentalidade humana, desencadeia as reflexões a partir da relação homem/natureza, com fortes bases biológicas e consanguíneas. MALINOWSKI, no trato dos temas similares, concentra o foco do sentido sobre a teia de relações mais puramente sociais e portanto menos ancoradas na base “bio”. Ora; é bem de se ver como, até hoje, permanecem no direito questões que remontam a essa celeuma antropológica, por exemplo, as questões da organização familiar - em especial a paternidade -, a origem dos contratos, etc.

---

<sup>37</sup> LINTON, Ralph. **O homem: uma introdução à antropologia**, 10<sup>a</sup> ed. Martins Fontes, São Paulo, 1976.

<sup>38</sup> *Idem, Ibidem.*

Assim, é possível afirmar que a tensão entre as forças sociais e biológicas é um “topói” estudado pela antropologia, presente de modo muito nítido no direito civil.

Atualmente, o método antropológico, já evoluído de suas bases e acrescido pela interdisciplina, está convencido de que a linha entre o modo de representação e o conteúdo substantivo da cultura é, de fato, intraçável em termos de tautologias, especialmente por causa do fenômeno ideológico<sup>39</sup>.

Essa afirmação parece ameaçar o *status* objetivo do conhecimento antropológico, sugerindo que sua fonte não é uma realidade social, mas um artifício erudito. Na verdade, não se trata de nenhuma ameaça à cientificidade, se considerarmos, como ARISTÓTELES<sup>40</sup>, no prólogo da *Ética a Nicômano* a pluralidade do saber em razão das diversas natureza dos temas; ou, como DILTHEY<sup>41</sup>, que nas ciências

---

<sup>39</sup> *Supra*, p. 22.

<sup>40</sup> *Supra*, p. 15.

<sup>41</sup> Apud MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia básica*, 3<sup>a</sup> ed., Saraiva, São Paulo, 1976, p. 4.

exatas e biológicas - as chamadas *hard sciences* -, a verificabilidade possibilita a explicação dos fenômenos. Já nas ciências humanas - *soft sciences* - o sujeito confunde-se com o objeto da pesquisa, por isso a compreensão prepondera sobre a explicação.

Ciente do problema da impossibilidade da neutralidade axiológica, não visa, a antropologia atual, medir a irrefutabilidade das asserções, diante dos achados das pesquisas, mas sim diante do poder da imaginação criadora que, depois de POPPER, é fundamental para a investigação do espaço da **não-ciência**, que os métodos absolutamente objetivos não dão conta de percorrer.

Enquanto isso, CARBONNIER nos fala do espaço do **não-direito**.

É de interesse, então, cruzar os códigos metodológicos entre essas disciplinas para analisar os seus



produtos. Assim, é que GEERTZ<sup>42</sup> nos diz, no capítulo “Por uma teoria interpretativa da cultura”:

A cultura é tratada de modo mais efetivo (...) puramente como sistema simbólico (a expressão-chave é “em seus próprios termos”) pelo isolamento dos seus elementos, especificando as relações internas entre esses elementos e passando então a caracterizar todo o sistema de uma forma geral de acordo com os símbolos básicos em torno dos quais ela é organizada, as estruturas subordinadas das quais é uma expressão superficial, ou os princípios ideológicos nos quais ela se baseia.

A unidade de análise da antropologia contemporânea continua sendo o comportamento, enquanto ação social, no sentido weberiano, porque é através desse fluxo que as formas culturais encontram a sua articulação. Evita abordagens herméticas, por parecerem perigosas, com risco de fechamento e estagnação, até porque, de muito pouco adianta extrair-se conceitos e encarcerá-los nos esquematismos.

---

<sup>42</sup> GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**, Guanabara Koogan, Rio de Janeiro, 1989, p. 27.

Desse modo, ainda conforme GEERTZ<sup>43</sup>, o comportamento se constitui, para a antropologia, um discurso que é *noema*, enunciado ou enunciação de uma substância. Enquanto a cultura ou os seus valores são o elemento essencial, o comportamento diz, fala essa substância. É o significado do acontecimento, a sua declaração, e não o acontecimento como acontecimento. Por isso o comportamento é uma linguagem sobre um valor.

Naturalmente que a interpretação desses comportamentos nos devolveria à Hermenêutica, já mencionada anteriormente. Sobre esse ponto, vale-se a antropologia do “paradigma do consenso”, conforme formularam HABERMAS e MANNHEIM<sup>44</sup>, ao dizerem que do consenso emerge o critério essencial, seletivo de uma ideologia.

---

<sup>43</sup> GEERTZ, Clifford. *op. cit.*, p. 29.

<sup>44</sup> MANNHEIM, Karl; MERTON, Robert King e MILLS, C. Wright. **Sociologia do conhecimento**, 2ª ed., Zahar, Rio de Janeiro, 1974, p. 15.

Já DURKHEIM<sup>45</sup> nos falara, de certo modo, dessa idéia, ao descrever o tipo social médio, como um ser esquemático que reúne as características mais gerais e freqüentes da comunidade, entretanto, a nenhum ser individualizado.

Ora; os padrões hauridos da leitura dos comportamentos podem consistir, por certo, em elementos para a avaliação qualitativa dos danos morais, pelo direito; enquanto que outros referenciais, como a idéia do “tipo social médio”, é um modo quantitativo de mensuração da gradação da lesão, conforme se verá mais adiante.

Quanto ao método sociológico, tem-se que guarda grande similitude ao antropológico. Destaca-se a ênfase sobre a objetividade, já na esteira da tradição lançada por COMTE. Dos funcionalistas, especialmente com MERTON,

---

<sup>45</sup> DURKHEIM, Émile. **Objetividade e identidade na análise da vida social**, in *Sociologia e Sociedade*, 13<sup>a</sup> ed., LTC, São Paulo, 1988, p. 23 e segs.

na década de setenta, tem-se interessantes mecanismos de apreciação dos fatos sociais, por analogia ou contrastes entre diferentes sistemas, ou entre a parte e o todo. Esses mesmos mecanismos são igualmente válidos para a apreciação de institutos jurídicos, segundo LEITE<sup>46</sup>.

Cumprе observar, porém, que o método sociológico apresenta, em decorrência da busca da verdade objetiva, uma característica fortemente quantitativa, que se afirma pelo largo emprego dos recursos estatísticos.

A antropologia, por seu turno, volta-se para outros caminhos, como bem exemplifica RADCLIFFE-BROWN<sup>47</sup>:

Pero existen conexiones importantes de la lingüística y la antropología social. Por ejemplo, el problema etnológico del pueblo ario es un problema lingüístico además que arqueológico, un problema racial y cultural. Por último, llegamos a la antropología social, el estudio teórico general de las instituciones sociales: derecho, religión, organización política y económica, etc.

---

<sup>46</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**, 2<sup>a</sup> ed., SAFE, Porto Alegre 1987, p. 12-3.

<sup>47</sup> RADCLIFFE-BROWN, A. R. **El método de la antropología social**, Anagrama, Barcelona, 1975, p. 117-8.

## 2.2 Reinos não-formalizados de significações

O dano moral, já conceituado pela doutrina do direito, com ampla observação da jurisprudência, tem sua conceituação formulada através de filtros que possibilitam o acesso da realidade mais ampla ao código jurídico. Esse código - que na verdade é a forma na qual cabem os conteúdos reconhecidos pelo sistema - traduz-se em **linguagens** que chamamos<sup>48</sup> de **terceiro plano**, como a capacidade dos sujeitos, objeto lícito, etc.; **linguagens de segundo plano**, que seriam as teorias da reparação, da vontade ou do risco, nexos causal, constatação do evento

---

<sup>48</sup> Essa classificação da linguagem jurídica sobre o dano moral em três planos é a mínima que se poderia fazer, num primeiro momento. Na verdade, poderíamos abrir tantos planos ou sub-planos quantos fossem interessantes para a perspectiva do estudo, por exemplo: o plano histórico, econômico, político, gramatical ou filológico, etc. Importa, por ora, a idéia de que cada um desses planos configura um filtro das representações, ou seja, uma etapa a mais do refinamento das idéias, produzido na “fieira” da linguagem. A cada fase, dos planos, tem-se um produto mais acabado e especializado. Preocupa-nos, neste estudo, o **sentido** desses acabamentos, a **política de seus significados**. (N.A.)

danoso, etc.; e as **linguagens de primeiro plano**, que são as bases para a liquidação dos danos, as unidades de medida.

Como esta tese se propõe a buscar **elementos alternativos, ampliadores e complementares** à linguagem jurídico-formal, temos de adentrar a outros planos da realidade social e cultural, - que agora denominamos “reinos não-formalizados de significações”, a fim de analisarmos os achados aí existentes.

Lembre-mo-nos, entretanto, que esses achados foram obtidos através do método antropológico e sociológico, conforme se descreveu no item 2.1 *supra*. Destarte, a síntese desses conceitos diversos, ao final, estará a exigir de nós uma possível superação metodológica.

Vejamos. A história do direito tem revelado, em seu desenvolvimento, algumas posições binomiais polares, algumas vezes antitéticas e, na impossibilidade de sínteses, aporéticas. Por exemplo: a célebre celeuma entre jusnaturalismo e juspositivismo, as exegeses literais ou

sociológicas dos textos legais, as concepções da nomoestática e nomodinâmica em BOBBIO a partir de Kelsen, etc. Outras vezes, em vez de binômios, temos concepções trinômiais ou mesmo polinomiais. Estas são, por exemplo, as vertentes da Teoria Geral do Direito. Observa-se que, quanto maior o grau de abstração teórica, mais se pode multifacetar as idéias.

Ora; todas essas questões advêm, sempre, de uma visão de mundo e de homem. Cada vez mais se discute, só para exemplificar ligeiramente, o papel do contrato<sup>49</sup>, o conceito de sujeito de direitos<sup>50</sup>, o princípio da boa-fé<sup>51</sup>, a filiação<sup>52</sup>, a família<sup>53</sup>, bem como os mitos e os dogmas

---

<sup>49</sup> ROPPO, Enzo. **O contrato**, Almedina, Coimbra, 1988, p. 295-348.

<sup>50</sup> MIAILLE, Michel. **O sujeito de direito**, in Introdução crítica ao direito, Estampa, Lisboa, 1989, p. 114-121.

<sup>51</sup> NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais** (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual), Saraiva, São Paulo, 1994.

<sup>52</sup> VILLELA, João Batista. **Desbiologização da paternidade**, in Separata da Revista da Faculdade de Direito (da) Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano XXVII, nº 21, maio de 1979.

<sup>53</sup> ARNAUD, André-Jean. **O direito traído pela filosofia**, Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 1991, p. 119-139.

do direito<sup>54</sup>, a partir da reflexão homem-mundo ou homem-sociedade história.

Ora; se o mundo é uma construção eminentemente humana, a sua interpretação o é ainda muito mais. O mundo - artifício humano - é, então, a quintessência do homem, o resumo de seus valores, suas capacidade, suas incertezas. Por isso, estabeleçamos desde logo, à guisa de “pacto semântico”, que as expressões vocabulares “homem”, “cultura” e “valores” serão empregadas conforme as entende ARENDT<sup>55</sup>:

Para evitar erros de interpretação: a condição humana não é o mesmo que a natureza humana, e a soma total das atividades e capacidades humanas que correspondem à condição humana não constitui algo que se assemelhe à natureza humana. Pois nem aquelas que discutiremos (...) nem as que deixamos de mencionar, como o pensamento e a razão, e nem mesmo a mais meticulosa enumeração de todas elas, constituem características essenciais da existência humana no sentido de que, sem elas, essa existência deixaria de ser humana (...). O problema da natureza

---

<sup>54</sup> CORREAS, Ocar. *La voluntad jurídica*, in *Introducción a la crítica del derecho moderno*, 2ª ed., Universidad Autónoma de Puebla, Puebla, 1986, p. 79-87.

<sup>55</sup> ARENDT, Hannah. *A condição humana*, 6ª ed., Forense-Universitária, Rio de Janeiro, 1993, p. 17-8.



humana, a *quaestio mihi factus sum* (a questão que me tornei para mim mesmo) de Agostinho<sup>56</sup>, parece insolúvel, tanto em seu sentido psicológico como em seu sentido filosófico geral.

Para LAFER<sup>57</sup>, as colocações de ARENDT são importantes, porque comportam uma perfeita analogia com o direito. ARENDT é que concebeu a idéia de “ruptura”, fundamental para a construção dos saberes de nosso século. LAFER<sup>58</sup> entende que “a crise do direito também se coloca como faceta da ruptura quando os jusfilósofos começam a falar no declínio e na morte do direito e de como o direito participa, para invocar um importante texto de CARBONNIER, da angústia contemporânea pelas dúvidas que provoca nos próprios juristas”.

---

<sup>56</sup> AGOSTINHO, considerado como um dos primeiros a formular com clareza a questão antropológica na filosofia, através das perguntas “quem sou?” e “o que sou?”. A primeira é feita pelo homem a si próprio (*Confessiones* x.6); e na segunda o homem dirige-se ao Criador (*idem*, x.17). (N.A.).

<sup>57</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução do direitos humanos** (um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt), Companhia das Letras, São Paulo, 1988, p. 85.

<sup>58</sup> *Idem, Ibidem.*

Ainda sobre a condição humana, esse domínio ou “espaço” não-formalizado preenhe de significados, que se constitui, em última instância, na matéria-prima do direito e de tantas ciências, há outras ponderações que gostaríamos de incorporar a este estudo, como por exemplo, algumas idéias de MORIN<sup>59</sup>, especialmente no que concerne à evolução, absorção e substituição dos valores da cultura<sup>60</sup> - e mesmo da própria cultura - uns pelos outros.

Entende MORIN<sup>61</sup> que os desenvolvimentos ulteriores das sociedades, em relação aos seus valores fundamentais, não apresenta como principal fenômeno o desaparecimento de um ou de outro, mas sim a integração de uma cultura na outra, de forma cada vez mais complexa e sutil, gerando esquemas multipolarizados - o que, via de regra, não se verifica nas sociedades simples.

---

<sup>59</sup> MORIN, Edgar. **O paradigma perdido: a natureza humana**, 5<sup>a</sup> ed. Publicações Europa Ltda, Sintra, 1973.

<sup>60</sup> *Supra*, item 1.1, *Hermenêutica e ideologias*, cf. pensamento de Paul Ricoeur.

<sup>61</sup> MORIN, Edgar. *op. cit.*, p. 196 e segs.

Assim, se transpusermos a questão evolutiva do direito moral<sup>62</sup> para esse contexto, veremos como o seu desdobramento, para efeitos da reparação civil exemplifica, com efeito, um desses ditos **esquemas multipolarizados**.

### 2.2.1 Unidade na diversidade

Um dos problemas da **quantificação do dano moral**, conforme se examinará ainda neste estudo, respeita à aplicação de regras ou princípios genéricos aos casos concretos, individualizados. Esse, aliás, foi o grande desafio dos tratadistas do direito moral, materializado através da formulação de tabelas, padrões e referências que pudessem aquilatar e refletir a extensão do prejuízo e, por conseguinte, determinar a reparação (ainda que não a “repristinação”, como ensinou Pontes de Miranda).

---

<sup>62</sup> *Infra*, Parte II, Capítulo 3, *O direito moral*, item 3.1, *Conceituação básica*, p. 90.

Na verdade, a questão da avaliação casuística do dano moral remonta ao problema dos universais. Nesse sentido, MORIN<sup>63</sup>.

Neste ponto, voltamos a encontrar um velho problema, que se põe numa alternativa tão fechada como a alternativa natureza/cultura: o da unidade e da diversidade humanas. Ou se opõe à extrema diversidade dos indivíduos, das etnias, das culturas, um princípio abstracto de unidade que as esfolie ou que delas faça simples epifenómenos; ou se opõe a este princípio abstracto e imóvel uma heterogeneidade que se torne, ela mesma, ininteligível. O mais extraordinário é que **a unidade do homem foi preservada não só apesar da diferenciação, mas também graças à diferenciação sociocultural.** Esta última, ao mesmo tempo que aumentava as diferenças individuais, tornava as culturas, e até as classes duma mesma sociedade, estrangeiras entre si, mantendo, efetivamente, a unidade da espécie (...). Tudo isto, bem entendido, porque as competências do cérebro do *Homo sapiens* permitiam uma enorme gama de adaptações, de mudanças, de diversificações, de transformações, no interior de limites extremamente largos. Assim, **a humanidade leva ao mais alto grau o paradoxo do um e do múltiplo.** (Grifos nossos).

Contudo, permanece o problema da relação entre as teorias e a pesquisa sobre essas relações, problema que se amplia na apreciação dos casos específicos e

---

<sup>63</sup> MORIN, Edgar. *op. cit.*, p. 201-3.

individualizados. De qualquer modo, o objetivo é sempre o mesmo: fazer aflorar, através da pesquisa das zonas que se nos apresentam como obscuras da realidade, soluções para um problema, caracterizado como defasagem entre essa mesma realidade e o corpo teórico que dela trata.

Na permanência desse problema, bem assim na busca da sua solução, verifica-se a presença de uma “tensão” entre a teoria, a pesquisa e a prática, que é também sempre presente entre o particular e o universal, entre o acessório e o principal. Essa tensão, enquanto “força”, pode comportar diversos graus. Quando a tensão “ótima” entre os pólos se perde, pode-se ter o empobrecimento dos conceitos, pois da fonte jorram menos questões. É o que diz a “Estética da Recepção”<sup>64</sup>, no sentido de que um texto semiótico qualquer é tanto mais rico para a interpretação quanto mais elementos contiver; ainda que esses elementos busquem cercar as possibilidades de digressões interpretativas. Qualquer obra,

---

<sup>64</sup> cf. EAGLETON, Terry. **Teoria da literatura: uma introdução**, Martins Fontes, São Paulo, (s.d.) p. 59.

por mais sólida que pareça, compõe-se também de “hiatos”- tal como são os quadros da física moderna, que devem ser preenchidos por conexões da inteligência, especialmente no que tange às relações, entre conceitos entre si, entre teorias, pesquisa e prática, entre universais e singulares.

Dessa perspectiva, parece haver um *continuum* no qual os dois extremos seriam ocupados, de um lado, pelo casuísmo e pela empiria; de outro, pela teoria. No primeiro caso, é a realidade concreta que parece ofuscar e dominar, apontando para esta ou aquel’outra fraqueza da teoria. No segundo, é o fascínio pela universalidade que nos conduz às generalizações, à busca de leis e princípios, esmaecendo, por seu turno, o color da realidade empírica.

Esse raciocínio, que remonta à célebre controvérsia entre o indutivismo e o dedutivismo, longe de apontar a solução, demonstra a importância do zênite da questão para a proficuidade da pesquisa. Nesse sentido, a resposta cabal seria o “envelhecimento” ou o declínio teórico da questão.

Por isso é importante verificar a permanência de resíduos não explicados para a prossecução das indagações para, quem sabe, seguindo FLAUBERT, poder encontrar “*le bon Dieu dans le détail*”<sup>65</sup>.

É fundamental observar a manutenção da interlocução teórica no corpo do saber, como indício da vivificação da questão. O oposto seria a relegação do problema à memória fria do conhecimento superado - embora presente - mas cuja presença teórica nos fala de um lugar mais ausente e pretérito.

Sobre a dialogia entre as teorias, é oportuno lembrar que sempre que elegemos um interlocutor, deixamos a descoberto alguns traços característicos nossos. Esse truísmo, ao mesmo tempo em que nos serve de guia para alguns lugares epistemológicos, nos mostra, ambigualmente, a força do fenômeno ideológico permeando todo o pensar.

---

<sup>65</sup> *Apud* PEIRANO, Mariza. **A favor da etnografia**, Relume Dumará, Rio de Janeiro, 1995, p. 49.

### 2.3 Mito: fala, forma e conceito

Por que razão um estudo que busca investigar os tecidos da linguagem que reveste o dano moral preocupa-se com a mitologia? A resposta pode estar com CAMPBELL<sup>66</sup>:

Não acredito que se possa ter interesse por um assunto só porque alguém diz que isso é importante. Acredito em ser capturado pelo assunto, de uma maneira ou de outra. Mas você poderá descobrir que, com uma introdução apropriada, o mito é capaz de capturá-lo. E então, o que ele poderá fazer por você, caso o capture de fato?

Vejamos o que o mito pode fazer pela dissecação das idéias acerca do direito moral.

Em primeiro lugar, é preciso considerar que o mito é uma fala<sup>67</sup>. Mas, naturalmente, não é uma fala qualquer. É um sistema de comunicação, que se desenvolve em condições especiais para que configure o mito, com toda a

---

<sup>66</sup> CAMPBELL, Joseph. **O poder do mito**, 12<sup>a</sup> ed., Palas Athena, São Paulo, 1995, p. 2.

<sup>67</sup> BARTHES, Roland. **Mitologias**, 9<sup>a</sup> ed. Bertrand Brasil, Rio de Janeiro, 1993, p. 131.



sua carga valorativa e representativa da cultura. O mito é, então uma forma capaz de conter e transportar um conceito, no caso um valor, que é o direito moral.

Não é o objeto que define o mito; mas sim a forma, os limites nos quais ele é proferido. Então, o mito não é substancial; mas sim formal. A substância é o valor, o conceito em si.

Ouçamos BARTHES<sup>68</sup>:

Logo, tudo por ser mito? Sim, julgo que sim, pois o universo é infinitamente sugestivo. **Cada objeto do mundo pode passar de uma existência fechada, muda, a um estado oral, aberto à apropriação da sociedade**, pois nenhuma lei, natural ou não, pode impedir-nos de falar das coisas. (Grifo nosso).

Os mitos não aparecem todos simultaneamente, nem são constantes em suas manifestações. Alguns submergem por algum tempo, depois reaparecem, geralmente renovados em sua roupagem semiológica. Ainda para BARTHES<sup>69</sup>, “pode conceber-se que haja mitos muito antigos, mas não

---

<sup>68</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>69</sup> *Idem, Ibidem*, p. 132.

eternos; pois é a história que transforma o real em discurso, é ela e só ela que comanda a vida e a morte da linguagem mítica”. Assim, vê-se que a mitologia tem um fundamento histórico - além de axiológico e cultural -, pois não poderia exsurgir como criação *ex-nihil*.

WARAT<sup>70</sup> apresenta “uma reflexão sobre o duplo papel que desempenham as representações mitológicas: como centro de gravitação das teorias do Direito e como forma de atualização do autoritarismo e do poder da razão jurídica na fixação das relações sociais. Explica WARAT<sup>71</sup>; advertindo-nos, entretanto, para o grau significância<sup>72</sup> da teoria crítica, como sintomas de crise:

Assim começa, na modernidade, a discussão sobre as condições de possibilidade do conhecimento,

---

<sup>70</sup> WARAT, Luiz Alberto. **O grau zero e o grau histórico das significações do direito - um modelo de idéias para armar** (*in* Introdução geral ao direito, t. II, A epistemologia jurídica da modernidade), SAFE, Porto Alegre, 1995, p. 321.

<sup>71</sup> *Idem*, **A teoria crítica do direito e as condições de possibilidade da ciência jurídica** (*in* Introdução geral ao direito, t. II, *op cit*) , p. 348.

<sup>72</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 346, nota de rodapé nº 4, onde explica que a significância, para a teoria lingüística, é a característica dos “signos de grau complexo onde o sentido é plural e nunca se fecha” (N.A.).

fornecidas a partir de uma consciência (logo, um método), com poderes para pressentir a essência do real, da sociedade e da sua própria natureza. Como um grande paradoxo, a natureza do próprio conhecimento não teria nenhuma relação com o social e com a história. A partir de Platão o lugar da verdade ficou, de um modo ou de outro, fora da história e da sociedade, como contemplação e desdobramento ordenado da consciência ou do discurso metódico sobre o real. Perante a realidade a consciência ou o discurso foram sempre posicionados, como devendo-a captar em suas formas puras. Isto quer dizer, também, eliminar suas ambivalências e contradições, para buscar, a partir do “cogito” ou do método, uma ordem unívoca, apagada por um efeito de caos na superfície. Então, o lugar da verdade ficou marcado com o lugar da razão adulta. A teoria crítica não escapa a este mito da razão adulta, pois pretende denunciar as contradições do direito burguês, produzindo uma ordem monológica e coerente de significações. O espaço da verdade é assim glorificado, mitificado autoritariamente. Desta forma temos na sociedade um grande paradigma desejante, que funciona com a ordem sancionada de nossos desejos e como um grande dispositivo de poder. A razão adulta é, assim, um complexo de significações “mito-lógicas”, que interpela os indivíduos, impedindo que suas identidades, seu valores, seus desejos fiquem como uma potência nômade.

É interessante observar, também, que o mito, para significar, necessita de dois, três ou mais termos, a fim de operacionalizar a sua funcionalidade. Por exemplo: o elemento “rosas”, aliado ao “vermelho”, denotam, na

linguagem afetiva, o mito da paixão. Isoladamente, não o fariam.

No caso do fundamento mítico do dano moral, poderíamos decompô-lo, por hipótese:

a) nos três planos de linguagem mencionados no item 2.2, *supra*<sup>73</sup>, ou em seus possíveis sub-planos;

b) nos princípios genéricos da avaliação do dano e sua aplicação casuística, conforme se descreveu no item 2.2.1, *supra*<sup>74</sup>;

c) No talhe epistemológico do fenômeno ideológico que lhe subjaz, conforme o item 1.1., *supra*<sup>75</sup>;

d) em várias outras possibilidades, enquanto modos diversos de análise; para, ao final, termos um dos possíveis retratos da sedimentação mítica presente em toda a construção jurídica do direito moral. Essas análises, de

---

<sup>73</sup> *Supra*. Item 2.2 *Reinos não formalizados de significações*, p. 57.

<sup>74</sup> *Supra*. Item 2.2.1 *Unidade na diversidade*, p. 63.

<sup>75</sup> *Supra*. Item 1.1 - *Hermenêutica e ideologias*, p. 22.

qualquer modo, seriam sempre uma apreensão parcial da realidade a que se referem; e jamais a sua tautologia. Enquanto a realidade é algo de totalidade, a análise - entendida como a decomposição do todo em suas partes - é linear, e pressupõe a sucessão cronológica; não a simultaneidade, que é total.

Além disso, a própria seleção do método da decomposição (como, por exemplo, o que se sugeriu acima), implica em triagem, ou seja, a preferência de alguns elementos em detrimento de outros, o que nos levaria, por certo, ou a acirradas discussões sobre a neutralidade científica ou, de outro lado, ao mais absoluto silêncio, se entendêssemos como WITTGENSTEIN<sup>76</sup>, que se não temos certeza de que aquilo que falamos corresponde à realidade, devemos calar a respeito de tudo.

A questão poderia nos conduzir, ainda, ao um ceticismo renovado (ou, pior, ao nihilismo), se levarmos às

---

<sup>76</sup> WITTGENSTEIN, Ludovic von. *Tractatus*, (s.l).

últimas conseqüências essas questões, como expõe, por exemplo, CHAUI<sup>77</sup>.

Porém, não é essa a proposta deste trabalho. **Aqui, o que pretendemos é buscar novas descrições do fenômeno jurídico, diferentes modos de falá-lo - o que significa pensá-lo, já que pensamento e linguagem não subsistem isoladamente - e, assim, quem sabe, ampliar as bases da reflexão sobre as quais se assentam o direito moral<sup>78</sup> e a sua transgressão, o seu avesso, que é o dano moral.**

Veríamos, ao final da decomposição mítica do dano moral (ou do direito moral<sup>79</sup>, pois quem diz algo diz também o seu oposto), teríamos, como resultado, provavelmente, um dos **esquemas multipolarizados** de MORIN<sup>80</sup>, conforme se disse anteriormente.

---

<sup>77</sup> CHAUI, Marilena. **O que é ideologia**, Brasiliense, São Paulo, 1984.

<sup>78</sup> Sobre a expressão “direito moral”, vide *infra*, p. 90.

<sup>79</sup> *Idem*, *Ibidem*.

<sup>80</sup> *Supra*. Item 2.2 *Reinos não-formalizados de significações*, in *fine*, p. 57.

A importância dessas falas para a gnoseologia jurídica, ou mesmo para o simples avanço nos processos cognitivos, reside na assertiva que, para FREUD<sup>81</sup>, **o psiquismo é uma espessura de equivalências**, o conhecimento e a construção conceptual se fazem por meio **do estabelecimento de relações** - analogias, contrastes, síntese e todos os outros complexos modos de argumentação, como bem ilustram PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA<sup>82</sup>. Por isso é importante “falar” metodicamente o problema.

Ainda sobre a questão do mito, trataremos a sua **forma e conceito**, já que consideramos acima a sua **fala**, que é o propósito desta seção.

O aspecto capital é que a ausência da forma não suprime a presença do conteúdo. Ora; é bem essa situação do dano moral para o direito: a carência dos parâmetros para

---

<sup>81</sup> FREUD, Sigmund, *apud* BARTHES, Roland. *op. cit.*, p. 135.

<sup>82</sup> PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA. **Tratado da argumentação (a nova retórica)**, Martins Fontes, São Paulo, 1996.

a sua aferição não oculta a sua premência, nem tampouco exime do dever de repará-lo<sup>83</sup>.

Quando o sentido do conteúdo, ou mesmo a essência do conteúdo não são aparentes, por causa das variações históricas<sup>84</sup>, passam a funcionar como uma reserva, um depósito de riqueza submersa. Sobre isso, esclarece, novamente, BARTHES<sup>85</sup>:

**Na forma e no conceito, pobreza e riqueza estão em proporções inversas: à pobreza qualitativa da forma depositária de um sentido rarefeito corresponde uma riqueza do conceito, aberto a toda a História; e à abundância quantitativa das formas, corresponde um pequeno número de conceitos. Esta repetição do conceito através de formas diferentes é preciosa para o mitólogo, permite-lhe decifrar o mito: é a insistência num comportamento que revela a sua intenção. (...) O conceito é um elemento constituinte do mito: se pretendo decifrar mitos, é necessário que possa nomear conceitos. (grifos nossos).**

Exatamente como no caso dos danos morais, o mito possui um caráter imperativo, interpelatório: **é cogente.**

---

<sup>83</sup> Vide art. 4º L.I.C.C.

<sup>84</sup> *Supra*, nesta seção, p. 69 e segs.

<sup>85</sup> BARTHES, Roland. *op. cit.*, p. 141-2.



Não estamos - é bom desde logo esclarecer - afirmando que o direito moral é um mito; mas sim estamos conjecturando sobre a possibilidade de ele (o direito moral) poder conter algumas conotações míticas ou arquetípicas, já que certamente exprime valores da cultura, através da fala, do conteúdo e da forma. A mitologia é uma linguagem em atividade, inseparável do movimento incessante de uma história que está sempre por fazer, como diz STAROBINSKI<sup>86</sup>:

(...) A palavra do povo e da nação, cuja mitologia não é outra coisa senão a voz esquecida ou perdida. Palavra e canto a um só tempo, uma linguagem primitiva que se põe a falar nas origens da humanidade ou da nação; ela não conhece a mentira nem a abstração e traz consigo apenas a fidelidade expressiva da qual extrai a energia e a grandeza que faltam às línguas já civilizadas.

À voz não burilada que brota da mitologia sempre inscrita na semiologia, responde a interpretação, que se escreve ao modo de uma ciência.

---

<sup>86</sup> STAROBINSKI, J. **Le mithe au XVIII<sup>e</sup> siècle**, em *Critique*, n° 366, nov. de 1997, *apud* DETIENNE, Marcel. **A invenção da mitologia**, UNB, Brasília e Rio de Janeiro, 1992, p. 26.

### **2.3.1 Representações coletivas, arquétipos e consenso**

Os mitos, ao mesmo tempo em que são introjetados individualmente (e é nessa assimilação particular que se fazem as individuações, únicas, inigualáveis) compõem um substrato mais amplo, coletivo, que abrange a cultura e a sociedade que o refere.

A expressão coletiva do mito reflete, em grande parte a composição axiológica social. Sua compreensão é importante para o direito, porque é um dos seus fundamentos. Seja porque o direito é fato, valor e norma<sup>87</sup>, seja porque dos valores coletivos depende a legitimação das normas<sup>88</sup>, quanto ao conteúdo e forma, ou seja, simplesmente, porque o direito tem um fundamento moral.

---

<sup>87</sup> REALE, Miguel. **Paradigmas da cultura contemporânea**, Saraiva, São Paulo, 1996.

<sup>88</sup> VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria geral do direito** (Vol. 1, Teoria da norma jurídica) 3<sup>a</sup> ed., Malheiros, São Paulo, 1993.

As representações coletivas e a avaliação casuística, no caso da violação do direito moral, remontam, também, à questão perene dos princípios e dos universais<sup>89</sup>. A reflexão sobre esse tema é imprescindível, na medida em que a avaliação dos danos comporta sempre gradações. Desse modo, a gradação nunca se fará aleatória ou isoladamente; mas sempre no contexto maior dos princípios representados coletivamente, do conteúdo dos valores, expressos em mitos ou já refinados em normas legais.

Na esteira histórica do estudo das representações coletivas, o primeiro autor que nos cumpre estudar é DURKHEIM<sup>90</sup>. Para esse autor, o que as representações coletivas traduzem é a maneira pela qual o grupo se enxerga a si mesmo. As representações, que são a trama da vida social, são exteriores às consciências individuais, porque não

---

<sup>89</sup> *Supra*. Item 2.2.1 - *Unidade da diversidade*, p. 63.

<sup>90</sup> DURKHEIM, Émile. **Objetividade e identidade na análise da vida social**, *in op. cit.* p. 26 e segs.

derivam dos indivíduos tomados isoladamente, mas da sua cooperação; o que é muito diferente. Diz DURKHEIM<sup>91</sup>:

(A representação) é o conjunto que pensa, sente, quer, embora não possa querer, sentir ou agir senão por intermédio das consciências particulares. Aí está, também, como o fenômeno social não depende da natureza pessoal dos indivíduos. É que, na fusão da qual ele resulta, **todos os caracteres individuais, divergentes por definição, neutralizam-se e suprimem-se mutualmente**. Somente as propriedades mais gerais da natureza humana sobrevivem. (Grifo nosso).

Muitas críticas foram desferidas em sentido contrário ao pensamento de DURKHEIM, mormente no que concerne aos aspectos metodológicos, por causa do empréstimo de modelos da ciência biológica em favor da Sociologia, como garantia da objetividade. Ao afirmar que o fato social deve ser tratado como “coisa”<sup>92</sup>, indagam seus críticos como abordar, então, aquilo que é verdadeiramente “coisa”. Nesse sentido, LÉVI-STRAUSS<sup>93</sup>:

---

<sup>91</sup> *Idem, Ibidem*, p. 43.

<sup>92</sup> *Idem, in As regras do método sociológico*, 2<sup>a</sup> ed., Companhia Editora Nacional, São Paulo, 1960, p. 52-60.

<sup>93</sup> LÉVI-STRAUSS, Claude. *Minhas palavras*, 2<sup>a</sup> ed., Brasiliense, São Paulo, 1991, p. 26.

Durkheim já se propusera a questão nas *Règles*, onde a cultura é definida como um conjunto de “maneiras de ser”, que se ligam a uma espécie de solidificação dessas “maneiras de ser”, na qual consiste a sociedade. Disso resulta esse curioso paradoxo do pensamento durkheimiano, segundo o qual os fatos sociais devem ser tratados como coisas, a não ser no caso em que o sejam efetivamente.

Diz WARAT<sup>94</sup> que, “em ‘As Regras do Método Sociológico’ Durkheim trata de evitar que a análise sociológica ceda à tentação da sociologia espontânea”.

Inobstante às críticas, que nada inibem mas, ao contrário, estimulam o avanço da ciência, muitos dos conceitos deixados por DURKHEIM continuam sendo, além de válidos, a base para outros estudos.

Ainda na análise das representações, não se pode prescindir da contribuição trazida por JUNG, discípulo de FREUD, ao formular dois conceitos relevantes para a

---

<sup>94</sup> WARAT, Luis Alberto. **Senso comum teórico: as vozes incógnitas das verdades jurídicas** (*in* Introdução geral ao direito), t. I, Interpretação da lei-temas para uma reformulação), SAFE, Porto Alegre, 1994, p. 17.

anatomia a que nos propomos, que são “inconsciente coletivo” e “arquétipos”<sup>95</sup>:

Un estrato en cierta medida superficial de lo inconsciente es, sin duda, personal. Lo llamamos *inconsciente personal*. Pero esse estrato descansa sobre outro más profundo que no se origina en la experiencia y la adquisición personal, sino que es innato: lo llamado *inconsciente colectivo*. He elegido la expresión “colectivo” porque este inconsciente no es de naturaleza individual sino *universal*, es decidir, que en contraste com la psique individual tiene contenidos y modos de comportamiento que son (...) los mismos en todas partes y en todos los individuos. En otras palabras, es identico a si mismo en todos los hombres y constituye así un fundamento anímico de naturaleza suprapersonal existente en todo hombre. (...) a los contenidos de lo inconsciente colectivo los denominamos *arquetipos*.

Os arquétipos, para JUNG<sup>96</sup>, são tipos arcaicos, primitivos e ancestrais, objeto também da mitologia, que são **a premissa para todo o desenvolvimento ulterior dos valores na história das sociedades**. Assim, é possível considerar que, **se retomarmos esses pontos de partida e aplicarmos diferentes métodos dos que até o presente**

---

<sup>95</sup> JUNG, Carl Gustav. **Arquetipos e inconsciente colectivo**, Paidós, Buenos Aires, 1970, p. 10.

<sup>96</sup> *Idem, Ibidem.* p. 11.

**foram empregados, é provável que, neste decurso teórico, obtenhamos novos resultados para compor a pesquisa do direito.**

Quanto à validade ou não desse produto do conhecimento, bem assim a sua utilidade para o direito, é papel da epistemologia, a ser desempenhado em etapa posterior ao desenvolvimento do estudo.

As representações coletivas, com seus conteúdos arquetípicos, as expressões dos mitos, sua fala, forma e conteúdo, bem como todo o conjunto dos valores culturais, não só ambientam, mas sobretudo **formam, geram, fomentam** os axiomas, a composição da moralidade de um povo. A história, por seu turno, encarrega-se da tradição desses elementos através do tempo, fazendo a sua sedimentação ou expressão.

E é nesse patamar mítico e coletivo que o direito se legitima e que os princípios se assentam. E aí que se dá o consenso, conforme nos falam HABERMAS e os **topói**; que

o direito sintetiza, em forma de regras, cujo aspecto funcional é interessantemente apontado por GUERRA FILHO<sup>97</sup>, na interpretação wittgensteineana:

Há, por assim dizer, regras a serem seguidas, para que se produzam discursos dotados de sentido, seja qual for o tipo de linguagem, e essas regras não são produzidas por quem quer que tenha certo tipo de poder, mas se acham já implicitamente dadas, na ‘forma de vida’ em que o jogo é jogado (...). ‘Correto e falso é o que os homens dizem; e na linguagem os homens concordam. Essa não é uma concordância de opiniões, mas sim de forma de vida’. - daí o ‘fato fundamental’ de que ‘fixamos regras, uma técnica, para um jogo e que quando seguimos as regras, as coisas não passam como havíamos suposto. Que portanto nos aprisionamos, por assim dizer, em nossas próprias regras’. São regras, pois, convencionadas, mas não de forma arbitrária. Regras que já estavam em vigor, quando começamos a operar com a linguagem e nos encontramos no mundo, mas cuja presença só se evidencia quando as empregamos, especialmente quando o fazemos de forma criativa.

Quanto às crises de articulação do consenso e de legitimação, para PUCEIRO<sup>98</sup>, há as que “derivan de la propia ambigüedad del lenguaje y la argumentación

---

<sup>97</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Conceitos de filosofia**, Casa José de Alencar, Fortaleza, 1996, p. 102.

<sup>98</sup> PUCEIRO, Zuleta. **Teoría del derecho (una introducción crítica)**, Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 139.



empleada. Los propios sostenedores del análisis funcional advierten algunas de las dificultades derivadas del aparato conceptual utilizado”. Obviamente essa afirmação comporta discussão; e por isso mesmo é interessante e fértil.

### 2.3.2 Breve nota sobre argumento biológico

Outro argumento interessante para a explicação do comportamento moral, individual ou coletivo, que vem sendo retomado destacadamente pelos juristas franceses<sup>99</sup>, conforme veremos adiante, ainda neste trabalho<sup>100</sup>, parte de pressupostos biológicos. Este argumento, no tratamento que recebe da ética, da sociologia e da antropologia, apresenta como hipótese provável a existência de um impulso moral já na própria condição biológica. Nesse diapasão,

---

<sup>99</sup> Le métaphores biologiques dans la pensée juridique, in ARCHIVE DU PHILOSOPHIE DU DROIT, t. 31, Sirey, 1986. Também *infra*, Capítulo 7, Os métodos, item 7.1, O discurso do método jurídico, p. 282.

<sup>100</sup> *Infra*, Capítulo 4, sobre a Linguagem do direito francês, p. 126.

HEEMANN<sup>101</sup> classifica o comportamento em diferentes níveis, sendo que no primeiro, que ele denomina de “funcional”, constam duas premissas, silogisticamente: a maior, diz que **“o comportamento moral é um impulso biológico”**; e, a menor, tem que **“o comportamento amoral implica em desajuste funcional”**.

Esse autor respalda-se em LADRIERE<sup>102</sup> e em seu “Princípio de Transmutação Normativante” (PTN), pelo qual os fundamentos biológicos convertem-se e elevam-se a categorias mais abstratas, como as regras de conduta social e jurídica.

Essa idéia, contudo, não é nova; existe desde que a humanidade discute a sua relação com a natureza. Do determinismo darwinista<sup>103</sup>, passando pelos fundamentos

---

<sup>101</sup> HEEMANN, Ademar. **Natureza e ética**, Ed. UFPR, Curitiba, 1993, p. 51.

<sup>102</sup> LADRIERE, Jean. *La biologie peut-elle fonder une morale?* **Revue reseaux**, nº 20-21, p. 83-116, 1973, *apud* HEEMANN, *op cit.*

<sup>103</sup> DARWIN, Charles. **Origem das espécies**. Lelo & Irmão Editores, Porto, 1931.

biológicos da vida social<sup>104</sup>, até nossos dias, o que muda são as possibilidades metodológicas, que se alargaram barbaramente, especialmente porque se amplia a ciência como um todo, com o avanço da biologia, da tecnologia e de todos os saberes.

Sejam essas perspectivas alviçareiras ou reducionistas, o perigo está no “nihilismo ético” (assim como no silêncio wittgensteiniano, *supra*<sup>105</sup>), conforme expõe LYONS<sup>106</sup>:

A linha geral de argumentação (nihilista) pode ser esboçada nos seguintes termos: as atitudes morais são o resultado natural de certos processos naturais, e isso supostamente demonstra que elas não possuem validade objetiva; nós somos levados a ter as atitudes que possuímos, as quais, desta forma, estão fora do âmbito do raciocínio; elas não são candidatas apropriadas para a verdade e a falsidade.

---

<sup>104</sup> MACHADO NETO, Antônio Luís. **Sociologia básica**. 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 1976.

<sup>105</sup> *Supra*, item 2.3, *Mito: fala, forma e conceito*, p. 68.

<sup>106</sup> LYONS, David. **As regras morais e a ética**. Papirus, Campinas, 1990, p. 21.

Essa questão ensejaria pela sua complexidade, teses específicas. No presente trabalho, é apresentada como lateralidade, a fim de perfazer a cercania do tema proposto.

Os fundamentos éticos, suas causas primeiras e finalidades últimas são objeto do que MOSER<sup>107</sup> denomina **metanorma**: “Estas seriam questões que buscam uma justificação plena; uma demonstração inquestionável de sua necessidade. Trata-se do último *porquê*, de uma razão auto-sustentável. É o derradeiro recurso. Enfim, é a *metanorma* ou *norma da norma*.”

---

<sup>107</sup> MOSER, Alvino. Fundamentos da ética nos quadros de uma reflexão existencial. In **Semana internacional de filosofia**. 3., Sociedade Brasileira de Filósofos Católicos, Anais, Salvador, 1976, p. 364-372.

## **PARTE II - O DIREITO MORAL**

## **CAPÍTULO 3**

### **O DIREITO MORAL<sup>108</sup>**

#### **3.1 Conceituação básica**

Apesar de consagrada a reparação do dano moral na Constituição Federal brasileira (art. 5º V. X), é preciso definir, teorizar e verificar a sua existência, buscando avaliá-la e mensurá-la, a partir das relações que se possa estabelecer entre este dano e sua influência sobre os aspectos psico-sociais do indivíduo que o sofreu.

---

<sup>108</sup> Sobre a possibilidade de um “direito moral” considere-se que os argentinos criaram a expressão “derecho de danos” para designar a responsabilidade civil e reparação dos danos à pessoa; no Brasil, falamos em “direito societário” (que não é somente a lei das Sociedades Anônimas); em “direito autoral” (que não é só uma única lei); idem quanto a direitos reais, legislação teatral, biodireito, etc, para significar, não uma disciplina; mas um corpo do saber. Assim sendo, o direito moral seria a coletânea de leis que rege a matéria, o tecido doutrinário e a jurisprudência, de modo a compor matéria com suficiente autonomia didática e científica.

Fato é que os danos morais se verificam independentemente (podendo sê-lo também concomitantemente aos danos materiais). Têm natureza extrapatrimonial, emocional e simbólica, que se exterioriza pela dor, pelo sofrimento ou pela humilhação.

O dano moral, em virtude de seu caráter subjetivo, sofre embustes quando da tentativa de sua conversão em pecúnia, por razões até mesmo epistemológicas: trata-se de assuntos de natureza diversa, que não transitam pela mesma esfera. Dor moral e dinheiro são dimensões diferentes da realidade humana, e portanto não há reversibilidade entre esses conceitos, pois o dinheiro jamais aquilatará ou pagará os valores da “psiché”... O que se busca, então, não é a ressarcibilidade do sofrimento em si (pois este jamais será reparado, na medida em que não se pode modificar os fatos passados): mas sim formas sucedâneas de valor, que, na impossibilidade de anular um sofrimento moral, possam oferecer outras alegrias

ou estados de bem-estar social e psíquico, de modo a compensar e equilibrar o dano, ainda que não anulá-lo. É que os diferentes bens, inclusive a moeda, exercem funções várias na vida social, proporcionando às pessoas o alcance de inúmeros objetivos, econômicos ou mesmo ideais, na satisfação de interesses os mais diversos, inclusive na própria atenuação de agruras, desgostos, desilusões e outras sensações negativas.

Para a grande maioria das Cortes de Justiça que adotam a reparabilidade desta espécie do dano (como, v.g. a “Common Law of Justice”), as quantias referendadas pelos Tribunais são vultosíssimas, realmente inibidoras. Porém, no direito continental, em geral, costuma-se adotar, para a fixação das parcelas, os parâmetros condizentes com a condição sócio-econômica da vítima e do réu. (Mesmo porque, somas em dinheiro que pudessem remeter o indivíduo a “status” para além de seu “modus-vivendi” acarretariam talvez um novo prejuízo - em vez



de reparar o anterior - em razão das dificuldades de adaptação, angústias, frustrações e desajustes que daí decorreriam, pois a plenitude da integração social dá-se na razão direta da participação do indivíduo nos elementos culturais que lhe servem de contexto ou tessitura. Do contrário, em vez de “integração”, ter-se-ia “fricção” social. Quanto a mobilidade social, ascendente ou descendente, na sociedade estratificada, geralmente se faz de modo paulatino e natural, raramente súbito. É interessante, ainda, que o próprio indivíduo possa trabalhar a sua movimentação social, verdadeiramente como o sujeito da sua própria história.

Por outro lado, a brusca ascensão pecuniária poderia ser facilmente confundida com a figura jurídica da “locupletação ilícita”.

Ações humanas lesivas têm acarretado, desde tempos imemoriais, assentamento moral de reparação na consciência dos povos em todas as civilizações estudadas.

A bíblia e lei das doze tábuas, bem como outros preceitos religiosos de diversas civilizações, reforçavam esse valor a título de substrato da vida social. Porém, a História do Direito Comparado, no que tange a este assunto, tem nos mostrado uma miríade de dificuldades e engodos quanto a essa forma de ressarcimento, donde se concluiu que o nosso atual momento jurídico é de significativa importância. Já os romanos conheciam o dano moral e o direito justinianeu influenciou todas as nações da Europa até os albores do século XVIII -: mas o empecilho para essa forma de reparação consistia em seu atrelamento, via de regra, às ações penais, de sorte que a cumulação de ações era um fator inibidor de sua objetivação. Assim, as legislações européias, em geral, conheceram o ressarcimento do descabo, como expressa claramente, v. g. o artigo 847 do Código Civil alemão, salientando que a pretensão não é transmissível aos herdeiros, exceto por força contratual ou em casos litispendentes. Outros países, como a Itália, Espanha e Portugal, fazem constar de seus códigos de leis,

dispositivos restritivos, que permitem esse modo de ressarcimento, nunca em sua forma pura, mas sempre com ressalvas e mesclada aos danos materiais, numa forma de abertura parcial do preceito que vem se ampliando mais e mais, através da jurisprudência daqueles países. Já a França, curiosamente, não tem codificações em lei material que fixe as quantias da reparação do prejuízo moral, mas o faz através de suas leis processuais.

Vai daí, os tribunais franceses, num exercício de evolução histórico-social, firmam-se favoravelmente ao assunto, ainda que de modo não uniforme, até o presente momento. Até mesmo a Turquia e o Líbano, bem como a China e o Japão, transformam os elementos subjetivos das crenças espirituais em leis objetivas, fazendo inserir em seus ordenamentos legais a reparabilidade dessa sorte de prejuízos. Finalmente observamos que, em nosso País, um conceito doutrinário sempre presente, como axioma subjacente ou explícito às

codificações, somente nos últimos anos toma efetivamente envergadura concreta em algumas de nossas cortes de Justiça, graças às luzes dos doutos homens de cultura que a elas presidem.

Com isso, não obstante a evolução doutrinária do tema em apreço tenha enfrentado as vicissitudes mais diversas, sob a égide de filosofias prosperantes a cada etapa, a verdade é que o jurista que sempre se orientou pela defesa dos direitos violados, a partir da constatação do nexó causal entre o evento danoso e a conduta do agente, não poderia eximir-se de considerar, suscitar e aplicar efetivamente a reparação extrapatrimonial, já que ao Direito compete preservar a integridade moral e material das pessoas, mantendo o equilíbrio no meio social e na esfera individual de cada um dos membros da coletividade. Os prejuízos em tela são perceptíveis pelo senso comum, porque interferem com a natureza humana e, com os contornos da identificação concreta pelo Juiz,

vê-se a teoria da reparação civil por danos morais evoluindo, de modo real, nas suas funções na realização da justiça, e contribuindo, desse modo, para o desenvolvimento normal das relações humanas em sociedade:

La vie en société est la condition naturelle de l'homme. Or, elle suppose une organisation, une réglementation des rapports qui en forment la trame. Pour qu'elle soit possible il faut qu'un ordre soit établi, et que l'observation des règles qui le constituent soit imposée à tous ceux qui font partie de la société. Cet ordre est réalisée par le Droit<sup>109</sup>.

Vimos o problema da subjetividade como condição imanente à própria natureza do dano moral. Porém, inobstante essa característica, é preciso dizer o Direito e objetivar a sua reparação. Ilustra-nos BONILI<sup>110</sup>, quando ensina:

Di qui l'immediato corollario che la considerazione in chiave giuridica del pregiudizio non patrimoniale riposa nella basilare e quotidiana necessità di

---

<sup>109</sup> CAPITANT, Henri. *Introduction à l'étude du Droit Civil*, 4<sup>a</sup> ed., 1921, p. 26.

<sup>110</sup> In BONILI, Giovanni. *Il danno a persona*, Giuffrè, Milano, 1971, t. II, p. 22 e 23.

salvaguardare la persona anche in quella dimensione; la reazione al danno non patrimoniale in differenti termini, altro non è se non una delle modalità che la tecnica legislativa deve predisporre a garanzia di quel valore, um mezzo, cioè, per offrire una tutela efficace ai valori spirituali.

Esclarece-nos ainda:

El comportamiento personal-social posee la más amplia variación de todos los campos estudiados, y depende en gran parte de la cultura y del ambiente (...). El comportamiento emocional también experimenta un proceso de desarrollo. Si bien el desarrollo emocional no es fácilmente asequible a la medición, los factores de maduración pueden ser reconocidos en las variadas reacciones del organismo frente a estímulos similares a edades diferentes. Los módulos emocionales fundamentales impregnan toda la conducta y se manifiestan como diferencias en la respuesta, el ritmo y el tono de los sentimientos<sup>111</sup>.

Porém, não é em virtude de uma discutível questão de mensurabilidade que se deixará de reparar o prejuízo constatado.

---

<sup>111</sup> WATSON E. H.E LOWREY· G. H. **Crecimiento y desarrollo del niño**, Trillas, Mexico, 1979, p. 131-2.

Entende LAURENT<sup>112</sup>, consoante o art. 1382 do Código Civil Francês, serem os danos imateriais muito mais valiosos do que os materiais, por consistirem aqueles o substrato da personalidade humana. Sustenta esse autor que as seqüelas das dores abstratas são muito mais duradouras do que as físicas. Assim sendo, a matéria-prima da indenização em referência é muito diferente da indenização por danos materiais. O que é certo é que os prosélitos da doutrina da reparabilidade do prejuízo “extrapatrimonial” (expressão essa, aliás, assaz discutível, já que os valores espirituais também integram o patrimônio do ser humano) reconhecem, primeira unanimemente, que os danos imateriais geralmente assumem maior peso, extensão e envergadura do que os materiais. Por isso a necessidade da gradação do prejuízo.

---

<sup>112</sup> Citado por VALLE. Christiano Almeida do. **Dano moral**, Aide, Rio de Janeiro, 1993, p. 42.

Mesmo porque, lembra-nos RIPERT<sup>113</sup>: “Toute espèce de préjudice lésant un intérêt protégé par le droit justifie une action en justice, qu'il touch la personne ou les biens, qu'il soit matériel ou moral, susceptible ou non d'une évaluation exacte en argent”.

O Direito Comparado, a Doutrina Pátria e a Filosofia buscam, nessa sorte de reparação, o bom-senso. Mas o bom-senso, por sua vez, guarda estreita proximidade com a moral, que é subjetiva. Enquanto o Direito Positivo baliza critérios exógenos, a moral utiliza critérios endógenos, de modo que a avaliação é sempre subjetiva. O que se pode ter, como critérios palpáveis e mensuráveis, são: o comportamento dos tribunais, a doutrina e principalmente a consciência social, asseverada constitucionalmente.

---

<sup>113</sup> In RIPERT, George. *La règle morale dans les obligation civiles*, Librairie Générale, Paris, 1949, 4ª ed., p. 753.



Vai daí esboçam-se, já com alguma nitidez, os critérios a serem adotados na aferição do dano moral, que poderão ter por base<sup>114</sup>:

a) Que a satisfação pecuniária não produza um enriquecimento à custa do empobrecimento alheio;

b) Equilíbrio entre o caso em exame e as normas jurídicas em geral, tendo em vista:

**b.1) Curva de sensibilidade:**

b.1.1) em relação ao nível comum sobre o que se possa produzir numa pessoa normal, tal ou qual incidente;

b.1.2) grau de instrução da vítima;

b.1.3) seus princípios éticos;

**b.2) Influência do meio:**

b.2.1) repercussão pública;

---

<sup>114</sup> Cf. AVIO BRASIL, citado por VALLE, Christino, Almeida do. **Dano moral**, Aide, Rio de Janeiro, 1993. p. 80.

b.2.2) posição social da vítima do dano.

A partir desses elementos, somente a avaliação casuística poderá aquilatar a dimensão do evento danoso que se fará, naturalmente, através de laudo pericial competente, em liquidação de sentença e na maioria dos casos, por arbitramento.

A reparabilidade dos prejuízos morais por nossos Tribunais, traduzem a evolução do Direito. Assim se conclui que se efetiva a possibilidade da ampliação dos estudos nessa profícua esfera do saber jurídico, como respostas à mentalidade social:

“Negar a existência desses valores seria o mesmo que ocultar o reconhecimento do maior patrimônio do homem. Afinal, o estofo moral de uma pessoa é o maior somatório de valores virtuosos, que formam sua estrutura psíquico-espiritual.<sup>115</sup>”

A partir da próxima seção, examinaremos como se exprimem as linguagens do direito moral em alguns países do mundo.

---

<sup>115</sup> In REIS, Clayton. **Dano moral**, 9ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 1994, p. XVII (Prólogo).

## **CAPÍTULO 4**

### **PERSPECTIVA COMPARADA**

#### **4.1 A linguagem do direito moral argentino**

A Argentina, também herdeira das tradições do tronco do direito continental, desenvolve peculiaridades no refinamento de sua doutrina jurídica, que têm, de certo modo, balizado grande parte do direito latino-americano, bem como captado a atenção de outros interesses no mundo.

A Argentina, que se caracteriza culturalmente pela influência européia - marcadamente pelos colonizadores espanhóis e franceses -, destaca-se intelectualmente não só pela assimilação desses caracteres, ao mesmo tempo que mantém o calor do temperamento latino, notadamente humanista.

Vai daí ter despontado, nos meios portenhos, uma nova subdivisão do direito, por eles denominada “derecho de daños” que consiste, em decorrência do avanço da responsabilidade civil, em apurada tutela dos direitos da pessoa, respaldada em sólidas construções doutrinárias e jurisprudenciais.

Pode-se considerar, em nossos dias, o Professor Alberto J. BUERES como o maior nome em “derecho de danos”, ao caracterizar-lhe o espírito falando-nos da rápida e eficaz evolução da reparação civil no mundo, acentuadamente na última década. As tradicionais teorias da vontade e da culpa, bem como o sólido subsunção do nexo causal foram novamente trazido à lupa deste final de século, e considerados em oposição às teorias do risco e da seguridade e da solidariedade social, em nome do senso de justiça, conforme nos leciona BUERES<sup>116</sup>:

No es admisible una dualidad de fundamento en la responsabilidad civil: ora culpa (pena); ora riesgo u

---

<sup>116</sup> BUERES, Alberto J. **Responsabilidad civil del escribano**, Hammurabi, Buenos Aires, 1979, p. 82.

otro factor objetivo (excepcional intervención de la justicia o de la equidad - justicia con alma, como decía Teisserie -). La culpa al no ser moral sino jurídica (o sea social) es un criterio legal de imputación más, como cualquier otro, que sirve para referir el daño al autor - o responsable - por ser ello justo.

Nesse contexto, encontram-se os fundamentos dos danos morais, cujas principais bases foram constituídas a partir dos pensamento de BREBBIA<sup>117</sup>, hoje considerado um dos juristas clássicos do direito moral.

Fiel às tradições revolucionárias do espírito cordobês, adverte-nos BREBBIA<sup>118</sup> que

constituye uno de los imperativos de la hora presente el tratar de salvaguardar los últimos reductos de libertad humana amenazados por el formidable y progresivo avance de los poderes estatales y por la creciente complejidad de las condiciones de existencia. (...) Tomando como base la destrucción del ser humano em su carácter de persona, o sea, de individualidad animada de voluntad y de conciencia, capaz de decidir por sí sola su destino, no puede organizarse ninguna sociedad humana sobre bases estables.

---

<sup>117</sup> BREBBIA, Roberto H. *El daño moral*, 2ª ed., Orbir, Cordoba, 1967.

<sup>118</sup> *Idem, ibidem*, “a manera de prologo”, p. 9.

Ao elaborar extensa classificação das inúmeras possibilidades em que se verificam as lesões morais, bem como de ampla pesquisa comparada e jurisprudencial pátria (anterior à reforma do Código Civil argentino, naturalmente), interessa-nos para este estudo, sobremaneira, as considerações de BREBBIA sobre a reparação e as dificuldades do tema, que soam como a voz mais característica a falar do direito moral, daqui da América do Sul, bem como de outros países de idioma castelhano.

Em primeiro lugar, toma-se como pressuposto, extraído da “Teoría Jurídica del Daño”, formulada por BREBBIA<sup>119</sup>, a distinção **reparação natural** e **reparação por equivalência**<sup>120</sup>. No primeiro caso, quando é possível retroagir o bem lesado exatamente ao estado anterior ao agravo, a reparação toma o nome de **natural**; caso contrário,

---

<sup>119</sup> *Idem, ibidem*, p. 221 e segs.

<sup>120</sup> A distinção entre ambos os conceitos corresponderia, em nosso direito, a formulação trazida por **Pontes de Miranda**, ao tratar da **repristinação** (N.A.)

tem-se a **reparação por equivalência**<sup>121</sup>. Nesta última hipótese, sendo o direito positivado insuficiente para determinar por completo os efeitos perniciosos do ato ilícito, trata-se unicamente de atenuar, tanto quanto possível, as conseqüências do agravo.

A **reparação por equivalência**, conforme BREBBIA<sup>122</sup>, admite variantes em espécie ou *in natura*, especialmente em se tratando de danos puramente imateriais. No entanto, é bem de se ver que, muito embora exista doutrinariamente, a possibilidade da reparação *in natura*, de fato existe a preponderância da reparação em dinheiro. Sobre isso o próprio BREBBIA quem nos adverte, ao citar o preceituado no artigo 1083 do então Código Civil, *ipsis literis*:

“Toda reparación del daño, sea material o moral, causado por um delito, debe resolverse en una

---

<sup>121</sup> Majoritariamente adotada, pela doutrina e jurisprudência brasileiras, é por nós chamada de “forma sucedânea de valor”, já que não restitui o bem lesado, mas providencia sua compensação, propiciando outras formas de bem-estar. (N.A.)

<sup>122</sup> *Idem, ibidem*, p. 222.

indemnización pecuniária que fijara el juez, salvo el caso em que hubiere lugar a la restitución del objeto que hubiese hecho la materia del delito”.

O normal e corrente é, pois, a reparação do agravo mediante a fixação de uma indenização em favor da vítima; e a exceção é a reparação natural.

#### 4.1.1 Elementos que se deve ter em conta para fixar a monta da reparação

Ao explicitar a dificuldade da quantificação do descabo moral, para BREBBIA<sup>123</sup> a fixação do montante da indenização deve levar em conta dois aspectos distintos, a saber:

O primeiro, trata da **gravidade objetiva do dano**, o que significa avaliar a extensão e a profundidade da lesão, em seus aspectos concretos: tempo para a cura ou

---

<sup>123</sup> *Idem, ibidem*, p. 233 e segs.



recuperação, intencionalidade do agente, meios empregados, seqüelas deixadas, implicações de ordem material, etc.

O segundo aspecto é o que leva em consideração a **personalidade da vítima**, que se apresenta como extremamente relevante, já que os danos morais nascem da lesão sofrida ao composto psíquico-espiritual da vítima.

Sob a rubrica **personalidade da vítima**, há que se considerar as seguintes circunstâncias:

a) **a situação familiar e social da vítima**: as ligações familiares da vítima do dano, em maior ou menor grau, com os membros de um grupo biológico; bem como a posição e a função exercidas nesse grupo devem ser consideradas na avaliação da responsabilidade. *A fortiori*, o conceito ou reputação social da vítima é fator de importância, especialmente nos casos de ataque à honra e à honestidade;

b) **a receptividade particular da vítima**: diz respeito a uma condição fisiológica específica do indivíduo, ou mesmo à estruturação psicológica da personalidade, que faz com que o sujeito seja mais ou menos vulnerável, mais ou

menos susceptível, mais ou menos resistente a esta ou àquel'outra forma de dor;

c) **a gravidade da falta cometida**<sup>124</sup>: deve repercutir sobre o montante da reparação unicamente na medida em que a mesma haja incidido sobre a gravidade e a extensão do dano. A gravidade da falta pode, ao mesmo tempo, determinar a dimensão e constituir a pauta para a estimação do prejuízo;

d) **a personalidade do autor do ato ilícito**: assim como ocorre no direito penal, os antecedentes e um suposto grau de “periculosidade” do agente, bem como as características de sua índole, podem ter uma repercussão significativa na efetivação da monta da indenização devida à vítima do dano moral.

---

<sup>124</sup> Para o nosso entender, esse subítem faz o cruzamento do “código subjetivo” (personalidade da vítima) com o “código objetivo” da fala de BREBBIA (gravidade objetiva do dano) por coincidirem enormemente os seus termos (N.A.)

#### 4.1.2 Os princípios gerais na avaliação

Ainda com BREBBIA<sup>125</sup>, destacamos alguns princípios genéricos do direito a serem considerados na apreciação dos casos.

O primeiro deles é o de que, na fixação das quantias indenizatórias, evite-se a locupletação ilícita ou o enriquecimento sem causa. Na aquilatação do prejuízo sofrido pela vítima deve-se observar, como parâmetro, as posses do ofensor<sup>126</sup>.

Como decorrência do princípio geral da reparação, que se expressa pela idéia que, uma vez constatado o dano, há que repará-lo, tem-se a chamada **reparação simbólica**, que ocorre quando a condenação impõe ao ofensor a paga de uma ínfima soma em dinheiro. Por analogia, a reparação

---

<sup>125</sup> *Idem, ibidem*, p. 236 e segs.

<sup>126</sup> Essa medida, consagrada em vários ordenamentos jurídicos, contém, ao nosso ver, elementos de **lógica relacional**, já que consistem na ampliação dos ângulos de concepção do dano moral, no caso, através do estabelecimento de relações entre os sujeitos do evento (N.A.)

simbólica do dano moral, em direito civil, estaria para o cumprimento da pena em liberdade, no direito criminal. René DEMOGUE<sup>127</sup>, já na década de 20, assinalava que essas espécies de reparação são mais aparentes do que reais.

#### 4.1.3 Outras vozes cordobesas

Se, por um lado, vimos como o direito argentino espraia preocupações quantitativas, qualitativas e relacionais na avaliação dos direitos morais, desde as bases lançadas por BREBBIA<sup>128</sup> até as formulações contemporâneas de juristas como BUERES<sup>129</sup>, quando nos fala da busca de uma “justiça com alma”, na tutela dos direitos da pessoa; temos, por outro lado, algumas vozes que preconizam a redução dos danos morais às formas

---

<sup>127</sup> DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général*, Paris, 1994, *apud* BREBBIA, *op cit.*

<sup>128</sup> BREBBIA, *op cit.*

<sup>129</sup> BUERES, Alberto J. *Responsabilidad civil de los medicos*, Tomos I e II, Hammurabi, Buenos Aires, 1995.

quantitativas, calcadas no entendimento de que esta é a melhor maneira de objetivação dos danos.

Como se vê, o mito “direito/dano moral” é unanimemente assente na consciência jurídica mundial. O que muda são as roupagens, as cores, as vozes para expressá-lo, enfim, as linguagens.

Na apologia da linguagem, destaca-se, dentre outros, Gabriel Alejandro RUBIO<sup>130</sup>:

(...) la teoría del resarcimiento intenta una reparación integral del daño moral, observando al momento de la liquidación, la gravedad del menoscabo causado y las circunstancias del caso, desde la óptica de la víctima del daño. Esta posición dominante actualmente apoyada en el culto de la libre discrecionalidad judicial, se traduce en cifras carentes de uniformidad y en falta de parámetros de estimación de la cuantía del daño moral. La realidad nos muestra cotidianamente que la fijación del monto del daño moral es una tarea, generalmente, incomprensible para el cliente y sumamente difícil para el abogado y el juez. (...) Se suman a estas dificultades, la impredecibilidad e incoherencia de sentencias que resuelve casos cuasi-idénticos, que amparadas en la armadura de la facultad discrecional linderos peligrosamente con la arbitrariedad, fijan montos

---

<sup>130</sup> RUBIO, Gabriel Alejandro. **Una asignatura pendiente: la cuantía del daño moral** in X Congresso Nacional de Jovenes Abogados, pela Comision Nacional de Jovenes Abogados. Mar del Plata, 20 e 21 de outubro de 1995.

ostensiblemente desiguales, según el tribunal o la jurisdicción que se interponga la demanda (...). Em conclusión podemos afirmar que la gran asignatura pendiente en materia de daño moral es la cuantía o quantum. Elo se traduce en un actual desafío, (...) porque el derecho de daños pide a gritos critérios justos para la quantificación del daño moral em el ámbito del daño a las personas.

Os autores partidários da acepção quantitativa do ressarcimento do dano moral adotam, precipuamente, tarifas indenizatórias fixas, as chamadas “tabelas”. Lembra-nos RUBIO<sup>131</sup>, todavia, da existência de posições mais moderadas nessa fação, onde não se adota quantias fixas, e sim padrões, nos quais há variações que permitem cálculos de médias possíveis<sup>132</sup>.

Conclui RUBIO<sup>133</sup> que a justa medida para a quantificação do dano moral reside na combinação adequada do **fator flexível** (fundados no princípio da equidade, que prioriza o valor “justiça” e que reside no arbítrio judicial)

---

<sup>131</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>132</sup> Por analogia, veja-se o “cálculo no ponto”, *infra*, p. 136 de Max Le Roy, no direito francês (N.A.)

<sup>133</sup> *Idem in* Revista *Jus Privatistas*, *Algunas consideraciones sobre la cuantía del daño moral*, (s.d.), p. 17-8.

com o **fator uniforme** (que consiste na confecção, através dos meios eletrônicos, de tábuas estatísticas que apurem o montante das liquidações por todos os tribunais, que, ao conter parâmetros indicativos, pode uniformizar e facilitar a tarefa dos juizes e advogados.

Uma interessante polêmica foi levantada por Ramon Daniel PIZARRO<sup>134</sup> quando, ao tratar dos principais critérios de valoração do dano moral, questiona conceitos tidos como assentes doutrinariamente. Assim, discorda que o *quantum* indenizatório deva ser determinado atendendo à idéia de compensação por outras formas de bem-estar ou alegrias.

Para esse autor, o *quantum* indenizatório se mede sempre pelo próprio dano, em si mesmo, tomando-se em conta os parâmetros objetivos que o indiquem. Contrapor o “prazer compensatório” ao dano moral importa em confundir

---

<sup>134</sup> PIZARRO, Ramon Daniel. *in* revista *La Ley*. Tomo E, Valoración del daño moral, Buenos Aires, 1986, p. 829-834.

esses conceitos entre si, o que não pode ocorrer, de modo algum, em suas essências distintas.

#### 4.1.4 Uma síntese portenha

Matilde Zavala de GONZALES<sup>135</sup> significa uma síntese, em vários aspectos, da discussão acerca do dano moral, quando resume em sua obra, as etapas já cumpridas e a que falta alcançar.

As etapas cumpridas são *a que* deve haver uma reparação e *o modo* há de ser mediante uma indenização pecuniária. O *quanto* é um aspecto deixado até o momento à prudente valoração jurisdicional, com o auxílio de algumas guias qualitativas.

Para essa autora, não se pode nem se deve pretender uma concepção matemática totalizadora da questão, o que,

---

<sup>135</sup> GONZALES, Matilde Zavala de. **Resarcimiento de daños. (Daños a las personas - Integridad sicofísica)**, Vol. 2.a, 2ª ed. 1ª reimpressão, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, p. 505.



além de ser impossível, encarceraria a justiça de modo cego e inamovível. Porém, a fluidez e o arbítrio irestritivos, que podem significar a liberdade para fazer justiça, podem igualmente conduzir ao naufrágio.

Uma das mais fortes tônicas do pensamento de GONZALES<sup>136</sup> é apontar, de maneira equidistante, **a insuficiência das pautas qualitativas objetivas** (que adotam, via de regra, critérios que justapõem circunstâncias da causa, como a gravidade e a extensão do dano, a condição patrimonial das partes, a importância do bem lesionado, a existência ou magnitude do dano patrimonial, etc); assim como **a insuficiência das pautas qualitativas subjetivas** (caracterizadas pelos valores de um determinado tempo ou espaço geográfico, sexo e idade da vítima, sua personalidade e toda sorte de considerações casuísticas, sua atividade profissional e possíveis frustrações, etc).

---

<sup>136</sup> *Idem, ibidem*, p. 513 e segs.

Para concluir, fala-nos que a solução do impasse pode se dar pela **regulação quantiva**, que não é apenas necessária, mas possível.

Adverte-nos, entretanto, que **a regulação quantitativa** não é sinônimo de **indenização tarifária**, conforme explica:

El dolor material no se tarifa ni se paga (...). Pues bien, ciertamente el daño moral no es 'tarifable'(...), pero sí es 'regulable' el *quantum* resarcitorio, a fin de encarilar (sin coartar ni aminorar) la justa reparación del perjuicio. No se trata (...) de automatizar y mecanizar la indemnización, desentendiéndose de la prueba del daño moral de su gravedad y de la averiguación en el caso particular de la correlativa entidad adecuada de la indemnización. Lo que se procura es alcanzar un objetivo justo dentro de una seguridad mínima. Por tal razón, la regulación normativa de la indemnización del daño moral no debe ser rígida, ceñida o restrictiva, sino conductora y flexible; no imperativa sino indicativa.

A sugestão sobre a regulamentação quantitativa dos danos morais, apresentada por Matilde Zavala de GONZALEZ<sup>137</sup> até-m-se a descrever o modo como deve ser feita essa regulação, mas não indica, ainda, a construção

---

<sup>137</sup> *Idem, ibidem.*

concreta desse parâmetro, cuja principal característica é, em suma, uma grande elasticidade, de modo a permitir largas amplitudes e escalas para a valoração judicial.

#### 4.1.5 Uma nova gnoseologia

Jorge Mosset ITURRASPE personaliza um entendimento ímpar sobre o dano moral, por conseguir enxergar seus liames, suas implicações e suas relações de uma ótica própria, caracterizada por peculiares humanismo e sociologismo. A esse modo de pensar, que é indissociável dos valores da cultura e das questões sociológicas, tem-se chamado de **qualitativo**. Na opinião de Matilde Zavala de GONZALEZ<sup>138</sup>, as idéias postas por Mosset ITURRASPE<sup>139</sup> revestem-se de importância gnoseológica, como se vê:

El reconocimiento del daño moral y de su reparación tiene que ver con la conciencia media de un pueblo (...) el daño moral se infiere o deduce de situaciones

---

<sup>138</sup> GONZALES, Matilde Zavala de. *op cit.*

<sup>139</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidad por daños**. T. IV, Ediar, Buenos Aires, 1985, p. 196.

determinadas que, para el hombre medio - en una comunidad y sem un tiempo - son productoras o causantes de sufrimiento. (Pero la) intensidad del justo dolor del hombre medio no deben conducir a dejar de lado la indagación acerca de la repercusión subjetiva en cada persona.

ITURRASPE<sup>140</sup> formulou 10 regras para quantificar o dano moral. São elas:

1) **O dano é incomensurável:** A dor, as disfunções nos estados de ânimo, os ataques à personalidade e à vida de relação, as frustrações nos projetos de vida, assim como os danos estéticos, à harmonia do corpo, à intimidade, não podem ser traduzidos em dinheiro. Deve-se compreender, portanto, a impossibilidade de fórmulas matemáticas, da pretensão de estabelecer um número. É preciso compreender que é assim e que assim deve ser, para alcançarmos e sabermos manejar o que Carbonnier chamou de “Direito Flexível”, esclarece ITURRASPE<sup>141</sup>.

---

<sup>140</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset. **Daño moral** (cuantia del resarcimento por daño moral), (s.l.), p. 31 e segs.

<sup>141</sup> *Idem, ibidem.*

2) **Um piso flexível:** Não devemos incorrer no ceticismo, já que é impossível a homogeneidade entre o valor que se quer reparar e o valor em dinheiro. É preciso, portanto, estabelecer pisos flexíveis, sem cair na idéia da reparação simbólica, porque nossos povos não estão preparados e amadurecidos para tanto, em sua sensibilidade. É um problema de sociologia jurídica; cada juiz saberá qual é esse piso flexível.

3) **Um teto prudente:** Que a indenização não seja tão elevada, a ponto de ser extravagante e levar a uma situação de enriquecimento injusto, que nunca se gozou; nem tão baixa, por ser irrisória. Que haja piso, que haja teto, que haja razoabilidade.

4) **Dentro do contexto econômico do país:** A indenização deve ter em conta a conjuntura econômica nacional, a situação média da população, porque o Poder Judiciário não pode funcionar de modo alheio a essa realidade.

5) **Uma prova convincente, firme e clara:** Os juizes não estão para sentenciar conforme doutrinas cabíveis a quaisquer hipóteses; mas sim para aplicar as doutrinas que servem aos casos, para cada um, unicamente. Para que um juiz outorgue uma indenização a título de dano moral, é preciso estar convencido de que esse dano moral tenha existido. Esta parece, para ITURRASPE<sup>142</sup>, uma regra de ouro, pela sua importância e comum aceitação.

6) **Capacidade morigeradora do juiz:** ao juiz cabe balancear as cifras, fixando-as de modo que tenham razoabilidade. É preciso socializar o dano e socializar a reparação, estendendo-os de modo que atendam às expectativas da coletividade; e não burocratizá-los. Essa consciência deve presidir o uso de tábuas de cotização.

7) **Critérios de equidade e as circunstâncias particulares:** Esta regra há que ser considerada, ainda que possa parecer “na contramão” do “avanço” da standartização. Não se pode fazer justiça que não contenha

---

<sup>142</sup> *Idem, ibidem.*

a base da equidade, atendendo às circunstâncias particulares de cada caso.

**8) Necessidade de consenso:** Sem prejuízo da distinção entre os múltiplos danos, que recebem a denominação de danos morais, é necessário que entre os juizes, através de suas corporações, logre-se obter, em cada nação, uma *communio opinio*, ou um “ponto de cristalização”, conforme chamam alguns.

**9) Segurança e predecibilidade das decisões:** integra o conceito de cidadania a prática de segurança com justiça e a prestação da justiça segura. Do mesmo modo, destaca-se na escola axiológica de nossas sociedades a predecibilidade, que consiste, percentualmente, em uma margem de probabilidades de antecipação das decisões jurídicas.

**10) Coerência das decisões - Opiniões:** Independentemente das inspirações pessoais, os magistrados, reunidos em congressos científicos, fazem critérios, formam opiniões que vão se unificando,

harmonizando-se e, por fim, cristalizam-se até que se atinja o ponto de ter “dolores iguales, reparaciones iguales, de lo contrario no hay justicia”<sup>143</sup>.

Para finalizar, diz ITURRASPE<sup>144</sup>:

“Que bueno sería que con imaginación, con fe, con confianza, sin vagos ni absurdos esceptismos, emprendiéramos estos caminos para un derecho mejor (...). Si el sendero está más firme, si las luces lo iluminan, lo empezaremos a transitar con más fe y optimismo”.

#### 4.1.6 Conclusão parcial sobre a linguagem do direito argentino

- Na esteira do direito continental, busca a precisão conceptual na exegese das classificações da divisão do todo em partes;

---

<sup>143</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset, *op cit*, p. 47.

<sup>144</sup> *Idem, ibidem*, p. 48.



- Considera, como pano de fundo à outras formulações, o problema da natureza do bem lesado (aspecto qualitativo);

- Considera, originalmente, outros modos de reparação do dano moral, além do pecuniário (aspecto qualitativo);

- Ao arrolar os elementos para fixar a monta (portanto, a quantidade) da reparação, enumera-se elementos da qualidade: enquanto busca a superação de suas deficiências através de regulações quantitativas;

- O humanismo de que se reveste a linguagem do direito moral, na Argentina, assume um color mais veemente do que o verificado no direito francês, por exemplo (que se mostra nítido, porém suave), provavelmente em virtude das características do temperamento da cultura.

#### 4.2 A Linguagem do direito moral francês

Na continuidade de nosso estudo acerca da forma de que se reveste o direito moral, através da reparação aos danos dessa espécie, passemos agora a analisar as principais características que se revelam, nessa seara, em França.

Desse modo, examinaremos alguns autores que são considerados escóis de suas épocas. Para tanto, observaremos a cronologia histórica em que suas obras vieram a público.

Um dos primeiros juristas franceses a formular, de modo objetivo, a reparação do dano moral foi de Max LE ROY<sup>145</sup>. Vejamos, a seguir, os pontos que se nos apresentam como capitais da sua construção doutrinária.

Para LE ROY<sup>146</sup>, os juizes têm um poder soberano para fixar, no prejuízo sofrido pela vítima de acidente, o

---

<sup>145</sup> LE ROY, Max. *L'Évaluation du préjudice corporel*, Libraires Techniques, Paris, 1956.

<sup>146</sup> *Idem, Ibidem.*

reembolso dos valores do qual foi privado, enquanto da duração da incapacidade temporária. A Corte de Cassação não interfere nas modalidades de sua avaliação, como lucros cessantes.

Essa mesma Corte, todavia, dispõe no decreto de 3 de junho de 1955 (J.C.P. 55, II, 8814), um certo número de princípios que deram lugar a interpretações diversas, que conduziam principalmente a julgados no sentido que “para a apreciação do prejuízo sofrido por um assalariado, não convém que o acidente seja avaliado sem considerar as conseqüências diretas sobre seu salário e que “somente a diminuição de sua capacidade física deve ser levada em conta na avaliação do dano”.

Quando a Corte de Cassação refere-se à “diminuição da capacidade física”, pode-se questionar se se trata da capacidade física *in abstracto*, quer dizer, apreciada abstração feita da profissão ou, ao contrário, da capacidade física profissional. A diferença é sensível.

Em seu estudo de avaliação dos danos-interesses em acidentes corporais de direito comum, M.J. BRAU<sup>147</sup> analisou o processo de determinação da incapacidade permanente e mostrou que a mesma comporta duas operações sucessivas, das quais os resultados devem ser confrontados e corrigidos para se chegar a uma solução definitiva. A primeira operação consiste em aproximar brutalmente a profissão de uma tabela indicativa sobre a natureza da enfermidade: obtém-se a incapacidade profissional propriamente dita, *stricto sensu*. A segunda consiste em aproximar da tabela indicativa o estado geral, a idade, as faculdades físicas e mentais, e principalmente as aptidões, que dizer, a possibilidade de readaptação profissional. Obtém-se assim a incapacidade *lato sensu*.

Na realidade, a Corte de Cassação parece ter feito uma distinção mais sutil e é interessante aproximar suas idéias das decisões tomadas pela Corte de Apelação de Paris (12º Ch., 18 março 1995: J.C.P. 55, II, 8814) que julgou

---

<sup>147</sup> Citado por LE ROY, *op. cit.*

que “somente deve ser levado em consideração, na determinação de indenização compensadora, o prejuízo real provado pela vítima”; mas decidiu que se, em espécie, a diminuição parcial que atingiu a vítima “só exerce uma influência relativamente mínima sobre sua atividade profissional”, não é mais que um incômodo constante na prática da vida cotidiana e na prática profissional, exigindo um esforço mais intenso por parte do indivíduo.

Deve-se considerar, portanto, que além da redução da capacidade profissional manifestada pela diminuição de ganho, existe um outro aspecto que pode dar lugar à reparação pecuniária. Na reparação de prejuízo resultante de incapacidade permanente, é preciso distinguir dois casos: aquele que tem a capacidade exerce uma influência apreciável sobre a atividade profissional e aquele em que a influência é mínima e dificilmente apreciável. Distinção esta importante, em se tratando de profissões em que a atividade física é secundária e onde o “elemento capital do

prejuízo e o verdadeiramente susceptível de avaliação em caso de invalidez, que é a diminuição de ganhos profissionais, não existe.”

Neste último caso, estamos na presença de um *préjudice d'agrément* (consentimento, atrativo, adorno), fundado não mais sobre uma diminuição efetiva dos ganhos profissionais, mas sobretudo sobre “as satisfações e prazeres da vida” e sobre “o incômodo constante e o esforço mais elevado” no dia-a-dia que leva para a vítima a deficiência pela qual fica atingida<sup>148</sup>.

Ora, se o prejuízo de consentimento está ligado não à fortuna do indivíduo mas à sua qualidade de homem, não há necessariamente lugar para dosá-lo matematicamente, seguindo os ganhos profissionais do interessado.

O *préjudice d'agrément*, tal qual acaba de ser definido, existe incontestavelmente em numerosos casos e

---

<sup>148</sup> Na seção 4.4.4, *infra*, p. 175, veremos como tema do *préjudice d'agrément* encontra correlato no *dano à vida de relação*, do direito italiano.

não se poderia negar nem a sua realidade, nem tampouco a sua importância; mas pode-se perguntar se é necessário fazê-lo uma categoria à parte do dano moral como um todo. Responderíamos que sim, por razões de *didactia*, pois quanto maior a especificidade, melhor a análise.

Para LE ROY<sup>149</sup>, se podemos lamentar que numerosas decisões concordavam com indenizações globais, em que todas as causas de prejuízo eram confundidas, era preciso evitar cair num excesso contrário e cortar o prejuízo em múltiplas categorias.

A avaliação do prejuízo, para LE ROY, só pode ser feita pela comparação dos recursos da vítima antes e após o período de incapacidade temporária e pela pesquisa das repercussões pecuniárias que terá o acidente sobre a carreira profissional da vítima. Assim, vemos que é considerada a perspectiva do tempo, na linha passado-presente-futuro.

---

<sup>149</sup> O prejuízo de consentimento assim definido está claramente distinto do prejuízo moral, que se funda sobre “*L'idée, le sentiment permanent de la mutilation, de l'humiliation de l'être*”, cf., Jacques BRAUD, *apud* Max LE ROY, *op. cit.*, p. 28.

Quando a ajuda de uma terceira pessoa era reconhecida como necessária, tinha lugar a atribuição de uma indenização suplementar, sem que lhe coubesse dar um valor obrigatório. Inspira-se este domínio na legislação sobre acidentes de trabalho, que prevê de fato uma majoração das indenizações, no caso onde a incapacidade permanente é total e obriga a vítima, para efetuar atos ordinários da vida, a ter recursos à assistência de uma terceira pessoa.

Nesse sentido, TUNC<sup>150</sup>:

Si les passions humaines: la cupidité, l'amour, l'ambition, etc., suscitent chaque jour des milliers de fautes, la plus grand part d'entre elles n'auront jamais aucun remède légal. En fait, échappent à toute responsabilité civile ou criminelle non seulement la plupart des crimes de violence, mais aussi les plus grandes fautes sociales : la pollution de l'air et de l'eau, la spéculation immobilière, les salaires insuffisants ou injustes, l'exploitation de l'homme par le tabac, l'alcool, la pornographie les publications et les films bêtes ou de violence, et mille pratiques déloyales.

---

<sup>150</sup> TUNC, André. **La responsabilité civile (Fautes sans responsabilité: les fautes ignorées)**, Economica, Paris, 1981, p. 103.



É preciso, todavia, observar que se a indenização a título de incapacidade permanente é importante e leva em conta o *standing* de vida da vítima e da situação de família (mulher, filhos...), a indenização suplementar para uma ajuda de uma terceira pessoa não seria justificada e caracterizaria “duplo emprego” (uma espécie de *bis in idem* da indenização), observa Max LE ROY.

#### 4.2.1 Métodos de avaliação do prejuízo moral

Quando não se trata da substituição ou da reparação de uma coisa, nada é mais difícil que a avaliação de um prejuízo em vista de compensá-lo por uma indenização em dinheiro. A dificuldade confina a impossibilidade quando se trata de apreciar o prejuízo sofrido. Pode-se com efeito, proceder a uma avaliação necessariamente arbitrária.

Para esta avaliação, vários métodos foram propostos: o cálculo matemático, a avaliação *in concreto* e, por fim, o cálculo “no ponto” (*point moyent*).

a) Cálculo matemático

O cálculo matemático é fundamentado na hipótese de que o prejuízo produzido pela incapacidade permanente da qual fica sofrendo a vítima de um acidente, é igual ao montante de seus ganhos profissionais anuais livres, multiplicados pela porcentagem da invalidez e o valor do franco de renda apreciado, segundo a idade da dita vítima, a partir de uma tabela da Caixa Nacional das Aposentadorias. Mas, observa LE ROY, a experiência demonstrou que a hipótese sobre a qual repousa o cálculo matemático é inteiramente arbitrária. É assim, por exemplo, que a amputação de certos dedos da mão esquerda, que pode, em numerosas profissões não ter nenhuma influência apreciável sobre as atividades profissionais pode, em outras, ter conseqüências consideráveis sobre essas atividades

(violinistas e relojoeiros, por exemplo). Igualmente, as conseqüências da surdez são extremamente diferentes segundo as profissões, e assim sucessivamente.

b) Avaliação *in concreto*

Pelas razões expostas, é preferível substituir o cálculo matemático por uma avaliação *in concreto*, que considera as circunstâncias particulares da causa. Essa avaliação pode ser facilitada pela nomeação de um “expert” para avaliar os recursos da vítima antes e após o evento danoso<sup>151</sup>.

Esta avaliação *in concreto*, que era a que enxergava mais de perto a realidade, não é desprovida de inconveniente. É preciso reconhecer que a avaliação *in concreto*, que é a única justa em seu princípio, pode conduzir, na prática, ao arbítrio, por falta de elementos de comparação. Do mesmo modo, o cálculo matemático, que é falso em seu princípio, pode conduzir a erro, por dedução.

---

<sup>151</sup> Eram nomeados peritos contábeis, a fim de avaliar os rendimentos anuais da vítima, antes e após o acidente que houvera causado a invalidez permanente.(N.A.)

c) Cálculo no Ponto

Para evitar que a avaliação *in concreto* conclua suas soluções por muito diferentes de uma jurisdição à outra, e para facilitar a uniformização da jurisprudência, é portanto necessário se proceder a uma unidade de referência. Esta unidade é o ponto da incapacidade, quer dizer, a soma obtida dividindo-se a soma concedida na reparação do prejuízo resultante da incapacidade permanente, pela taxa dessa incapacidade. Este modo de cálculo é às vezes indireto e subsidiário. É indireto, porque permite calcular as indenizações prontamente a partir dos documentos cifrados da causa, mas por via de referência de outros casos similares. É subsidiário, porque pode normalmente ser empregado na carência de elementos mais precisos.

#### 4.2.2 “Pretium doloris”

A questão se coloca em saber se a vítima pode pedir a reparação do prejuízo em outros termos; se pode ela reclamar um *pretium doloris*, ou prêmio ou preço de sua dor.

Adverte-nos LE ROY que as jurisdições judiciárias e administrativas tinham, sobre esse ponto, jurisprudências diferentes.

Para os tribunais administrativos, o sofrimento só é de natureza a dar direito à reparação se “apresentar um caráter de gravidade excepcional”.

As jurisdições judiciárias não fazem, por outro lado, nenhuma distinção e concordam com um *pretium doloris* mesmo quando os sofrimentos forem leves.

Mas, dir-se-ia, como avaliar a importância da dor?...

#### 4.2.3 “Quantum doloris” (ou avaliação da gravidade da dor)

A dor, sintoma essencial funcional, não conhece procedimentos de medida e sua avaliação só pode ser baseada sobre os dizeres e as manifestações clínicas. Para estabelecê-la, diz LE ROY, dois elementos principais devem ser tomados em consideração:

1º) a intensidade da dor;

2º) a sua duração.

Mas outros fatores podem eventualmente modificar as cotações:

3º) idade;

4º) ocupação;

5º) o terreno psíquico.

Michel THIERRY<sup>152</sup>, chefe da Faculdade de Medicina de Paris, por volta de 1957, estimava que, seguindo sua importância decrescente, pode-se classificar as dores nos seguintes grupos:

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

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

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

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

Grupo 0 - dor praticamente inexistente.

---

<sup>152</sup> *Apud* LE ROY, *op. cit.*, p. 44.

#### 4.2.4 Fixação do “pretium doloris” (ou avaliação quantitativa).

Para LE ROY, a apreciação do *pretium doloris* pertence aos juizes, enquanto que a avaliação da importância da dor é de domínio dos especialistas.

Para a fixação do *pretium doloris*, não existe nenhuma tabela e deve-se mesmo considerar que, se existisse uma, os juizes não poderiam se referir a ela expressamente, entende LE ROY.

A avaliação dos juizes não deve, por isso, ser arbitrária e pode lhes ser útil conhecer, sobre este ponto, a jurisprudência estrangeira.

Como em matéria de incapacidade permanente, infelizmente é difícil conhecer, a cada vez, as somas atribuídas aos lesados a título de *pretium doloris*, os tribunais atribuem, na maioria das vezes, indenizações globais, com “todas as causas de prejuízo confundidas”.



#### 4.2.5 Fixação do prejuízo estético (critérios mistos)

Quando os ferimentos deixam traços de modo a enfeiar a vítima, esta tem o direito de reclamar uma indenização compensadora do prejuízo estético ao qual foi submetida.

O princípio mesmo da reparação não causa nenhum problema e é admitido por todas as jurisdições, inclusive a jurisdição administrativa.

Sua avaliação, no entanto, é muito delicada, pois é essencialmente uma questão de espécie; quando para o *pretium doloris*, pode-se estabelecer uma tabela de indenizações (máxima, mínima, média) seguindo a importância da dor, esta tabela é impossível em matéria de prejuízo estético, entende LE ROY.

Sobressaem, principalmente neste ponto de vista, as decisões de jurisprudência que precisam o montante do prejuízo estético que, por seqüelas idênticas, tem a indenização concedida em função:

- do sexo;
- da idade;
- do estado civil;
- da profissão.

É assim que, em seqüelas idênticas, a indenização atingirá seu máximo, por uma jovem mulher solteira exercendo uma profissão onde o fator estético é essencial (atriz, manequim ...) e seu mínimo por um homem idoso casado, para o qual a profissão não exige nenhuma qualidade estética.

A seguir, examinemos as idéias de PETER STEIN sobre o assunto.

#### 4.2.6 Condição do direito na indenização a título de reparação moral

##### a) Falta do autor do dano

Para STEIN<sup>153</sup>, a pessoa atingida em seus interesses pessoais só pode reclamar uma soma de dinheiro a título de reparação moral, quando o prejuízo sofrido e a falta são particularmente graves. A falta, não mais que a gravidade particular do prejuízo sofrido, não é aqui condição da reparação moral. Importa, sobretudo, o nexos causal com a ação de um agente.

Existe neste domínio - da falta com a condição da reparação moral - um positivismo jurídico dos mais nefastos e uma confusão desprovida de todos os sentidos, entende STEIN.

---

<sup>153</sup> cf. STEIN, Peter. Da réparation morale (traduction du rapport présenté en allemand à la 4e conférence des avocats - conseils du TCT), Publications Juridique du Touring Club Suisse, Berna, 19 de setembro de 1968.

Para esse autor, o julgamento de tratar sob um ponto de vista quantitativo, a outorga de uma reparação moral na ausência da falta do autor do dano, na prática, faz com que as companhias de seguro, em se tratando de responsabilidade civil, adotem a teoria objetiva do risco.

Para esse autor, a casuística criada pela legislação, com base somente na responsabilidade objetiva, é pouco satisfatória.

#### **b) Erro preponderante do lesado**

A prática judiciária considera o erro preponderante do lesado como um motivo de exclusão da reparação moral. Aquele que deve responder 2/3 do acidente pode bem reclamar uma indenização para 1/3 do prejuízo sofrido. Quando o prejuízo não era de natureza econômica, geralmente não ocorria a reparação.

O erro leve do morto ou do ferido não exclui, todavia, a outorga de uma reparação moral, pouco importando que se trate de responsabilidade causal ou de responsabilidade por

erro. Uma falta grave (ou erro grave) ou preponderante da vítima rende, em compensação, impossível toda reparação moral.

#### 4.2.7 Princípios gerais na determinação do montante da reparação moral

Para STEIN, o dinheiro não pode reparar os sofrimentos e o luto, a enfermidade e o enfeimento. Não há nenhum valor comercial, nenhuma equivalência real entre o bem lesado e o dinheiro. É por isso que todos os julgamentos relativos a uma reparação moral são, de uma maneira ou de outra, arbitrários.

A isso se junta a contradição intrínseca seguinte: Enquanto, em nossos dias, a falta do autor do dano não é uma condição do direito para a reparação moral, a doutrina dominante e a jurisprudência continuam a colocá-la, em teoria, na primeira categoria dos elementos de cálculo da

reparação. Quanto mais pesada for a falta da pessoa civil responsável, quanto for mais grave sua negligência ou sua falta de visão, tanto mais elevada será a reparação moral.

#### 4.2.8 Conclusão parcial sobre a linguagem do direito francês

a) - As indenizações estavam, na maioria das vezes, atreladas aos rendimentos da vítima;

b) - Já se reconhecia, além da redução da capacidade profissional, a existência de outros danos; que davam lugar a reparação;

c) - Consideração da perspectiva passado-presente-futuro, na fixação do montante das indenizações;

d) - Propõe métodos de avaliação pelo cálculo matemático, pela avaliação *in concreto* e pelo ponto médio;

e) - Busca classificações, catalogações e taxonomias como modos de objetivação;

f) - Observa a importância do nexo causal entre o evento danoso e o agente (a teoria da vontade subsiste, arquetipicamente, na teoria da responsabilidade objetiva);

g) - Constata-se a coexistência de parâmetros quantitativos e qualitativos, com acentuada preponderância daqueles sobre estes.

#### **4.3 A linguagem do direito moral brasileiro**

O acatamento dos pleitos e conseqüentemente a reparação do dano moral em nossos tribunais toma, dia após dia, maior envergadura, estendendo-se para além das esferas penal e civil, manifestamente nos âmbitos comercial e trabalhista. Essa tendência parece indicar claramente a exaustão do modelo dogmático da divisão das disciplinas jurídicas e, no ensejo dessa superação, faz vislumbrar novas

searas para investigação doutrinária, a partir das construções pretorianas. Assim, vejamos:

Conforme já se sabe, porque amplamente enfatizado por diversos tratadistas, o clamor pelo ressarcimento do descabo teve assentamento na consciência dos povos toda a história e a geografia, pois compõe o chamado senso interior de fidelidade à justiça.

No entanto, em nosso país, só a partir da Constituição de 1988, conforme dispõe o artigo 5º, incisos V e X, combinado, na maioria das vezes, com o artigo 1553 do Código Civil, é que se viabilizou mais concretamente a reparação dessa sorte de dano, a despeito de sua impossibilidade de repristinação.

Muito embora a necessidade social de ressarcimento moral seja mundial e histórica, os matrizes da sua consecução diferem consideravelmente de um país para o outro, certamente em virtude das características culturais,



econômicas, políticas e sociais que compõe cada um dos ordenamentos jurídicos.

No Brasil predomina o entendimento que a fixação do valor ressarcitório do dano moral deve ficar ao criterioso e prudente arbitramento dos juizes, respaldados, por óbvio, nos princípios gerais do direito e na doutrina, podendo ou não fazer-se subsidiar por pareceres técnicos ou laudos periciais, acatando-os ou desprezando-os conforme aprouver às circunstâncias dos autos. Para a aferição do dano moral, temos algumas fontes de balizamento, formuladas por juristas pátrios.

A primeira, da qual nos fala BITTAR<sup>154</sup>, com base nos apontamentos de Avio BRASIL, é a que fornece as bases qualitativas para a aquilatação dos eventos danosos, que são: as condições das partes, a gravidade da lesão, a repercussão pública do fato e as circunstâncias casuísticas.

---

<sup>154</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993.

A segunda, quantitativa, foi-nos trazida por CASILLO<sup>155</sup>, ao dizer das orientações hauridas do estudo de GILBERT CROQUEZ, MAX LE ROY, ROGER BÉRAUD, GAGNIEUR e ARCHAMBAULT, donde se extrai uma interessante visão global da jurisprudência francesa.

A partir dessas considerações, o que se observa, particularmente no segundo grau de jurisdição em nosso país, a despeito da inexistência de uniformidade quanto aos critérios para a razoabilidade desse tipo de indenização, é um significativo comedimento quanto à fixação dos valores, no sentido de não acolher, na maioria das vezes, os pedidos milionários a títulos de dano moral puro. Quando ocorre a cumulação com o prejuízo material, rara vez observa-se que este seja sobrepujado; em sim complementado. Tal moderação, sábia que é, condiz com a realidade nacional e retrata a cultura de nosso povo, traduzida pela parcimônia

---

<sup>155</sup> CASILLO, João. **Dano à pessoa e sua indenização**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994.

dos juizes, ao impedirem, de um lado, a locupletação ilícita, e d'outro, a perdularidade.

Poucos temas, recentemente, alastram-se no cenário jurídico com esse, do dano moral, que perfilha também outros segmentos do direito. Veja-se, para ilustrar, os pedidos que se referem aos prejuízos extrapatrimoniais causados à pessoa jurídica. Ora, com efeito, a questão alude, mais que às concepções do sistema maximalista alemão, que nega a personalidade jurídica às sociedades civis ou às sociedades comerciais, considerando-se comunhões de pessoas físicas; mais que à concepção do sistema minimalista e do ficcionista; remete-nos, isto sim, aos densos conceitos formulados por LAMARTINE<sup>156</sup>, que nos lecionou a duplicidade da crise da pessoa jurídica, em seus desdobramentos “função” e “sistema”.

---

<sup>156</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. Saraiva, São Paulo, 1979.

Na área trabalhista, em consequência da pluriargumentação do tema, é provável que vejamos tomar progressivo contorno, a par do dano moral, o dano à vida de relação, essa notável contribuição civilista italiana<sup>157</sup> que, no cotejo e contraste com as questões laborais, certamente está a ensejar dos doutrinadores brasileiros a sua teorização.

Assim, vemos que a evolução, tanto envergadura como em extensão, da reparação do dano moral, nos mostra que a tutela está, mais do que nunca, sobre a pessoa. É que a expansão ou reconceituação, portanto, não é preliminar ao dano ou ao ressarcimento; mas sim ao sujeito - que é sempre sujeito de direitos - no resgate de sua dignidade, assegurada constitucionalmente.

Uma nova fonte de balizamento do dano moral surge recentemente, concretizada pela apresentação das tabelas elaboradas Clayton REIS<sup>158</sup> que condensam as principais

---

<sup>157</sup> *Supra*, item 4.4.4, p. 175 e segs.

<sup>158</sup> REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**, Dissertação defendida no Mestrado em Direito das Relações Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 28 de junho de 1997.

tendências jurisprudenciais em nosso país. Por se tratar do único estudo verdadeiramente autóctone, fruto de ampla e profunda observação jurisprudencial, bem como de doutrina já anteriormente bem elaborada e sedimentada<sup>159</sup>, aguarda-se, com expectativa, os resultados de sua aplicação.

Na opinião de VALLE<sup>160</sup>, no direito brasileiro observa-se que “na doutrina, os danos morais têm plena aceitação. Todavia a jurisprudência, não segue a mesma trilha, pois há julgados e votos vencidos, aliás bem fundamentados, que repelem a tese enfocada.”

BITTAR<sup>161</sup>, após ampla análise doutrinária e jurisprudencial do direito moral brasileiro, conclui pela prevalência da tese de reparabilidade plena do dano moral, com o que corroboram VALLER<sup>162</sup>, ZENUN<sup>163</sup>,

---

<sup>159</sup> REIS, Clayton. **Dano moral**, *op. cit.*

<sup>160</sup> VALLE, Christiano Almeida do. **Dano moral**, Aide, Rio de Janeiro, 1993, p. 69.

<sup>161</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993, p. 101.

<sup>162</sup> VALLER, Wladimir. **A reparação do dano moral no direito brasileiro**, 2ª ed., E. V. Ed. Ltda., Campinas, 1994.

<sup>163</sup> ZENUN, Augusto. **Dano moral e sua reparação**, Forense, Rio de Janeiro, 1994.

MONTENEGRO<sup>164</sup>, CASILLO<sup>165</sup> e, mais notadamente, REIS<sup>166</sup>.

A legislação brasileira que ampara o dano moral consiste, basicamente nas seguintes disposições:

a) Código Civil:

- art. 76, sobre o interesse moral que autoriza a propositiva da ação e, no parágrafo único, a legitimidade das partes;

- art. 159, sobre a violação do direito e a obrigação de reparar;

- art. 1538, sobre os lucros cessantes, multa no grau média da pena criminal; no parágrafo primeiro sobre a duplicação da pena, quando agravada pelo aleijão ou deformidade e, no parágrafo segundo, sobre a equidade do dote no caso da mulher solteira;

---

<sup>164</sup> MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Ressarcimento de danos**, 4ª ed., Âmbito Cultural, Rio de Janeiro, 1992.

<sup>165</sup> CASILLO, João. **Dano à pessoa e sua indenização**, 2ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994.

<sup>166</sup> REIS, Clayton. **Dano moral**, 4ª ed., 3ª tiragem, Forense, Rio de Janeiro, 1997.

- art. 1543, que a estimativa do valor do bem não tenha o preço ordinário sobrepujado pelo preço afetivo;

- art. 1542, sobre o arbitramento judicial da indenização;

- art. 1550, sobre o cálculo da indenização; perdas e danos;

- art. 1553, sobre a fixação da indenização por arbitramento.

**b) Leis Esparsas:**

- 5250, de 09 de fevereiro de 1967, assegura a liberdade de pensamento, e, ao mesmo tempo, o direito à integridade moral;

- 4737, de 15 de julho de 1965, dispõe sobre o Código Eleitoral e, nos parágrafos primeiro e segundo, prevê a ação por danos morais;

- 4117, de 27 de agosto de 1962, sobre as telecomunicações, prevendo a reparação por danos morais;

- 5988, de 14 de dezembro de 1973, regulamenta os direitos autorais e alude aos danos morais;

- 8078, de 11 de setembro de 1990, estatui a defesa do consumidor, tratando, no art. 6º, VI e VII da reparação dos danos morais;

- 8069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, assegurando, no art. 17 c.c. art. 201, V, VIII e IX, o direito à integridade física e moral.

**c) Constituição Federal:**

- art. 5º, incisos V e X, ao tratar da obrigatoriedade da reparação dos danos imateriais;

**d) Superior Tribunal de Justiça:**

- Súmula 37, dispondo sobre a obrigatoriedade da cumulação de danos morais e materiais, quando aquele é oriundo deste.

**e) Código Penal:**

- art. 49, § 1º e também art. 69; sobre a multa diária;



- art. 59, sobre a dosimetria da pena.

f) Código de Processo Civil:

- art. 420 e segs., sobre a prova pericial.

O jurista paranaense KARAM<sup>167</sup>, ao mesmo tempo em que ressalta a vinculação probatória necessária entre a existência do dano (*an debeat*) e a fixação do montante da indenização (*quantum debeat*); indicando as possibilidades de liquidação por artigos ou arbitramento, comenta uma das particularidades do direito moral brasileiro, já mencionado nesta seção, que é a facultada moneação de “experts” na matéria<sup>168</sup>.

Estas circunstâncias revelam o extremo cuidado que se deve ter na escolha do perito. Deve ser ele uma pessoa de capacidade reconhecida, respeitada no Foro, especializado na área cuja reparação se busca fixar. O seu laudo será de fundamental importância para que se possa concretizar o julgado, liquidar-se a sentença. As partes devem também colaborar na elaboração de quesitos, levantando todas as questões de fato necessárias à elaboração do laudo. Esta fase é

---

<sup>167</sup> KARAM, Munir. **Da liquidação em ação de dano moral**, in *Atualidades sobre liquidação de sentença* (org. Teresa Arruda Alvim Wambier). Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.

<sup>168</sup> *Idem, ibidem*, p. 108.

extremamente delicada, porque implica não apenas conhecimentos jurídico, mas também de questões técnicas, de matizes diversos, que passam a desafiar os interessados na posterior execução da sentença.

Outros aspectos interessantes têm sido desenvolvidos no direito brasileiro, refletindo a expansão do alcance do dano moral, como no caso do estudo coordenado por José Alcebíades de OLIVEIRA<sup>169</sup>, a respeito do dano moral ambiental, apontando, ao mesmo tempo, as necessidades sociais e as lacunas da lei:

Compete, pois, ao Poder Judiciário, a importante tarefa de transplantar para a prática o disposto na Constituição Federal e na legislação ordinária acerca do dano moral ambiental. Destarte, somente com a reiteração dos pronunciamentos dos Tribunais no tocante à responsabilização civil dos causadores de danos ao meio-ambiente, é que se atingirá efetivamente aquilo que foi idealizado pelo legislador. E somente assim é que se poderá, de certa forma, compensar os efetivos prejuízos morais causados à coletividade ou a grupos determinados de indivíduos, por ofensa à sua saúde e à sua qualidade de vida, ao mesmo tempo em que se impõe ao causador da lesão uma pena pelo mal praticado, além de se desestimulá-lo a repetir a conduta ilícita.

---

<sup>169</sup> OLIVEIRA Júnior, José Alcebíades de. *et al* (org.). **Cidadania coletiva**, Paralelo 27, Florianópolis, 1996.

De um modo geral, concluímos que o direito brasileiro incorpora as principais tendências do tronco continental, no que concerne ao prejuízo moral. Entre os sistemas compensatório e punitivo, como espírito da reparação, prefere aquele; e, principalmente, ao mesclar abordagens qualitativas e quantitativas na fixação da indenização, não prescinde daquelas, mas pende muito fortemente para estas.

#### **4.4 Notas sobre outras linguagens que falam o direito moral**

##### **4.4.1 Uma fala do direito moral suíço**

Uma interessante distinção elaborada pelo direito moral suíço é a que existe entre *dommage* e *tort* moral.

Vamos apreciá-la, nesta seção, de acordo com Pierre TERCIER<sup>170</sup>.

Antes de vir a uma clara distinção entre as noções de *dommage* e *tort* moral, convém lembrar que é comum incorrer em uma certa confusão. Eis porque é útil lembrar quais eram os princípios aplicados nesta área pelo antigo Código das Obrigações suíço, a fim de melhor esclarecer os que regem o novo código.

#### a) O antigo código das obrigações

O antigo código suíço das obrigações não fazia claramente a distinção entre a ação por perdas e danos e a ação de reparação do prejuízo moral; parece mais que tenha parcialmente atribuído à segunda ação a função de completar a primeira, pensando poder atenuar, pelos recursos da equidade, o rigor dos princípios que regem o

---

<sup>170</sup> TERCIER, Pierre. **Contribution a l'étude du tort moral et de sa reparation en droit civil suisse (le damage et le tort moral)**, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Friburgo, 1971.

cálculo do dano e sua reparação. É assim que, o art. 54 do antigo código permitia ao juiz conceder indenização à vítima de lesões corporais e aos parentes de uma pessoa morta acidentalmente. No art. 54 permitia, dentre outros casos em que fosse gravemente atingida a situação pessoal, conceder uma indenização eqüitativa, “mesmo que nenhum dano material fosse estabelecido”.

A redação entre essas duas disposições devia fatalmente levar a uma certa confusão entre as noções de *dommage* e de *tort* moral.

Em relação a esta concepção, é que, pouco a pouco, desenvolveu-se a distinção entre *dommage* e *tort* moral, tal como a conhecemos hoje. Parece, em particular, que os redatores do novo código das obrigações tenham largamente se dado conta das críticas e das proposições expressas sobre o tema.

b) O novo código das obrigações

A nova redação do código das obrigações suprimiu em parte os equívocos que continham os art. 54 e 55 do antigo código. A faculdade concedida ao juiz de “determinar eqüitavelmente” o dano não estabelecido, está, a partir de agora, reservada pelo art. 42, II, sob a rubrica “fixação do dano”: o montante que pode fixar o juiz “em consideração ao curso ordinário das coisas”, concerne ao dano propriamente dito. Disso resulta que as perdas e danos são atualmente destinadas a indenizar a vítima não somente pelo dano do qual a existência e a extensão foram provadas à satisfação de direito, mas igualmente por aquele que não pode ser suficientemente estabelecido ou avaliado. Esta seria a conceituação de *tort* moral, que pode, desde então, ser definido em si mesmo e, em uma certa medida, pela oposição a *dommage*.

Essa distinção que convém fazer entre *dommage* e *tort* moral, resulta mesmo do texto da lei. Sem querer

adentrar em detalhes, podemos observar que o legislador consagrou, na maioria das vezes, a cada uma das formas de prejuízos descritos nos artigos, no mínimo alíneas diferentes. O único fato que tenha estimado dever criar duas ações distintas, bastam para demonstrar que entendia fazer uma diferença entre *dommage* e *tort* moral.

c) Critérios de distinção

Compondo as características principais do *dommage* com as do *tort* moral, TERCIER<sup>171</sup> faz por ressaltar as diferenças que existem entre ambos os tipos.

*Dommage* é o prejuízo moral que resulta de uma agressão aos bens patrimoniais da vítima. Ora, a noção de patrimônio definida por TERCIER, é a de valores que podem ser expressos por números, mais precisamente por um múltiplo da unidade monetária. Essa constatação permite extrair duas conseqüências:

---

<sup>171</sup> *Idem, Ibidem.*

1<sup>a</sup>) Teoricamente, será sempre possível avaliar de uma maneira precisa a extensão do dano, mesmo se praticamente a ignorância de certos elementos nos impeça às vezes, de fazê-lo;

2<sup>a</sup>) Teoricamente, será sempre possível reparar o dano de uma maneira adequada, já que é possível fornecer a soma de dinheiro necessária para preencher a diminuição do patrimônio.

*Tort* moral, por seu turno, é o prejuízo que resulta de uma agressão à pessoa da vítima. Ora, os bens pessoais se caracterizam, em particular, pela ausência de todo conteúdo patrimonial, o que nos permite haurir duas conseqüências seguintes:

1<sup>a</sup>) É absolutamente impossível apreciar de uma maneira precisa a extensão do *tort* moral por cifras;

2<sup>a</sup>) O pagamento de uma soma em dinheiro não pode, à primeira vista, ser considerado como o meio idôneo para superar a diminuição de um bem precisamente desprovida de todo valor pecuniário.



Aproximando essas diferentes características, o autor estabelece três critérios de distinção: O primeiro concerne o bem jurídico atingido; o segundo aos meios de avaliação e o terceiro, às possibilidades de reparação. Esses três critérios são na realidade complementares, visto que os dois últimos são somente uma expressão do primeiro.

Assim, desde o instante em que a agressão tenha uma incidência direta ou indireta sobre o patrimônio da vítima, encontramos-nos na presença de *dommage*. Se essa agressão repercute ao contrário exclusivamente sobre a personalidade da vítima, encontramos-nos na presença de um *tort* moral.

Quanto aos **meios de avaliação**, se é possível estimar, de maneira precisa, a importância do prejuízo sofrido expresso por cifras, encontramos-nos na presença de um *dommage*. Se uma tal estimativa é, ao contrário, absolutamente impossível, encontramos-nos na presença de um *tort* moral.

Quanto às **possibilidade de reparação**, se o pagamento de uma soma em dinheiro pode ser considerado

como o meio apropriado para a reparação do prejuízo sofrido pela vítima, encontramos na presença de um *dommage*; um aumento do patrimônio é, de fato, próprio para suprimir os efeitos de uma igual diminuição do patrimônio. Se não existe, ao contrário, nenhum meio adequado para reparar esse prejuízo e se o pagamento de uma soma em dinheiro só aparece como um *pis-aller* (solução adotada na falta de uma melhor), encontramos na presença de um *tort* moral.

Quanto às relações entre *dommage* e *tort* moral, em geral, convém observar que as circunstâncias nas quais pode surgir o *tort* moral são extremamente diversas. A fim de poder esclarecer as relações que configuram o aparecimento do *dommage*, TERCIER<sup>172</sup> introduz uma nova classificação, visando sucessivamente três situações:

1ª) Do mesmo modo em que é perfeitamente possível que um *dommage* apareça isoladamente, pode acontecer que uma pessoa só sofra um *tort* moral, sem que ela tenha a reclamar alguma perda de ordem econômica, porque o bem

---

<sup>172</sup> *Idem, Ibidem.*

atingido era totalmente desprovido de valor patrimonial. Podemos igualmente colocar nesta categoria os casos onde os dois prejuízos são simultaneamente realizados, mas onde somente um atinge um grau de gravidade suficiente para justificar a indenização de uma reparação civil. Nestas situações, a distinção é relativamente tranqüila, já que basta determinar de maneira geral qual é o bem lesado.

2ª) É também possível que um *dommage* e um *tort* moral resultem de um mesmo estado de fato, sem que eles sejam um e outro a consequência de uma agressão ao bem jurídico<sup>173</sup>.

3ª) É possível, enfim, que um *dommage* e um *tort* moral resultem de uma mesma agressão dada a um mesmo bem jurídico, o que faz simultaneamente parte do patrimônio e da personalidade<sup>174</sup>. É evidentemente nesta situação que a distinção é a mais delicada. Trata-se na realidade, de determinar não mais a natureza do bem atingido, mas a natureza de cada uma das consequências resultante da agressão contra um só e mesmo bem.

---

<sup>173</sup> Como, por exemplo, nos casos de falta sem autor. (N.A.)

<sup>174</sup> Como, por exemplo, nos casos dos bens personalíssimos. (N.A.)

#### 4.4.2 Uma fala do direito moral chileno

Como em todo o mundo, a tendência progressiva do direito moral chileno é uma extensão e um aprofundamento da tutela jurídica à pessoa. No caso dos danos extrapatrimoniais, os estudos desenvolveram-se com maior pujança em torno do **contratualismo**, servindo este como ponto de partida para as demais formulações.

É interessante observar, também, como a doutrina chilena busca, em sua linguagem, uma espécie de **concretude**, uma precisão exegética do que seja patrimonial, no sentido material, ou não. Por exemplo, no caso dos **lucros cessantes**, e do **dano emergente** em sua possível cumulação com o **dano moral**<sup>175</sup>, que até recentemente não eram distinguidos pelo legislador.

Nuestra legislación positiva no distingue entre los daños morales y daños patrimoniales (...). Se refiere únicamente al daño ‘inferido’ y a ‘la obligación de

---

<sup>175</sup> FUEYO, Fernando Laneri. **Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones**, Tomo II, (El incumplimiento de las obligaciones) nº 266, Universitária, Santiago do Chile, 1958, p. 118-9.

indemnizarlos. Esto, en el Art. 2314, que por su contenido amplio tiene cabida perfecta en las dos formas de responsabilidad, la extracontractual y la contractual. En el Art. 2329, del mismo título, armoniza con el recién citado. Por otra parte en lugar alguno ha dicho la ley que la indemnización del perjuicio patrimonial libera la satisfacción de los perjuicios morales. Tampoco puede pensarse que, en materia contractual, la división de los daños reparables en 'daño emergente' y 'lucro cesante' puede excluir la posibilidad de reparación amplia, pues esta división atiende a un ángulo de actualidad o futureidad del perjuicio en cuanto a su ocurrencia.

Naturalmente que, acompanhando a evolução que se dava em seus países coirmãos, a legislação chilena providenciou atualizações no âmbito da responsabilidade civil, que foram fomentadas primeiramente no âmbito jurisprudencial, conforme anteviu Leslie Tomasello HART<sup>176</sup>, referindo-se ao danos morais contratuais:

Al igual que en la doctrina nacional, se denota una evolución progresiva hacia la aceptación de la indemnización del daño moral en la responsabilidad contractual. En un primer período se rechaza esta indemnización, luego se acepta respecto del daño moral con consecuencias pecuniarias y, finalmente, del daño moral sin referirse a las consecuencias patrimoniales que el puede tener. Pero no se piense

---

<sup>176</sup> HART, Leslie Tomasello. **El daño moral en la responsabilidad contractual**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1969, p. 311.

que nos encontramos ante un ciclo ya terminado; pero al contrario, el criterio jurisprudencial se halla en una plena evolución, que, por lo dicho, parece orientarse, como ha ocurrido en otros países hacia una aceptación franca y amplia de la indemnización del daño moral contractual.

Como se vê, a evolução da reparação do dano moral, no Chile, deu-se mais lentamente que em outros países da América do Sul, até porque, naquele país, a lei civil, conforme examinamos, continha particularidades que, de certo modo, dificultavam o avanço dos temas da responsabilidade.

#### **4.3.3 Uma fala do direito moral mexicano**

O código civil mexicano, em seu artigo 1916, parágrafo primeiro, define o dano moral, nos seguintes termos: “Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y

aspectos físicos, o bien la consideración que de dicha persona tienen los demás”. Cada um desses elementos têm sido amplamente desenvolvidos pela doutrina<sup>177</sup>.

Esta definição se deu com a reforma da lei civil mexicana, em 1982. Antes disso, o dano moral não era uma figura autônoma, mas tinha a sua arguição jurídica subordinada à existência do dano patrimonial, para poder ordenar uma reparação moral.

Sobre as classificações e conceituação do dano moral, a doutrina mexicana respalda-se na melhor doutrina, como em BREBBIA<sup>178</sup>, no caso do alcance do dano moral na esfera da personalidade e em DE CUPIS<sup>179</sup>, quanto ao bem ou interesse prejudicado, em suas relações com o patrimônio.

Em formulações de forte conotações sociológicas - como sói ocorrer nos países da língua de CERVANTES -, na

---

<sup>177</sup> Nesse sentido, ver OLIVEIRA, Salvador Ochoa. **La demanda por moral**, Mundonuevo, Ciudad de México, 1991, p. 41 e segs.

<sup>178</sup> BREBBIA, Roberto H. **El daño moral**, 2<sup>a</sup> ed., Orbi, Buenos Aires, 1967, p. 244 a 258.

<sup>179</sup> DE CUPIS, Adriano. **El daño**, Bosch, Barcelona, 1975, p. 123 a 125.

doutrina jurídico-moral mexicana prevalece a concepção compensatória do dano, a admissibilidade do prejuízo moral à pessoa jurídica e a prevalência das indenizações em pecúnia.

Como em vários outros países, o México considera a questão do agravo moral - assim entendido o prejuízo que não pode ocorrer senão nos casos especificamente legislados, ou seja, tipificados.

O sistema oposto é o que, na Inglaterra e nos Estados Unidos se chama *exemplary damages*, que deixa ao critério do julgador resolver, em cada caso, se houver lesão aos direitos da personalidade e se cabe a reparação moral.

Desse modo, o agravo moral civil é muito comum de se encontrar atrelado ao tipos penais.

O direito mexicano adota, em se tratando do agravo moral, o sistema misto, que se rege por uma combinação dos dois sistemas anteriores. A esta corrente se ajusta o Código mexicano, posto que, em parte, estabelece o que se deve



entender por dano moral, de maneira genérica (art. 1916, § único). Também existe a regulação de danos morais específicos (por exemplo, o caso dos esponsais, art. 145 daquele Código Civil).

É bastante interessante o modo como o direito mexicano trata a **prova do dano moral**.

Enquanto, de um lado, requer o **caráter probatório** que é uma das principais medulas dos ordenamentos continentais, de outro, curiosamente, trata o dano moral, em alguns casos, como **evidência** cartesiana, no sentido de provar-se por si só, conforme sugere OLIVEIRA<sup>180</sup>.

Del derecho francés podremos concluir de acuerdo com Demogue, en su tomo 4 número 497, y Henry Mazeaud, tomo I número 324 al 326, que la reparación del daño moral no exige prueba de su existencia y extensión: se acredita por el sólo hecho de la acción antijurídica y la titularidad del derecho del accionante. Así, el cónyuge no necesita probar que sufrió un dolor por la muerte de su esposo o esposa, ni el padre por la de su hijo...

---

<sup>180</sup> OLIVEIRA, Salvador Ochoa. **La demanda por daño moral**, *op. cit.*, p. 81.

Ou ainda, no endosso de BREBBIA<sup>181</sup>:

El daño moral no debe ser acreditado, existe por el solo acto antijurídico. (C. 1ª. Crim. Mendoza, nov. 3-954) ley 78-429.

La reparación del agravio moral no exige la justificación de su existencia efectiva y extensión. (C. Sala "F", sep. 10-964) ley 116-179.

El criterio judicial es suficiente para determinar el agravio extrapatrimonial, no reconociendo otra limitación que la naturaleza del acto cometido. C. Rosario (Sala 3ª.C. jul. 6-961) ley 188-103.

El daño moral no requiere demostración. (C. 2ª. La Plata. Abril 19-965).

El daño moral del cóyuge e hijos no necesita ser probado, por cuanto su existencia se tiene acreditada por el solo hecho de la acción antiijurídica y por la titularidad del accionante (S.C. Buenos Aires, sep. 6-959) ley 95-607.

Uma exemplificação da "conotação sociológica" que se infere do direito mexicano pode ser haurida da adoção de teorias como a de SORIANO<sup>182</sup>, quando disse:

Existen dos tipos de patrimonios morales: el social y el afectivo. El social siempre trae un prejuicio pecuniario, en tanto que el afectivo está limpio de toda mezcla. El dolor, la pena, son los unicos

---

<sup>181</sup> *Idem, ibidem.* BREBBIA, Roberto, *op. cit.*, p. 337.

<sup>182</sup> SORIANO, Manuel Borja. **Teoría general de las obligaciones**, 7ª ed., Tomo II, Porrúa, México, 1974, p. 427-8, *apud* OLVERA, *op. cit.*, p. 40.

prejuicios causados; pecuniariamente la víctima no sufre ningún daño.

Como podemos ver, a conotação afetiva é sempre um elemento complicador na linguagem jurídica, conforme analisaremos mais à frente<sup>183</sup>.

#### 4.4.4 Uma fala do direito moral italiano

Primaz da objetividade, que se verifica já desde as suas primordiais concepções teóricas. Para BOBBIO<sup>184</sup>, por exemplo, não há que se falar em uma Teoria Geral do Direito anteriormente a CARNELUTTI, que a formulou a partir da análise de todos os verbos contidos nos códigos de lei italianos.

O tratamento do dano moral pelo direito italiano. No contexto da responsabilidade civil, atende aos pressupostos

---

<sup>183</sup> *Infra*, Capítulo 5, *As lógicas do tratamento*, p. 196.

<sup>184</sup> BOBBIO, Norberto. **Studi sulla teoria generale del diritto**, Giappicheli, Torino, (s.d.).

teóricos acima aludidos, no que concerne à perseguição à objetividade, paupabilidade e mensuração dos dados.

A evolução histórica do dano moral no direito italiano, já em 1892, com VITALI<sup>185</sup>, dirigia todas as atenções do processo em direção à liquidação específica do dano. Essa inteligência amplia-se e complexiza-se, conforme se pode ver em GENTILE<sup>186</sup> e depois em BONVICINI<sup>187</sup>, mas não é derogada e permanece até nossos dias, no que concerne ao dano moral, como se pode observar das obras de, por exemplo ROVELLI<sup>188</sup> e POGLIANI<sup>189</sup>.

---

<sup>185</sup> VITALI, Vittore. **Del danno** (della region civile al resarcimento-dei criterii e modi per la liquidazione), 2ª ed., Editrice Giacomo Favari, Piacenza, 1892.

<sup>186</sup> GENTILE, Guido. **Problemi insoluti della valutazione del danno alla persona**, Estratto-Giuffré, Milão, 1952 e **Tabelle di capitalizzazione per la liquidazione del danno alla persona**, Giuffré, Milão, 1950.

<sup>187</sup> BONVICINI, Eugenio. **Il danno a persona** (il danno risarcibile e il suo accertamento - prevácio de Guido GENTILE), Giuffré, Milão, 1958.

<sup>188</sup> ROVELLI, Roberto. **Risarcimento del danno alla persona**, Torino, (s.l.), 1963.

<sup>189</sup> POGLIANI, Mario *et al.* **Il danno biologico, patrimoniale, morale**, 2ª ed., Milão, Giuffré, 1995.

Queremos destacar, todavia, neste estudo, a questão do **dano a vida de relação**.

O **dano à vida de relação** (*danno in rapporto alla vitta di relazione*) consiste em recente contribuição do direito italiano à responsabilidade civil, no campo dos danos pessoais. Este tema tem suscitado controvérsia na jurisprudência estrangeira e seu desenvolvimento teórico vem efetivamente acrescer os estudos sobre o dano à pessoa e seu ressarcimento.

É neste panorama que surge o **dano à vida de relação**, espécie a ser tratada, para a maioria dos juristas estrangeiros, no âmbito trabalhista. Essa sorte de dano não implica, de modo algum na perda da capacidade laborativa do indivíduo, no sentido estrito da relação empregatícia ou da atividade que vincula capital e trabalho; mas consiste, isto sim, na redução em maior ou menor grau da capacidade

humana de conviver e desenvolver atividades nos diversos segmentos que compõem a vida social.

Assim sendo, MONTENEGRO<sup>190</sup> nos diz, *ipsis literis*, que para demarcar o seu campo de ação, partiu-se do pressuposto de que a vida de relação possui dois sentidos: a) a do tipo primitivo baseada sobre as relações do homem no atendimento de suas necessidades fundamentais: habitação, defesa própria e da família; b) a do tipo associativo, concernente às complexas relações do homem em suas atividades na sociedade moderna.

O tema **dano à vida de relação** faz referência a duas indagações básicas, a saber: a que nos faz pensar sobre o conceito de trabalho, *lato* e *stricto sensu*; e, como decorrência, o problema do que vem a ser necessariamente uma atividade remunerada.

---

<sup>190</sup> MONTENEGRO, Antonio Lindberg C. **Ressarcimento de danos pessoais e materiais**, 4ª ed., Âmbito Cultural, Rio de Janeiro, 1992, p. 117-18.

O conceito de trabalho, *lato sensu*, remonta à ancestralidade da história humana. É o “faber”, o mais genuíno fazer humano, que consiste na transformação dos elementos naturais<sup>191</sup> na cadeia da evolução antropológica. Esse “faber”, se tomado mais fundamentalmente, inclui também outras tessituras, que compõem a complexa rede da vida em sociedade. Desse modo, faz parte também do “faber humano” a capacidade de conviver, de recrear, de sensibilizar-se artística ou afetivamente, de apreciar a natureza, o meio ambiente, divertir-se, comunicar-se, enfim, de plenificar, tanto quanto possível, o potencial de **ser** homem, através do **fazer** essencialmente humano. Esse o conceito amplo de trabalho.

Em sentido estrito, trabalho, enquanto atividade remunerada, destacado das demais atividades transformadoras humanas e que absorve quase por completo

---

<sup>191</sup> Cf. LINTON, Ralph. **O homem - uma introdução à antropologia**, Martins Fontes, São Paulo, 1976.

a energia criadora do homem, é um fenômeno historicamente localizado a partir do final da Idade Média.

Quanto à segunda grande indagação com a qual nos deparamos no estudo da vida de relação, é a que se refere ao que vem a ser uma atividade remunerada, em sua mais ampla acepção.

Sabemos que o contrato de trabalho define a função e a paga respectiva, objeto do pacto laboral. Mas sabemos também da importância da descompressão psico-social, do repouso semanal e do bem estar mínimo assegurado pela Constituição Federal, como condições para a produtividade. Como então não dizer que o **dano à vida de relação** interfere, sim, na esfera patrimonial? E como negar sua repercussão no âmbito laborativo, ainda que indiretamente? É fartíssima a bibliografia em Administração de Recursos Humanos, Sociologia Aplicada ao trabalho e Psicologia Empresarial sobre o tema, não somente no que concerne às



averiguações, mas sobretudo na busca de soluções. O Direito Social, já enunciado na visão de Buy de BARROS, não fica alheio a essas questões, nem tampouco alija-se das disposições que possam acolher o sujeito na sua condição de pessoa juridicamente tutelada, especialmente quando essa tutela vê-se ameaçada por questões mediatas ou imediatas do trabalho, conforme amplamente respaldam as recentes teorias:

O ponto de partida para estudarmos a produtividade da força de trabalho é a motivação do trabalhador, analisada no contexto global e não como simples manifestação da personalidade. A motivação no trabalho tem raízes no indivíduo, na organização, no ambiente externo e na própria situação do contexto social em geral. Há um consenso entre grande parte dos psiquiatras de certos males, como a hipertensão, enfarte e úlcera, não são problemas de fundo psíquico, mas de problemas econômicos, políticos e sociais. Uma pessoa motivada ou desmotivada - portanto mais ou menos produtiva - é o resultado do somatório de uma gama de fatores<sup>192</sup>.

Acrescente-se:

---

<sup>192</sup> AQUINO, Cleber Pinheiro de. **Administração de recursos humanos**, Atlas, São Paulo, 1989, p. 239.

A produtividade no trabalho não é abstrata e tem raízes na organização, no ambiente externo e no próprio indivíduo. Decorre de um estado de espírito positivo que permite a realização das tarefas do cargo e de pleno potencial do indivíduo. É fundamental, portanto, o conhecimento do perfil psicológico do trabalhador e das condições concretas as quais vive<sup>193</sup>.

Soma-se ao exposto, a complexidade do trabalho nas sociedades altamente tecnificadas, em que, sem que tenha havido a superação da dicotomia entre capital e trabalho, o trabalho assume significação diversa da sua conceituação antropológica vigente nos séculos anteriores.

Por essas razões, muitos autores - a maioria - considera o **dano à vida de relação** como um *tertius genus* ou uma *terza specie* entre as duas modalidades basilares do direito clássico: o dano moral e o dano patrimonial, bem como se discute a natureza da relação jurídica na qual se localiza o dano e, via de consequência a competência jurisdicional para sua acolhida.

---

<sup>193</sup> BERNARDES, Cyro. **Sociologia aplicada à administração**. 3ª ed., Atlas, São Paulo, 1990, p. 245.

Classicamente, a doutrina não aceita uma “terceira espécie” ou uma “via intermediária” entre os danos tradicionais. Ou bem se tem um dano patrimonial, ou bem se tem um dano moral, sendo possível, ainda, a cumulação entre ambas as espécies. Mas nunca um terceiro gênero de dano. A construção jurisprudencial que aponta para a caracterização autônoma do **dano à vida de relação**, no entanto, motivou-se diante das reações, porque se assenta em bases mais concretas e palpáveis do que o dano moral, e mais abstratas do que o dano patrimonial, na medida em que se compromete com outros vínculos, aqueles da retemperança eficaz do indivíduo, fundamentais à sua aptidão para o trabalho e para o convívio. Assim ilustra POGLIANI:

In tutti questi casi (ed in altri ancora che sarebbe prolioso menzionare) il pregiudizio sopportato dal soggetto, riducendo od addirittura annullando la possibilità di partecipare alle accenrate attività, costituiva il cosiddetto “danno alla vita di relazione”, integrativo rispetto a quello incidente sulla capacità lavorativa, da una parte della dottrina inquadrato nella più ampia categoria del danno patrimoniale, da altra qualificato come danno non patrimoniale, essendo peraltro l’opinione maggioritaria orientata a

scorgervi l'una o l'altra caratteristica, a seconda della particolare fisionomia di ciascuna fattispecie, cioè alla preponderante incidenza della lesione nell'uno o nell'altro settore<sup>194</sup>.

Nessa seara, é que ROVELLI<sup>195</sup>, demonstra tal situação ao descrever um julgado pela Corte de Apelação de Milão, de 10.12.54, em que foi imposta ao ofensor a obrigação de quitar, como parcelas ressarcitórias, £ 200,000, pelo dano laborativo; e £ 15.000,000, pelo **dano à vida de relação** (dano extralaborativo); de fato um marco histórico para “**rappporto alla vitta di relazione**”.

Por outro lado, há julgados que entendem a vida de relação não como um acréscimo à capacidade de atividade; e sim, diversamente, como atividade redutora do patrimônio, porque implica em dispêndio pecuniário. A questão reside, pois, em configurar valores econômicos à vida de relação, de modo a possibilitar a avaliação de coeficientes

---

<sup>194</sup> POGLIANI, Mario et al. **Il danno biologico, patrimoniale, morale**, 2ª ed., Giuffrè, Milão, 1995, p. 9

<sup>195</sup> ROVELLI, Roberto. **Risarcimento del danno alla persona**, Torino, (s.l.), 1963, p. 403.

patrimoniais e sua relação entre custo e benefício.

Na interpretação de VALLE<sup>196</sup>, a jurisprudência italiana é divergente, quanto ao deferimento dos pleitos por **dano à vida de relação**, sendo que, para esse autor, a tendência futura será a da não-concessão, pelo fato de que os prejuízos da vida de relação, sendo mais facilmente mensuráveis do que os danos morais, acabarão incorporados à classificação dos prejuízos materiais, diretos ou indiretos.

Porém, o maior impasse que se apresenta, na caracterização dos danos que tangem a esfera psicológica humana - sejam os prejuízos morais, ou a vida de relação - decorre do problema da sua aferição quantitativa; portanto do seu valor probante. A Psicologia fartamente assenta as espécies decorrentes das disfunções da vida de relação, reconhecendo, a par de seus avanços, as dificuldade da mensuração.

Esclarece-nos:

El comportamiento personal-social posee la más amplia variación de todos los campos estudiados, y depende en gran parte de la cultura y del ambiente(...). El comportamiento emocional también experimenta un proceso de desarrollo. Si bien el

---

<sup>196</sup> VALLE, Christiano Almeida do. **Dano moral**, Aide, Rio de Janeiro, 1993, p. 39.

desarrollo emocional no es fácilmente asequible a la medición, los factores de maduración pueden ser reconocidos en las variadas reacciones del organismo frente a estímulos similares a edades diferentes. Los módulos emocionales fundamentales impregnan toda la conducta y se manifiestan como diferencias en la respuesta, el ritmo y el tono de los sentimientos<sup>197</sup>.

Entre nós, o tema desperta, de início, interesse doutrinário e sistemático. GENTILE<sup>198</sup>, entende que o desenvolvimento teórico do **dano à vida de relação** poderá contribuir para aclarar a mensuração do dano estético, por muito tempo adstrito às deformidades físicas, aleijões e mutilações. Ocorre que o prejuízo estético, além dos aspectos biomorfológicos que podem acarretar danos patrimoniais e morais, poderá implicar em **dano à vida de relação**, não somente pelas eventuais dificuldades físicas ou de locomoção, mas pelos complexos psíquicos que acarreta, com reflexos na capacidade laborativa.

---

<sup>197</sup> WATSON, E. H. e LOWEY, G. H. **Crecimiento y desarrollo del niño**, Trillas, 1974, p. 131-2.

<sup>198</sup> GENTILE, Guido. **Problemi insoluti della valutazione del danno alla persona**, Estratto-Giuffré, Milão, 1952.

Como se vê, o tema “vida de relação”, originariamente atrelado apenas às questões do “labor produtivo”, serve também a outras relações sociais, ainda que não reguladas pelo direito, mas que se necessitam ser contempladas pela ordem jurídica, de modo a preservar a integralidade da pessoa.

O desenvolvimento teórico do **dano à vida de relação** no direito brasileiro, cremos nós, far-se-á *par i passu* às recomendações expressas na Convenção 158, da Organização Internacional do Trabalho, que dispõe sobre a possibilidade de indenizações laborativas, fixando-lhes as restrições e perspectivas. Esta Convenção ao admitir, em seu artigo 7º, que o trabalhador tome ciência prévia dos motivos pelo qual se dá a rescisão do contrato de trabalho, está implicitamente prevenindo uma das possível causas de produção de **dano à vida de relação**. Essa consideração de explicitar ao trabalhador as razões da tradicional despedida sem justa causa, assim como a asseveração do princípio do contraditório, diminui o risco de lesão à auto-estima e, em

determinadas situações, asseguram a manutenção do bom nome e do conceito social do indivíduo.

Após estas reflexões sobre o **dano à vida de relação**, seus aspectos teóricos e sua possibilidade de suporte jurídico, constatamos, por inevitável, tratar-se de um refinamento ou especialização do desenvolvimento das teorias que tratam da responsabilidade civil e das sub-espécies de dano extrapatrimonial.

Verificamos também que a reparação extrapola seus limites tradicionalmente convencionados, na proporção em que aumenta a complexidade cultural e multifacetam-se as tramas do tecido social em nossos dias.

Observa-se, ainda, que as diferentes esferas onde se desenvolvem as teorias sobre reparação desse tipo de dano - sejam a trabalhista, comercial, penal ou civil - longe de produzirem anteparos excludentes entre si, concorrem para as mais interessantes interseções.



#### 4.4.5 Uma fala do direito moral português

O direito português, nas considerações tecidas ao seu art. 496 do Código Civil, que trata do dano moral, apresenta algumas interpretações diferenciadas, interessantes para a análise.

A primeira delas é a relação entre o dano moral e o patrimônio material, onde aquele é considerado insuscetível de avaliação pecuniária, conforme ilustra TELLES<sup>199</sup>:

“(São os danos morais) prejuízos que não atingem em si o patrimônio, não o fazendo diminuir, nem frustrando o seu acréscimo. O patrimônio não é afectado: nem passa a valer menos, nem deixa de valer mais.”

Por analogia, essa conceituação do direito português corresponde ao que, no direito brasileiro, convencionou-se

---

<sup>199</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das obrigações**, 2<sup>a</sup> ed., (s.l.), p. 366.

chamar “dano moral puro”, no sentido de estar alijado de implicações na ordem material do patrimônio.

O direito português admite o dano moral às pessoas jurídicas desde que em determinadas configurações, como aponta SERRA<sup>200</sup>, no caso de serem atingidas na sua reputação.

A posição do direito português é a que adota o caráter compensatório - e não punitivo - da indenização do dano moral, a exemplo do que fazem os projetos francês, italiano e brasileiro do código de obrigações, observando que, por muito tempo, esse projetos só aceitavam a responsabilidade civil moral conexa com a responsabilidade criminal.

Prevalece, também no direito português, a tese favorável à reparabilidade do dano moral. Nesse sentido LUCENA<sup>201</sup>:

---

<sup>200</sup> SERRA, Adriano Vaz. **Reparação do dano não patrimonial**, in BMJ n° 83, fevereiro de 1959, p. 69 e segs.

<sup>201</sup> LUCENA, Delfim Maya de. **Danos não patrimoniais**, Almedina, Coimbra, 1985, p. 17.

“Imoral seria, isso sim, considerar somente os interesses materiais como merecedores de tutela jurídica de deixar indemnizar toda lesão de interesses espirituais.”

O aspecto do direito moral português que, ao nosso ver, mais causa espécie pela forma peculiar com que se apresenta, é que, diferentemente da grande predominância ocidental, entende o direito lusitano que **a fixação do montante da indenização do dano moral não se deve dar pelo *arbitramento* (que é uma falácia arbitrária); mas sim pela *equidade* (que é da natureza da justiça).**

Ora; isso é deveras singular! Vejamos como a idéia é exposta por LUCENA<sup>202</sup>:

É falsa a afirmação de se ter necessariamente que recorrer ao arbítrio para fixar o ‘quantum’ da compensação a atribuir, bastando para tal, o recurso a juízos de equidade, que tenham em conta todas as circunstâncias do caso concreto e não esqueçam que o principal fim visado pela ‘compensação’ é o de proporcionar ao lesado meios para ‘distrair sua dor’.

---

<sup>202</sup> *Idem, Ibidem*, p. 8.

Desse modo, entende o autor que o problema não é insolúvel, afirmando que **o importante é não abstrair a questão do dano extrapatrimonial para além da esfera obrigacional; mas sim alargá-la dentro desse mesmo âmbito jurídico.** Aí reside a diferença fundamental do direito lusitano.

A lei civil portuguesa fixa o elenco de pessoas que considera terem legitimidade para pedir a indenização dos danos morais, para efeitos sucessórios. O cálculo do montante é casuístico e baseia-se em elementos atenuantes ou agravantes, culpa ou dolo.

Vale dizer: a base doutrinária subjacente é a clássica teoria da vontade, razão porque os casos objetivos de dano por risco, em que a culpa está ausente, tomam por base e princípio de equidade.

O que se depreende do direito moral português, muito mais como conjectura do que como conclusão, é que, muito embora entranhado no continente europeu, a voz portuguesa difere, em alguns traços, das “tabelas” e dos números do

direito francês e do italiano. Também escapa do binômio quantidade/qualidade, tão desenvolvido pelos juristas argentinos, muito embora todos estejamos impregnados pela mesma concepção de ciência.

Mas por que essa singularidade portuguesa, essa variação do modelo quantificacional e o atrelamento à esfera obrigacional, sinônimo de amor à tradição?...

Já é antiga a relação entre cultura e disposição geográfica. É bem conhecido o ingrediente do espírito português, alimentado pelas grandes descobertas e navegações, na Renascença<sup>203</sup>. A partida, a separação e o enfrentamento do desconhecido, compreendidos em uma ambientação com fortes valores do cristianismo, cristalizava **uma racionalização que se dava pela fé e pela esperança**, talvez daí a facilidade em não adotar modelos mais puramente matemáticos. Ouçamos RODRIGUES<sup>204</sup>:

---

<sup>203</sup> Sobre esse assunto, ver RODRIGUES, Anna Maria Moog. **Considerações sobre a saudade portuguesa (epistemologia da saudade)**, *op.cit.*

<sup>204</sup> *Idem, Ibidem*, p. 31.

Para os filósofos portugueses da saudade, a análise da razão pura é um exercício de abstração realizado sobre outra abstração, o próprio conceito de razão pura. Compreendem-no como exigência da racionalidade incontaminada, ascética, decorrente da radicalização da separação efetivada na Época Moderna entre razão e fé. No pensamento português, ao contrário, a razão jamais se encontra dissociada e pura, mas está sempre acompanhada das emoções, da afetividade e, conseqüentemente, das valorações. Não prescinde nem da imaginação nem da intuição. O pressuposto de toda atividade racional frutífera é a fé. Fé na própria capacidade de razão para alcançar a verdade, isto é, na capacidade da razão humana de desvelar os significados encobertos da verdade e de vislumbrar novos significados e novas verdades, ainda que parciais.

A literatura portuguesa é farta em desfiar rosários de amor e dor, que retratam um ângulo forte da alma lusitana. Ora, o amor e dor não se coadunam com tabelas de cálculos; e o apego à tradição, a certeza da volta ao porto seguro podem, numa metáfora acientífica, associar-se ao amor à esfera obrigacional...

## **PARTE III - AS LÓGICAS E OS MÉTODOS**

## CAPÍTULO 5

### AS LÓGICAS DO TRATAMENTO

#### 5.1 A lógica do mito é a linguagem

Ao buscarmos compreender o que está por trás, antes ou além dos valores culturais, que são a base da norma, da opinião do direito e dos comportamentos, chegamos à noção de mito.

O mito, “próximo do que a sociologia durkheimiana denomina uma representação coletiva”<sup>205</sup>, é um conhecimento na sua origem, que depois um determinado tipo de discurso formata, elabora e opera. Resta-nos identificar o mito, desdobrando suas formas e detectando as

---

<sup>205</sup> BARTHES, Roland. **Mudar o próprio objeto** (*in* Atualidades do mito), Duas Cidades, São Paulo, 1977, p. 11.



palavras não ditas neste trânsito. BARTHES<sup>206</sup> o expressa com as seguintes palavras:

A ciência do significante traz à mitologia contemporânea uma segunda retificação (ou um segundo alargamento. **O mundo, carregado a tiracolo pela linguagem**, é escrito de ponta a ponta; os signos, recuando sem cessar seus fundamentos, transformando seus significados em novos significantes, citando-se uns aos outros ao infinito (...). Face a todas as escrituras do mundo, ao entrelaçado dos diversos discursos (didáticos, estéticos, informativos, políticos, etc), trata-se de apreciar níveis de reificação, **graus de densidade fraseológica**. (...) As linguagens são mais ou menos *espessas*; algumas, as mais sociais, as mais míticas, apresentam uma homogeneidade inabalável (há uma força do sentido; há uma guerra dos sentidos). Tecida de hábitos, de repetições, de estereótipos, de cláusulas obrigatórias e de palavras chave, cada uma constitui um *idioleto*, ou, mais exatamente ainda, um *socioleto*. (Negritos nossos).

Ora; diante do exposto, havemos de convir que **a linguagem do direito acerca do dano moral, em vários países, coincide com a descrição de BARTHES<sup>207</sup>**, ao se referir ao grau máximo de capacidade ou espessura lingüística.

---

<sup>206</sup> *Idem, ibidem*, p. 13.

<sup>207</sup> *Idem, ibidem*.

E mais: observamos também, do estudo do **direito moral comparado, que quando a linguagem não se apresenta com essas características, mostra-se insuficiente para tratar o dano moral, na organização social em que é produzida.**

Assim, nessa forma de abordagem, vemos que o instituto jurídico denominado “dano moral” expressa-se por meio do que LÉVIS-STRAUSS<sup>208</sup> chama de uma determinada “quadratura”, numa analogia à linguagem dos músicos. Essa quadratura é a da quantidade, da qualidade, do nexos causal, do patrimônio, da intencionalidade, do contratualismo, enfim do poder jurisdicional.

Cumpramos mencionar, porém, que não é unânime esse entendimento. Por exemplo, para WARAT<sup>209</sup>:

O mito é uma forma específica de manifestação do ideológica no plano do discurso. Afastando-nos dos clássicos esquemas antropológicos e estruturalistas trataremos o mito como uma categoria do

---

<sup>208</sup> LÉVIS-STRAUSS, Claude. **Atualidades do mito**. Duas Cidades, São Paulo, 1977, p. 91.

<sup>209</sup> WARAT, Luis Alberto. **Mito, ideologia e convencimento** (*in* Introdução geral ao direito, t. I, Interpretação da lei-temas para uma reformulação), SAFE, Porto Alegre, 1994, p. 103-4.

pensamento. Se tal é o caso, a categoria do mito permitiria a compreensão de um certo tipo de incidência do ideológico nos modos de produção do significado.

Assim, o movimento da construção do conceito de mito exige um trabalho teórico que permitirá reconhecer certas relações ideológicas de significação, processadas no real. A partir da categoria “mito” a compreensão dos determinantes do modo de produção do convencimento jurídico.

Ora, tal efeito de convencimento torna-se adequadamente explicitado quando se aprofunda a relação ideologia-efeito de realidade. Precisamente o conceito de mito mostra no teórico os modos em que essa relação manifesta-se no real.

Concretamente, no real, existe um conjunto complexo de crenças, representações e saberes. Parece-nos que o mito nos mostrará, no teórico, algumas das formas em que esse complexo ideológico ausentou um sentido lingüístico para reproduzir formas sociais hegemônicas.

Contudo, pode-se também pensar o mito curvo a estereotipação semiológica da ideologia. Tal caracterização situa o mito como uma parte do senso comum. Daí poder-se compreendê-lo como a condição necessária e suficiente do efeito de convencimento (ele estaria na base do raciocínio persuasivo).

A elucidação da estrutura especulativa que o conceito de mito nos revela, permite formular os princípios que governam a produção social do convencimento. Adverte-se que esses princípios por sua vez, operam como condição de significação. Esquemáticamente, se poderia dizer que a teoria sobre o convencimento determina também o que pode ser retoricamente legítimo. *Esses critérios de significação retórica são explicados pela categoria de 'condição retórica*

*do sentido'. É à partir da noção de mito que se faz possível compreender a função categorial da condição retórica de significação. (Itálico no original).*

Ainda para WARAT<sup>210</sup>, “o mito, em sua significação mais arcaica, pode ser visto como um processo de compreensão do mundo”. Mais adiante, veremos como esse pensador se distancia da tópica e da retórica, a partir das conotações ideológicas do mito<sup>211</sup>.

## 5.2 A lógica do direito também está na linguagem

O direito, na sua função de normatizar a vida social, faz o conhecimento da realidade à qual se dirige. Vamos analisar o modo pelo qual tem sido feito esse conhecimento.

Ouçamos primeiramente WARAT<sup>212</sup>:

---

<sup>210</sup> *Idem, ibidem*, p. 104.

<sup>211</sup> *Infra*, item 5.4, *O raciocínio jurídico se faz pela argumentação*, p. 216 e também *infra*, seção 7.3.1, *Pensamento tópico e sistemático: perplexidade?*, p. 316.

<sup>212</sup> WARAT, Luis Alberto. **A teoria crítica do direito e as condições de possibilidade da ciência jurídica** (*in* Introdução geral ao direito, t. II, A epistemologia jurídica da modernidade), SAFE, Porto Alegre, 1995, p. 359.

É o caráter intertextual dos componentes lógicos e mitológicos da racionalidade jurídica o que permite os efeitos normativos, disciplinadores e hermenêuticos dos textos jurídicos. As correntes críticas do Direito ensaiam uma desmistificação dos efeitos mitológicos, comprometidos com o referente imaginário do legislador racional. Porém não incomodam em profundidade a dita mitologia, na medida em que sua leitura desmistificadora a partir de um outro referente fantasmático: o cientista racional. Inquieta-me muito que a glorificação de uma ordem jurídica essencialmente boa e infalível seja substituída pela glorificação de uma ordem de verdade apresentada como ordem das coisas. Por certo é na própria noção de sistema que se deve encontrar o ponto de relação entre a lógica e o mito.

O jurista lusitano Paulo Ferreira da CUNHA<sup>213</sup>, em sua “Apresentação do Direito”, alude à imagística jurídica, no capítulo I, “Imagens e Perspectivas do Direito”<sup>214</sup>, ao descrevê-las como:

a) imagem profana e onnipresença quotidiana (referindo-se ao que pensa a sociedade, ao operar e transitar por leis, por isso também compõe a imagem jurídica);

---

<sup>213</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. **Introdução à teoria do direito**, Rés, Porto, 1995, p. 29 e segs.

<sup>214</sup> *Idem, ibidem.*

b) imagens e visões intelectualizadas (a crítica elaborada pela academia, filósofos e intelectuais em geral);  
e

c) as perspectivas intra-jurídicas (a autopoíesis, o direito vendo-se ao espelho, o pensamento intrínseco que aprofunda-se a si mesmo, no interior de si próprio, seja nesta ou naquela concepção doutrinária; mas sempre jurídica).

Estudos dessa ordem, elaborados por teóricos do direito da envergadura de VERNEGO<sup>215</sup> e PUCEIRO<sup>216</sup>, por exemplo, alertam-nos para a necessidade da retomada da Teoria do Conhecimento ou Gneseologia Jurídica, como um “saber multiparadigmático”, instrumentalizado pela transdisciplinaridade e portanto, não mais cunhado por um único marco conceptual dominante, reconhecido em todos os produtos da tradição do Positivismo. Tanto assim que, cada vez mais, despontam iniciativas que visam desvendar as

---

<sup>215</sup> VERNEGO, Roberto José. **Teoría general del derecho.**

<sup>216</sup> PUCEIRO, Enrique Zuleta. **Teoría del derecho (una introducción crítica)**, Depalma, Buenos Aires, 1987.

outras lógicas do direito, algo como o “**currículo oculto**” da célebre trilogia (herdeira da tradição kelseniana, que é também lingüística) PROPOSIÇÃO JURÍDICA - NORMA - SANÇÃO.

Ora; é evidente que neste trânsito operam outros elementos. Nesse sentido, CUNHA<sup>217</sup>:

O estudo aturado destas ordens normativas impõem-se. Porque o Direito precisa de conhecer o *genus proximum* para encontrar a sua *differentia specifica*. Entretanto, se este tipo de estudos não está na moda, começam a surgir trabalhos sobre realidades normativas laterais, ou paralelas, ou marginais. Muitos desses trabalhos incidem sobre os **motivos da fragmentação postmoderna ao nível jurídico**. Outros assumem uma designação tentadora: *protonormas*.

Teorizando sobre as protonormas, CUNHA<sup>218</sup> explica que “as normas jurídicas seriam autênticas normas (na perspectiva do jurista), enquanto à sua volta existiriam quase-normas, normas imperfeitas ou diferentes, as protonormas.

---

<sup>217</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. **Princípios de direito (introdução à filosofia e metodologia jurídicas)**, Rés, Porto, 1995, p. 375.

<sup>218</sup> *Idem, ibidem*.

Acrescenta esse autor<sup>219</sup> “que há possibilidades diversas para o conceito de protonormas, dependendo do conteúdo ou do âmbito que, com elas, se pretenda abranger”.

Como se vê, há muito mais lógicas subjacentes ao direito e à norma do que a tradicional lógica formal, aristotélica e silogística tradicionalmente ensinada nos manuais jurídicos.

**Digamos, então, que as decantações dogmáticas não têm dado conta do dano moral** (conforme pudemos inferir do estudo comparado do capítulo anterior), **provavelmente porque há outras lógicas subjacentes ao problema do dano moral** (conforme pudemos inferir do nosso estudo acerca dos mitos no interior da sociedade e da consciência humana).

Ora; se há lógicas que precisamos conhecer, podemos afirmar que há linguagens que precisamos conhecer, porque

---

<sup>219</sup> *Idem, ibidem.*



não há lógica sem uma linguagem que a expresse e vice-versa, com o que corrobora Stefan KUCHARSKI<sup>220</sup>:

De Humboldt, Weisgerber aceita a concepção da língua como força espiritual da nação (*volksgeist*), como visão de mundo (*weltanschauung*) e como forma interior (*innere sprachform*) (...). O método de investigação que Weisgerber usa no seu trabalho fundamenta-se em quatro fases da concepção e da descrição da língua. A finalidade desse método é o alargamento gradual do ‘horizonte da língua’, indo da estática até a dinâmica das estruturas lingüísticas (...). Trata-se aqui das investigações da formação lingüística do mundo (*de worten der welt*), ou seja, do processo de ‘prisão’ do mundo nas palavras.

A constatação de que **há uma crise no modelo jurídico - real, nominalista ou uma “crise dos conceitos”** em vários segmentos do discurso jurídico, é patente e preocupante, impulsionando, para alguns, novos rumos da investigação científica, bem como a procura de novos métodos para percorrer esses rumos; enquanto que outros,

---

<sup>220</sup> KUCHARSKI, Stefan. **Língua como “ser intermediário” entre o homem e a realidade** (teoria lingüística e Leo Weisgerber), in *Revista Ciências Humanas*, ano 19, nº 31, Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 1996, p. 107-9.

como Fernando Herren AGUILLAR<sup>221</sup>, consideram como mais segura outra hipótese:

(...) Uma tal concepção do direito poderia parecer indiferente a uma tendência atual que torna o dorso à **crítica da sociedade, tidos, os modelos de que se nutria, por esgotados**. Com efeito, as razões de uma perda de credibilidade das teorias críticas e estruturais do direito são ligadas em parte ao insucesso das tentativas históricas de implementação de modelos alternativos de organização social. Em consequência, há um sentimento generalizado de que a busca de reformas (condenadas por antecendência a soçobrar) põe em risco conquistas presentes e sugere que o melhor a fazer é talvez se agarrar ao adquirido em lugar de buscar respostas utópicas.

Esta pesquisa, na fidelidade à hipótese inicial, filia-se à busca de novas alternativas metodológicas para o direito, especialmente para o direito moral.

Assim, veremos, na próxima sessão, como se processa o raciocínio jurídico para, posteriormente, propormos a nossa tese.

---

<sup>221</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. **Metodologia da ciência do direito** (prefácio de Eros Roberto Grau), Max Limonad, Rio de Janeiro, 1996, p. 152.

### 5.3 Torre de babel jurídica?

Essa constatação - a de uma tipologia do discurso jurídico - tem, ultimamente, aguçado a atenção não só dos estudiosos do direito substantivo, mas também dos processualistas, como MAMEDE<sup>222</sup>; num ensaio de Semiólogia aplicada ao Direito:

Verifica-se que o processo constitui-se em uma 'logotecnia', ou seja, uma linguagem, que é elaborada não pela 'massa falante', mas por um grupo de decisão.(...) O usuário segue essas linguagens, nela destaca mensagens (falas), mas não participa de sua elaboração; o grupo de decisão que está na origem do sistema (e de suas mudanças) pode ser mais ou menos estreito; pode ser uma tecnocracia absolutamente qualificada (...) e pode ser também um grupo mais difuso, mais anônimo (...). Na linguagem do processo, o grupo de decisão está constituído pelo aparelho de Estado, ou, mais precisamente, naqueles que detêm o poder de legiferar (...). Como a gramática é apenas a estruturação normativa da linguagem, a que corresponde, o processo é, por extensão, também a própria gramática. Assim, Processo e Gramática Translingüística do Processo se confundem, como aspectos diferentes da mesma realidade.

---

<sup>222</sup> MAMEDE, Gladston. **Gramática translingüística do processo**, *Revista de Informação Legislativa*, ano 29, nº 113, Brasília, jan/mar 1992, p. 459.

Para se ter um exemplo da atualidade do tema, examine-se o artigo escrito pela jurista-lingüista do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, Pascale BERTELOOT<sup>223</sup>, cujo título alude à construção da Torre de Babel, tal como é descrita no Gênesis. Como se sabe, a construção da Torre de Babel foi interrompida em virtude de uma confusão e cisões havidas na linguagem, em detrimento do seu caráter de unidade, inviabilizado, desse modo, qualquer projeto.

A jurista-lingüista adverte-nos para a preocupação das legislações supranacionais com a linguagem, citando, por exemplo, os artigos 248 do Tratado da Comunidade Econômica Européia (CEE) e o 225 do Tratado da Comunidade Européia da Energia Atômica (CEEa), regidos ambos, nos seguintes termos:

---

<sup>223</sup> BERTELOOT, Pascale. **Babilônia em Luxemburgo - A lingüística jurídica no tribunal de justiça das comunidades européias.** (trad. De Jean François Cleaver) *in Revista de Informação Legislativa*, ano 29, nº 113, Brasília, jan/mar 1992, p. 461.

O presente tratado redigido num único exemplar, em língua alemã, francesa, italiana e neerlandesa, *fazendo fé qualquer dos quatro textos*, será depositado nos arquivos do Governo da República Italiana, o qual remeterá uma cópia autenticada a cada um dos governos dos outros Estados signatários.

O Regulamento nº 1 de 1958, publicado em abril daquele ano, estabelecia as bases do *regime lingüístico da comunidade européia*, ao determinar quais os idiomas oficiais que as perguntas e respostas deveriam ser sempre em uma mesma língua, dispondo sobre as modalidades de aplicação do regime lingüístico comunitário, inclusive no âmbito processual.

Desse contexto, emerge a nova figura do jurista-lingüista, como operador do direito. Sobre isso BERTELOOT<sup>224</sup>:

Para desempenharem suas funções, os juristas-lingüistas do Tribunal dispõem dos recursos tradicionais, tais como os numerosos dicionários de língua e os dicionários jurídicos bilíngues ou multilíngues. Nem estes nem aqueles oferecem apoio determinante. Os dicionários de língua nunca são redigidos por juristas, e ficou provado que os dicionários jurídicos somente podem, quando muito

---

<sup>224</sup> *Idem, ibidem*, p. 473.

fornecer alguma indicação. Na maioria dos casos, mal levam em conta os diversos contextos em que pode aparecer um termo, assim como não fornecem as variações sofridas, neste ou naquela país, pela linguagem jurídica.

Por isso, cabe lembrar, como metáfora ou alegoria, que o episódio bíblico da Torre de Babel não alude ao papel dos intérpretes, dos hermeneutas, cujo papel sempre foi imprescindível.

#### 5.3.1 Aspectos da linguagem pericial

Uma das mostras de que o movimento de globalização clama por uma linguagem jurídica, tanto quanto possível, uniforme e suficientemente clara, em suas diferenças, é o trabalho produzido por SÁ<sup>225</sup>, pela Associação Portuguesa para Avaliação do Dano Corporal, cujo propósito é

---

<sup>225</sup> SÁ, Fernando Oliveira. **Clínica médico-legal da reparação do dano corporal em direito civil**, APADAC (Associação Portuguesa para Avaliação do Dano Corporal (Instituto de Medicina Legal de Coimbra), Coimbra, 1992.

uniformizar os procedimentos para as indenizações por acidentes de trânsito na Comunidade Européia.

Nesse trabalho, de cunho eminentemente quantitativo, são fixados padrões e gradações para a avaliação do *quantum doloris*, nos termos<sup>226</sup>.

Não se trata de medir a régua ou ao milímetro uma coisa (o *Quantum doloris*) que pela sua natureza própria já é difícil de medir mesmo... ao metro. Trata-se, isso sim, de fornecer uma estimativa, transmitir uma idéia de importância do *Quantum doloris*. E essa importância transmite-se em função do posicionamento relativo na escala, bem como através da adjectivação usada para cada um dos graus. Há quem defenda - e com alguma lógica - ser desnecessário adjectivar cada grau da escala; que basta a situação relativa na própria escala para transmitir a idéia do *Quantum doloris* realmente existente. Em todo o caso alinhamos com os que, apesar de tudo, continuam a defender a oportunidade e utilidade dessa adjectivação. Vai neste sentido a postura de juristas que confessam guiar-se privilegiadamente pelo adjectivo atribuído ao dano em questão. De qualquer modo a adjectivação pretende em todas as escalas traduzir um crescendo de gravidade a partir do primeiro até ao último grau de cada escala. E essa adjectivação terá de ser adequada a cada língua falada, pelo que **as traduções, de uma língua para outra, terão que sofrer as adaptações próprias do valor semântico de cada palavra no contexto da sua linguagem própria.** No nosso caso - para a língua portuguesa -

---

<sup>226</sup> *Idem, Ibidem*, p. 214-5.

temos por adequada a escala já conhecida: 1) Muito Ligeiro; 2) Ligeiro; 3) Moderado; 4) Médio; 5) Considerável; 6) Importante; 7) Muito Importante. E não só continuaremos a usar esta escala como continuaremos a restringir a valorização do *Quantum doloris* ao período de incapacidade temporária.

Na verdade, trata-se da formulação de um **modelo pericial** português, elaborado a partir do conceito de **missão pericial** francesa.

Analisa a evolução das missões periciais, dividindo-as em clássicas (as que foram sendo sucessivamente usadas até 1980) e modernas (posteriores a 1980). As primeiras dando prioridade aos números e as segundas às provas.

A missão mais antiga, dita “habitual”, era formulada pedindo ao perito que se pronunciasse sobre:

- a) data de consolidação das lesões;
- b) percentagem da incapacidade permanente;
- c) qualificação do *pretium doloris* assim como, eventualmente, o prejuízo estético e o *préjudice d'agrément*.



Ainda nas formulações mais antigas usadas em França refere-se ao seguinte:

- examinar F...
- determinar a natureza a gravidade e as conseqüências dos ferimentos ou enfermidades ocasionadas pelo acidente e dar a sua opinião sobre:
  - 1º) importância e duração da incapacidade temporária;
  - 2º) data de consolidação;
  - 3º) eventualmente importância da incapacidade permanente parcial;
  - 4º) gravidade dos sofrimentos experimentados.
- precisar, sendo caso disso, todos os outros elementos da dano corporal.
- recorrer a especialistas da sua escolha e tomar conhecimento de todos os documentos relativos aos exames, cuidados médicos e intervenções de que o examinado foi objeto.

Uma outra variante assinalada terá sido utilizada por um Tribunal parisiense em 1980; é a seguinte:

- examinar a vítima, determinar a natureza, a gravidade e conseqüências dos ferimentos ou doenças sofridas e dar o seu parecer sobre:
  - 1º) Importância e duração da incapacidade temporária;
  - 2º) Data de consolidação;
  - 3º) Sofrimentos experimentados antes da consolidação
  - 4º) Importância da incapacidade permanente, ventilando:

- a) o alcance do dano, respeitando o déficit fisiológico da vida corrente;
- b) o alcance do dano, tendo incidência profissional;
- c) alcance do dano, representando sofrimentos posteriores à sua consolidação.

Para esse autor<sup>227</sup>, a **missão pericial** tem que se curvar perante a onipotência da força conservadora do sistema jurídico e, além disso, nos países latinos, perante a vulnerabilidade dos sistemas. Reconhece, todavia que a escolha e a adaptação de um **novo modelo de “mandato pericial”** é uma questão chave quando se discute a problemática médico-legal relativamente à reparação civil dos danos corporais.

A proposta apresentada por SÁ visa dar resposta pericial aos princípios consagrados na Resolução 75(7) do Conselho da Europa, nomeadamente os contemplados nos pontos 5, 6, 10, 11 e 12, a saber:

Le fait pour la victime de ne plus pouvoir effectuer dans son foyer le travail qu'elle y accomplissait avant le fait dommageable, constitue un préjudice ouvrant droit à réparation, même lorsque la victime n'est pas remplacée pour ce travail par une autre personne. Ce droit à réparation appartient personnellement à la victime.

---

<sup>227</sup> *Idem, Ibidem*, p. 266.

L'évaluation du gain manqué doit être faite aussi bien pour la période antérieure au jugement que pour le futur. A cette fin, il doit être tenu compte de tous les éléments connus ou prévisibles, notamment du degré de l'incapacité, du genre d'activité déployée pour la victime, de ses revenus après l'accident comparés à ceux qu'elle aurait obtenus si le fait dommageable ne s'était pas produit, ainsi que de la durée probable de ses activités professionnelles et de sa vie.

Le fait pour la victime de devoir fournir des efforts accrus afin d'obtenir dans son travail le même résultat constitue un préjudice ouvrant droit à réparation.

La victime doit être indemnisée du préjudice esthétique, des douleurs et des souffrances psychiques. Cette dernière catégorie comprend en ce qui concerne la victime divers troubles et désagréments tels que des malaises, des insomnies, un sentiment d'infériorité, une diminution des plaisirs de la vie causée notamment par l'impossibilité de se livrer à certaines activités d'agrément.

Les douleurs physiques et les souffrances psychiques sont indemnisées en fonction de leur intensité et de leur durée.

Le calcul de l'indemnité doit s'effectuer sans égard à l'état de la fortune de la victime.

Com o fito de precisar o mandato pericial português e estendê-lo à Comunidade Européia, respeitados os princípios erigidos em França, podemos observar que, se por um lado, a iniciativa é louvável, porque uniformiza o que é dispar, por outro, corre o risco de inibir outras possíveis observações dos *experts*.

É bem verdade que os quesitos são a expressão formal da missão de que os peritos são encarregados pela entidade requisitante da perícia; porém não se pode subordiná-la (a missão) a um modelo consubstanciador. Além disso, não se pode desrespeitar o princípio de direito processual contido na formulação de quesitos, e na conciliação desses elementos está um ponto de delicadeza.

#### **5.4 O raciocínio jurídico se faz pela argumentação**

Em primeiro lugar, é preciso distinguir entre lógica e argumentação, e verificar porque o estudo da argumentação tem aumentado significativamente em importância, para o direito.

As lógicas são puramente formais, no sentido de que não dependem do conteúdo material para que sejam explicitadas. Dependem apenas de demonstração, como as matemáticas, que são os exemplos mais genuínos de raciocínio puro; porque alijados de conteúdo. Isso lhes

confere - às leis lógicas, bem assim às matemáticas - uma tal generalidade, que lhes possibilita ampla ampliação, nas mais diversas áreas e com diversos conteúdos.

Naturalmente que, assim dizendo, estamos nos referindo à lógica formal, aristotélica; até porque é comum de se ver autores que dizem não haver outra lógica que não essa; as outras mais, seriam argumentações. Para CHURCH<sup>228</sup>: “Traditionally, (formal) logic is concerned with the analysis of sentences or of propositions and of proof with attention to the *form* in abstraction from the *matter*”.

Por isso é que nas Humanidades, na Filosofia, no Direito e nas Ciências Sociais em geral, não se pode pensar em uma lógica de racionalidade algébrica. Nessas ciências, sabe-se já de há muito o problema da impossível neutralidade axiológica; sabe-se que o sujeito compreende-se no objeto da pesquisa, o que lhes confere um grau

---

<sup>228</sup> CHURCH, A. *apud* PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*, Martins Fontes, São Paulo, 1996, p. 470.

diferente de cientificidade e metodologias próprias. Por isso é preferível ao direito o estudo a teoria da argumentação à lógica<sup>229</sup>.

É que a argumentação não se faz nunca em separado dos conteúdos a que se refere, e não acontece descontextualizadamente. Desse modo, o trabalho intelectual dos operadores jurídicos, na medida em que trabalham com circunstâncias fáticas e sua representação autuada, estão mais próximos da argumentação do que da lógica.

**Em sentido contrário a essas afirmações,** WARAT<sup>230</sup>, que se distancia radicalmente dos tópicos e dos retóricos, atribuindo outras funções às teorias argumentativas:

O discurso argumentativo surge, pois, como um jogo de ambigüidades, onde a ideologia torna ausente a referência informativa e o conflito real, e estes, por sua vez, com sua presença, distanciam a mensagem ideológica. A função de uma teoria da argumentação há de ser vista, portanto, como uma tentativa de

---

<sup>229</sup> PERELMAN, Chaim e TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**, *op. cit.*

<sup>230</sup> WARAT, Luis Alberto. **Mito, ideologia e convencimento** (*in* Introdução geral ao direito, t. I, Interpretação da lei-temas para uma reformulação), SAFE, Porto Alegre, 1994, p. 113-4.

desmitificação, isto é, como uma leitura ideológica que dê conta dos modos concretos em que essa ambigüidade se manifesta. Decifra o mito, fazer sua leitura ideológica, é compreender a deformação de sentido que de produz.

O mesmo tipo de considerações pode-se fazer em relação à dogmática jurídica. Ela também realiza o jogo de ambigüidades alusivo-elusivo. Por exemplo, quando trata a capacidade de delinquir como imputação.

O raciocínio argumentativo cumpre uma função mítica porquanto a conclusão o decidido ou aprovado é consequência de um processo alusivo e elusivo. Para persuadir lança mão de um jogo de simultaneidades pouco perceptíveis entre a informação e as crenças geralmente aceitas. O relato do raciocínio determina um efeito de redundância em relação aos valores que estão na base do raciocínio. Por sua vez, esse efeito de redundância exerce uma ação de retorno sobre a conclusão, e emprestando-lhe um efeito de realidade provada. Na realidade, existe um vazio entre o *corpus* do relato e as conclusões desprendidas dele. Na conclusão se pode conhecer novamente a crença generalizada, mas também um ilogismo. Sem dúvida, o sentido da informação suas intenções serão roubadas do âmbito preciso do raciocínio lógico; mas devolvidas no álibi mágico do valor confirmado. O raciocínio retórico é, assim, uma fala roubada como informação, mas restituída como valor. Produz-se, pois, um vazio lógico e uma plenitude ideológica. A informação contida nas premissas e na conclusão é aludida: não se apaga mas é organizada de tal forma que se termina por eludi-la. Torna-se uma presença ausente, ao ser, só pseudo provada. O valor é plenamente confirmado. Tornada uma presença ausente, a informação deixa um espaço para que o poder, ausente, e no entanto pleno, seja o determinante da significação a argumentativa. A

informação só é reconhecida neste valor conferido. Esta ambigüidade constitutiva do raciocínio retórico, vai ter duas conseqüências para a significação: apresentá-la simultaneamente como uma notificação (da decisão) e como uma constatação (do poder) no âmbito da ideologia.

Na opinião de PERELMAN<sup>231</sup>, o **raciocínio jurídico expressa-se, como produto do trabalho argumentativo, pela decisão judicial ou sentença.**

Com essa idéia corrobora Fábio Konder COMPARATO<sup>232</sup>, assinalando que “a lógica jurídica é uma lógica de decisão e de escolha entre as diversas possibilidades: uma lógica de *preferência* e não de *conseqüência*”.

Porém, nesse trâmite, esse raciocínio não é operado de modo totalmente livre; mas é subordinado a alguns condicionamentos, que são:

---

<sup>231</sup> PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**, *op. cit.*, p. 480.

<sup>232</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Reflexões sobre o método do ensino jurídico**, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, V. LXXIV, p. 127.



a) **a presunção** (*jus tantum*) que, assegurada já desde o art. 1349 do Código de Napoleão, **indica a efetividade de um raciocínio que depende da condução da argumentação**. Ora; esse é um elemento subjetivo que se desloca e se legitima como fator de objetividade;

b) **a prova**, que, também pela operação argumentativa, terá papel preponderante no conhecimento. É um elemento sempre objetivo, portanto não se desloca de uma esfera para outra. Em afirmação extrema, podemos dizer que esse fator subjuga todos os demais: o convencimento, a interpretação e as presunções dependem sempre da prova;

c) **a legislação**, material e processual. Na transposição do código da realidade social para o código da realidade jurídica, imediatamente circunscreve-se uma situação em determinadas prescrições, à qual se deve amoldar; igualmente o juiz limita sua apreciação a esse código, e todo o raciocínio é produzido de acordo com esse amálgama.

**O elemento que oferece maior “liberdade” para o raciocínio jurídico é o da interpretação; mesmo assim, sabe-se da Hermenêutica que a partir do século XVIII, culminando com Emílio BETTI, em 1959, tentava reger os modos de interpretação. A analogia, os princípios gerais do direito, a equidade, os aforismas latinos, etc, etc, são, em maior ou menor grau, fatores condicionantes do raciocínio jurídico. Portanto, são todos objeto da argumentação. Observe-se que não basta ao juiz ater-se ao seu senso de equidade: ele deve, na medida do possível, amoldar-se à legislação e levar em conta os precedentes judiciais.**

**Ora; avalie-se esse problema em relação ao dano moral: e aí nos deparamos com a hipótese que norteou esta pesquisa. Algo se perde nessa transposição de uma realidade à outra, de modo que, em nenhum dos países estudados, até hoje, o direito está dizendo o dano moral de modo satisfatório, conforme examinamos nos capítulos precedentes. O direito positivo ocidental, do modo como está organizado, parece não dar conta da**

**realidade “dano moral”; é como se fossem universos distintos, entre os quais medeia um abismo que o direito positivado não consegue sistematizar.**

Vejamos então por quê o código jurídico, toda a sua argumentação e procedimentos estão formatados desse modo, com essas e não com outras características: a resposta, vamos encontrá-la na **história da ciência**.

Sabemos que a relação do homem com o saber sempre significou a busca da verdade. Mas essa verdade deveria ser **objetiva**, porque assim impunha o modelo científico atingido pelo racionalismo francês do século XVIII, com René DESCARTES.

Se tomarmos a história do pensamento ocidental, veremos que a relação do homem com o conhecimento - ou seja; a busca da verdade - nem sempre se encurralou nesse critério de **objetividade provável** (no sentido de depender da prova empírica). Haja vista o desenvolvimento sem precedentes do pensamento filosófico, no período helênico.

Na Idade Média, quando os interesses intelectuais e artísticos eram subjugados pelo poder eclesiástico, o raciocínio desenvolveu-se de modo a legar à posteridade os critérios lógicos da sistematização, das catalogações, taxomias e classificações, todas de bases aristotélicas, sobejamente na Escolástica.

Os movimentos subseqüentes ao Renascimento - todos, ainda, reações ao medievo, buscavam a verdade natural, as leis que regiam a matéria, independentemente da Revelação.

A busca das causas na natureza levou a inteligência da humanidade ao indutivismo de Bacon, bem como à dúvida cartesiana, com a apologia do conceito de “evidência”.

**Ora; o que temos hoje, nos ordenamentos jurídicos, é esse mesmo modelo científico, racionalista-cartesiano, que faz a verdade objetiva através da “prova”.**

**Logo, O NOSSO PROBLEMA ESTÁ EM DIZER O DANO MORAL, COM TODA A SUA CARGA MÍTICA,**

## **POR MEIO DA LINGUAGEM DESSE MODELO CIENTÍFICO.**

Se isto não está sendo possível, é porque, provavelmente, há alguma incompatibilidade entre essas linguagens.

Para ilustrar, citemos outro exemplo - que já extrapola os limites do âmbito estrito do dano moral, mas permanece na esfera civilista - **do quanto o modelo jurídico-científico da prova objetiva e causal e da correlata “presunção” não tem sido mais suficiente.**

Nesse sentido, FACHIN<sup>233</sup>:

Ora, esse modelo de ‘causas determinadas’ se mostrou incapaz de corrigir a falta de coincidência entre a paternidade jurídica e a paternidade verdadeira do ponto de vista biológico. O marido, mesmo ciente da inexistência de base a sustentar em seu favor a presunção de paternidade, pode simplesmente desinteressar-se pela contestação. E tal desinteresse é fatal, posto que os prazos decadenciais dentro dos quais é possível ajuizar a “contestação” são exíguos.

---

<sup>233</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**, SAFE, Porto Alegre, 1992, p. 14.

E mais adiante<sup>234</sup>:

Esses resultados, em verdade, denotam uma crise do sistema clássico - claramente insuficiente para imprimir a numerosos casos soluções razoáveis e congruentes com a verdadeira paternidade(...). Os problemas enfrentados pelos ordenamentos jurídicos até então eram semelhantes - pois os sistemas que a exemplo do Código Civil brasileiro têm origem napoleônica, apresentam o mesmo modelo, e por isso, semelhante crise - (...).

Como se não bastasse o problema do modelo científico, **há outras injunções que condicionam o discurso jurídico.** As categorias das quais dependem todas as investigações e exposições estão relacionadas a situações sociais, a determinantes políticas, culturais e, sobretudo econômicas, onde nos deparamos com o problema das classes sociais e o acesso ao código jurídico. Nesse sentido, MILLS<sup>235</sup>:

É verdade que o modelo corrente de pensamento 'científico', retirado principalmente das investigações físicas pós-renascentistas, distingue entre a veracidade dos resultados e os motivos e condições sociais de uma investigação. Isto porque este

---

<sup>234</sup> *Idem, ibidem*, p. 15.

<sup>235</sup> MILLS, C. Wright. **Consequências metodológicas da sociologia do conhecimento** (trad. De Ângela Maria Xavier de Brito), *in Sociologia do Conhecimento*, 2ª ed. Zahar, São Paulo, 1974, p. 132.

paradigma exige que as afirmações sejam verificadas através de certas operações que não dependem dos motivos ou da posição social de quem as faz. A posição social não afeta diretamente a verificação. Mas as posições sociais podem muito bem afetar o fato de que este ou algum outro modelo seja ou não usado por tipos de pensadores hoje ou em outro período (...). **Qualquer padrão de observação ou verificação pode em si mesmo ser socialmente relativizado, e a 'seleção' e o uso de qualquer modelo (como também o seu padrão de difusão entre as mais variadas elites) estão abertos à explicação sociológica.** (Negritos nossos).

Como se vê, para a Sociologia do Conhecimento, os modelos científicos, sejam quais forem, tendem a ser acessados e manipulados por uma determinada categoria de indivíduos, que acaba por se tornar uma 'elite', se considerada em relação a esse mesmo modelo científico, sempre paradigmático de valores sociais, culturais, políticos e econômicos.

Diz WARAT<sup>236</sup>:

Na lei e no saber do Direito encontramos o mito de uma sociedade sem fraturas. Certamente, desse modo se simboliza a petrificação das relações sociais e a dissolução jurídicista dos conflitos. O mito de uma

---

<sup>236</sup> WARAT, Luis Alberto. **A teoria crítica do direito e as condições de possibilidade da ciência jurídica**, *op cit*, p. 363-4.

sociedade coesa permite, através do Direito, a supressão simbólica da autonomia dos sujeitos, constituindo-se um imaginário coercitivo que coloca o político como uma instância do universal. Necessita-se então um trabalho de interrogação sobre o discurso jurídico (...).

Na prossecução deste estudo, vamos examinar, então - agora sob o prisma lógico-argumentativo -, como o direito tem dito a moral.

### **5.5 Direito moral é o direito falando a moral**

Nada mais tortuoso na história do pensamento do que o conceito de moral. LECLERCQ<sup>237</sup> enumera mais de vinte e três posturas filosóficas, que distintamente entendem a moral.

---

<sup>237</sup> LECLERCQ, Jacques. **As grandes linhas da filosofia moral**, Herder, São Paulo, 1967.



Para não nos desviarmos dos objetivos de nossa tese, vamos nos ater ao modo pelo qual o direito tem se referido à moral<sup>238</sup>.

Muito elucidativa a idéia de PERELMAN<sup>239</sup> a respeito da distinção e da similitude entre direito e moral:

Tradicionalmente, os estudos consagrados às relações entre o direito e a moral insistem, dentro de um espírito kantiano, naquilo que os distingue: o direito rege o comportamento exterior, a moral enfatiza a intenção; o direito estabelece uma correlação entre os direitos e as obrigações, a moral prescreve deveres que não dão origem a direitos subjetivos; o direito estabelece obrigações sancionadas pelo poder; a moral escapa às sanções organizadas.

Mas e o fundamento dessa moral, que o direito reconhece e legitima, ao mesmo tempo em que sobre ela não há e não houve, em tempo algum, consenso filosófico? Vimos, no capítulo 2 <sup>240</sup> deste estudo, o conteúdo

---

<sup>238</sup> Nesse sentido vide *supra*, Parte II, Capítulo 3 *O direito moral*, 3.1 *Conceituação básica*, p. 90.

<sup>239</sup> PERELMAN, Chaim. **Direito e moral**, in *Ética e direito*, *op. cit.*, p. 298.

<sup>240</sup> *Supra*, Capítulo 2, *Elementos da antropologia e da sociologia...*, p. 49, em especial os itens 2.3 *Mito: fala, forma e conceito*, p. 68 e 2.3.1 *Representações coletivas, arquétipos e consenso*, p.78.

arquetípico dos valores culturais - dentre eles a moral - e da sua manifestação como mito, quando se revestem de uma forma. Vimos também a sua presença no “inconsciente coletivo”, na expressão Jungiana, ou nas “representações coletivas”, em termos durkheimianos.

Pois é exatamente para confirmar esse fundamento que se colocam as teorias lingüísticas, como no dizer de John AUSTIN<sup>241</sup>, da escola de Oxford: “se o uso corrente faz caso de uma distinção, há uma presunção em favor de sua importância filosófica”.

Isto quer dizer que se o direito se refere à moral de um determinado modo, é porque ele é paradigmático da cultura em que é proferido; e todas as variações, contestações, e alternativas de pensamento moral tomarão como referência, provavelmente, esse vetor que o direito expressa. Todas as outras concepções filosóficas da moral girarão em torno da formulação jurídica - seja para refutá-

---

<sup>241</sup> AUSTIN, John. **How to do things with words**, Oxford University Press, Oxford, 1976.

la, reformá-la ou consagrá-la -, até porque **aí reside a fala do poder**, que deve ser enfrentado, seja pelo acatamento, pela insubmissão ou por quaisquer outros processos sociais, por exemplo, a acomodação, a assimilação, o conflito, etc.

É a existência de um órgão competente e qualificado para dizer o direito que faz a condensação e a síntese da representação jurídica da moral; o que não impede a existência de variações individuais ou em segmentos sociais menores a respeito da moral, enquanto regras autônomas da consciência.

Sabemos, com efeito, que a formulação da responsabilidade tal como a temos até nossos dias, deriva do artigo 1382 do Código de Napoleão, que preceitua: “todo fato do homem que cause um dano a outrem obriga este, por cuja falta ele ocorreu, a repará-lo”.

Portanto, vemos que a linguagem com a qual o direito refere a moral é, em parte, de “compromisso”,

como bem ilustra PERELMAN<sup>242</sup>:

“(...) Se analisamos, a esse respeito, as legislações modernas, o problema do uso moral ou imoral da linguagem se mostra infinitamente mais complexo. Em direito, a noção central é a de *compromisso*.”

Esse compromisso, vemos que está na base de vários institutos civilistas, todos de cunho moral: reparação, casamento, filiação, etc, amoldados no modelo científico racionalista, calcados na prova objetiva<sup>243</sup>.

---

<sup>242</sup> PERELMAN, Chäim. **Direito e moral**, in *Ética e direito*, op. cit., p. 300.

<sup>243</sup> *Idem, ibidem*, p. 300-1.

### 5.6 Os códigos lingüísticos da moral jurídica: compromisso e afetividade

Na transposição do código lingüístico do *compromisso* para o da *afetividade*, pode-se observar alguns colapsos, conforme observam vários autores. Começemos por PERELMAN<sup>244</sup>:

A testemunha que mente é passível de punição essencialmente porque se comprometeu a dizer a verdade, toda a verdade e nada além da verdade. Mas está estipulado que, quando se trata de parentes em linha reta ou do cônjuge de uma das partes, não se poderá obrigá-los a testemunhar sob juramento; se essas pessoas são ouvidas sem prestar juramento, não se poderá condená-las por falso testemunho ou por falsa declaração, quando testemunharam em favor dos réus ou indiciados (cf. artigo 268 do Código [belga] de Processo Civil). O legislador admite que não cabe constranger os sentimentos de afeição que se presume existir entre parentes próximos (...).

E os colapsos continuam, quando o modelo jurídico-científico tenta tratar se omite do tratamento das questões

---

<sup>244</sup> PERELMAN, Chäim. **Direito e moral**, in *Ética e direito*, op. cit., p. 300-1.

da afetividade, como no exemplo do Direito de Família, trazido por LEITE<sup>245</sup>:

O que os códigos esqueceram é que é possível edificar uma nova dignidade do casamento sem tentar restaurar o passado. As incertezas e hesitações que hoje constatamos, nada mais são do que incessantes tentativas de estabelecer um novo casamento, em que o amor seria fundador ativo e aberto.

E porque o problema na linguagem sobre a afetividade? É o que vamos examinar a seguir, porque o dano moral, dotado sempre de carga emocional, não pode passar tangente a essa questão. Para Paul RICOEUR<sup>246</sup>, **a explicação está na distinção entre cognição e emoção, que tradicionalmente foram objetos de diferentes discursos.** O mesmo vale, por analogia, ao direito (cognição) falando o dano moral (emoção, sofrimento):

A primeira questão a considerar ocupa-se do estatuto cognitivo destes dois sentidos. Dentro da tradição do positivismo lógico, a distinção entre o sentido explícito e implícito abordava-se como a distinção entre a linguagem cognitiva e emotiva. E uma boa

---

<sup>245</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Origem e evolução do casamento**, in *Tratado de Direito de Família*, t. I, Juruá, Curitiba, 1991, p. 369.

<sup>246</sup> RICOEUR, Paul. **A teoria da metáfora**, in *Teoria da interpretação* (O discurso e o excesso de significação), Edições 70, Rio de Janeiro, 1976, p. 58.

parte da crítica literária influenciada pela tradição positivista transpunha a distinção entre a linguagem cognitiva e emotiva para o vocábulo de denotação e conotação. Para semelhante posição, apenas a denotação é cognitiva e, como tal, é de ordem semântica. Uma conotação é extra-semântica, porque consiste no entrelaçamento de evocações emotivas, que carecem de valor cognitivo.

Então, além do problema epistemológico que o direito enfrenta ao dizer o dano moral - que se refere ao modelo objetivo de cientificidade - aventa-se uma outra dificuldade, agora de ordem ôntica: a da distinção entre os estatutos lingüísticos dos sentidos da cognição e da emoção.

De resto, após essas considerações sobre uma moral jurídica calcada no “compromisso” e na “afetividade” (e, portanto, até certo ponto “indizível”), o que temos em conclusão de todas as filosofias morais estudadas<sup>247</sup>, é que “o conceito de moral afirma que a moral pura comporta uma felicidade razoável para todo ser humano. Mas a moral pura

---

<sup>247</sup> LECLERCQ, Jacques, *op. cit.*

não existe senão em relação a um conteúdo que lhe vem das morais concretas”.

Da felicidade humana, que é a base para o direito moral, estaremos ocupados mais adiante.

### **5.7 O direito moral é eudemonista**

Nas seções precedentes, vimos que, para a antropologia, os chamados “valores da cultura” são compostos de uma matéria-prima arquetípica e que esta, ao alcançar expressão na sociedade (porque reveste-se de uma determinada forma, que é a linguagem), caracteriza o que se denomina “mito”.

Vimos também que o dano moral, prenhe de conteúdos emotivistas, sofre embustes na sua dicção jurídica, por causa do modelo lingüístico racionalista.

Agora, passemos à análise da origem mítica do direito moral e, em consequente, do dano moral, que é o



**seu avesso, a sua violação** (portanto, também compõe essa mesma conceituação).

A doutrina jurídica continental<sup>248</sup>, sem exceção, na tratativa do dano moral, considera-o associados à dor espiritual humana, ao sofrimento, à humilhação, à diminuição do “espaço” ou da amplitude da personalidade.

Ora; se ao direito e às representações coletivas avilta a idéia do sofrimento espiritual, esta espécie de *diminutus* humana, **é porque existe, tanto no direito como anteriormente na composição mitológica, uma padrão de equilíbrio, de um bem-estar psíquico-espiritual estimável**, que na falta de expressão melhor, designaremos *felicidade*.

O antropólogo espanhol Julián MARÍAS<sup>249</sup>, ao estudar como as diferentes culturas, bem como os variados períodos da filosofia ocidental, procurou, em primeiro lugar, esclarecer semanticamente o que as diversas tribos e

---

<sup>248</sup> *Supra*, Parte II, *O direito moral*, Capítulos 3 e 4.

<sup>249</sup> MARÍAS, Julián. **A felicidade humana**, Duas Cidades, São Paulo, 1989.

sociedades, em seus idiomas, entendem pelo vocábulo *felicidade*:

O uso lingüístico é revelador: remete-nos diretamente ao que se entende quando se nomeia uma realidade; as diversas acepções de uma mesma palavra descobrem flancos ou aspectos da realidade em questão, e o fato de que se usem diversos nomes indica outros tantos pontos de vista ou perspectivas sobre essa realidade. Isto acontece nas diferentes línguas, mas as correspondências não são automáticas, e cada língua revela uma atitude peculiar. Em espanhol, as palavras que nomeiam ou sugerem a felicidade, além desta, são muitas: dita, sorte, fortuna, beatitude, ventura, bem-aventurança e algumas menos claras e cuja equivalência com “felicidade” seria discutível.

Quando afirmamos que o dano moral é “o avesso” do direito moral e por isso é seu constitutivo, respaldamo-nos, analogicamente, no seguinte raciocínio<sup>250</sup>:

Por outro lado, há os opostos, os contrários, algo que falta à maioria das realidades, e que parece reservado às humanas. Existem palavras que designam realidades contrárias à felicidade: infelicidade, desgraça, desventura, má-sorte, infortúnio ou má fortuna. Advirta-se que estas palavras costumam ser privativas, quer dizer, construídas sobre a palavra positiva: des-graça, des-ventura, in-felicidade, in-fortúnio. Isto significa que o mau é derivado de bom; parte-se da felicidade, e depois esta felicidade pode

---

<sup>250</sup> *Idem, ibidem*, p. 13.

faltar, pode ser destruída, e sobrevêm então a desgraça, o infortúnio, a má-sorte.

Se considerarmos a análise lingüística acima descrita, concluiremos, então, que **o mito não é o dano moral; mas sim a felicidade, o direito moral.**

E mais: constataremos que **todas as descrições vocabulares de infelicidade são compatíveis com o conceito jurídico de dano moral**, em todo o direito continental estudado.

Sobre isso, porém, adverte-nos ADEODATO<sup>251</sup>:

Democracia, competência, despotismo esclarecido, eficiência, busca da felicidade são *topoi* argumentativos e a persuasão que deles eventualmente pode decorrer constitui, sem sombra de dúvida, uma das formas do discurso normativo e também um caminho para a teoria do direito. Mas a realidade jurídica admite também outras formas de comunicação: a autoridade, o engodo, a força e mesmo a ausência de discurso - a violência - têm seu papel na decisão dos conflitos.

---

<sup>251</sup> ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**, *op. cit.*, p. 215.

O mesmo Julián MARÍAS<sup>252</sup>, elucida-nos que, por seu caráter confuso e alusório, não raro até alegórico, nunca se prestou muita atenção intelectual à felicidade. A isso acrescentaríamos a dificuldade que adiante descreveremos<sup>253</sup>, que respeita ao problema dos discursos de conotações emotivas encarcerados em modelos lingüísticos racionalista (algo assim como “a cama de Procusto”).

Acontece que o mito da felicidade sempre vetorizou muito fortemente todas as sociedades. A busca do equilíbrio, prazer e bem-estar é inata e está sempre presente no homem, fazendo parte do instinto de auto-preservação, preservação da espécie e da vida (que são uma só coisa, porque estes elementos são interdependentes).

A labuta humana, a eterna busca, estão sempre na razão dessa improvável felicidade, **uma espécie de miragem, mas tão real** como poucas coisas no mundo.

---

<sup>252</sup> *Idem, ibidem*, p. 16.

<sup>253</sup> *Infra*, capítulo 6, *O problema da lógica*, p. 246.

As coisas nos interessam, nos repulsam, movem-nos ou nos paralisam sempre na direção e na intensidade do luzir da felicidade, **a nossa eterna linha do horizonte.**

Até mesmo as filosofias morais pessimistas, quando preconizavam a **desesperança** e a **desilusão** em relação à felicidade, porque ela não existe concretamente, procuravam, com isso, uma forma de equilíbrio e bem-estar psíquico. Ou seja: uma concepção de felicidade<sup>254</sup>.

Idem quanto à moral estóica, que ao contrário da hedonista, propugnava por valores como a *ataraxia*, entendida como a ausência de paixão.

Para confirmar a nossa tese em relação ao modelo científico da linguagem jurídica, como sendo de um racionalismo baconiano-cartesiano, ouçamos novamente

---

<sup>254</sup> Nesse sentido, podemos concordar com SCHWEITZER, Albert. **Cultura e ética** (trad. Herbert Caro), Melhoramentos, São Paulo, 1953, quanto à afirmação de que o **otimismo é uma atitude ética.**

MARÍAS<sup>255</sup>, em sua análise da fala de John LOCKE<sup>256</sup> sobre a felicidade humana:

O interessante é o elemento de quantificação. Já vimos aparecer a utilidade. Deve-se reconhecer em Bacon uma atitude favorável ao ativo, o desejo, o gozo, não a mera paz de espírito; porém quando se chega ao individual, torna-se inquietante e perigoso. Creio que aqui está a raiz de uma atitude que terá depois uma difusão extraordinária; não se trata ainda de utilitarismo, mas grande parte das convicções dominantes no século passado e no nosso são a colheita destas idéias de Francis Bacon.

Estas são as passagens decisivas, reduzidas a sua mínima expressão. **A mentalidade quantitativa domina inteiramente:** máximos e mínimos, graus que se podem compensar; um alto grau de prazer pode compensar um grau inferior de dor; ao contrário, um alto grau de dor não seria compensado por um grau modesto de prazer. E esta quantificação no pensamento inglês é dupla, tem dois sentidos: quanto ao prazer e a dor, que se medem; e por outra parte, quanto ao número das pessoas afetadas. Há uma clara ressonância da idéia de Bacon do amor difundido, generalizado, o amor a muitos ou a todos, que é a que tem valor, enquanto o amor restrito, concentrado

---

<sup>255</sup> MARÍAS, Julian. *op cit*, p. 161-2.

<sup>256</sup> LOCKE, Jonh (1632-1704). *An essay concerning human understanding* (s.l.), onde diz: “*What it is moves desire? Happiness, and that alone (...). ‘Happiness’ and ‘misery’ are the names of two extremes (...). Happiness, in its full extent, is the utmost pleasure we are capable of, and misery the utmost pain (...) and the lowest degree of what can be called ‘happiness’ is so much ease from all pain, and so much present pleasure, as without wich anyone can be content*”. Máximos e mínimos: de novo o quantitativo. E, é claro, a identificação de felicidade e desgraça com prazer e dor. (N.A).

sobre uma só pessoa singular, é perigoso e inquietante.

A consequência desta atitude é o utilitarismo, a identificação do bom com o útil. Ora; o útil é útil para algo, tem um caráter instrumental, como um meio. (Negrito nosso).

Ora, o que temos visto nos métodos para avaliação do dano moral, pelo direito pátrio e comparado, reflete exatamente essa mentalidade: “quando entram em competição, também os graus de prazer e dor têm justamente preferência.”<sup>257</sup>.

**Daí se conclui que a avaliação que o direito tem procedido acerca do dano moral é a sua medição, a sopesação dos graus de felicidade e sofrimento.**

É importante salientar que a síntese da apreciação antropológica da felicidade implica em elementos como a paz de espírito, equilíbrio, e outros tantos além do prazer.

---

<sup>257</sup> BACON, Francis, *apud* MARÍAS, Julián, *op cit*, p. 162.

**Por isso dissemos que o direito moral é eudemonista; e não hedonista.**<sup>258</sup>

Com isso corrobora PERINE<sup>259</sup>:

O hedonismo apresenta o *prazer* como a solução do problema da *felicidade*. Contudo, nada é mais absurdo do que isso: pretender que o prazer seja o motivo último e determinante da ação humana significa, por um lado, fazer com que tudo se torne prazer, o que implica, por outro lado, que o prazer se torne vazio de sentido.

Em conclusão, sobre a moral kantiana<sup>260</sup>:

“Dito de maneira resumida, o conceito de moral afirma que a moral pura comporta uma felicidade razoável para todo o ser humano. Mas a moral pura não existe sem relação a um conteúdo concreto que lhe vem das morais concretas.”

---

<sup>258</sup> Algumas vertentes teóricas do direito, fundamentadas na psicanálise, elaboram as interessantes leituras a partir do desejo; esta poderia ser considerada uma concepção de características filosóficas mais **hedonistas**, por assim dizer. Entretanto, não é essa a nossa postura científica.

<sup>259</sup> PERINE, Marcelo. **Eudemonismo e deontologia na filosofia moral de Éric Weil ou o dever de ser feliz**, in *Revista de Ciências Humanas*, nº 31, ano 19, Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 1996, p. 53.

<sup>260</sup> *Idem, ibidem*, p. 54.



É possível que o **pudor** dos juristas no trato da felicidade resida no **“perfume metafísico”** que lhe foi outorgado por grande parte das filosofias morais.

Nesse caso, uma solução que nos parece plausível, porque **escapa dos pruridos metafísicos**, é considerar, para efeitos jurídicos, a felicidade senão na **“condição humana”**, como a concebe ARENDT<sup>261</sup>, como fator de **viabilização do direito moral ou da felicidade**.

Ao mesmo tempo, temos de levar em conta que essa mesma “condição humana” é movida por um **arquétipo ideal**, cuja natureza é de ser mesmo inatingível. É por isso que quem diz “felicidade”, “moral”, “justiça” e “direito”, diz, no fundo, “amor”<sup>262</sup>, porque são virtudes escatológicas pelas quais passa o último fim. E estão todas presentes também no direito civil como no casamento, filiação, pressuposto da boa-fé nas obrigações, etc ...

De todo exposto, inegável, nos parece, que ***o topos do dano moral pode ser a felicidade***.

---

<sup>261</sup> *Supra*, Capítulo 2, *Elementos da antropologia e da sociologia para a linguagem do direito moral*, item 2.2 *Reinos não-formalizados de significações*, p. 57.

<sup>262</sup> Para aclarar essa idéia, vide de MYRA y LOPES, *Os quatro gigantes da alma*; de BORDIEUX, *Fragments d'un discours amoureux* e principalmente, no *Evangelho*, PAULO, I Coríntios, XIII: 1-7 e 13.

## **CAPÍTULO 6**

### **O PROBLEMA DA LÓGICA**

#### **6.1 A lógica do conhecimento da realidade**

Nosso estudo preocupa-se com a relação entre o conhecimento (jurídico) e a realidade à qual se refere.

Sabemos que grande parte do sentido e da razão decorrem do modo pelo qual a inteligência capta o real sensível. Nessa “captura”, deparamo-nos com os viéses dos valores, dos mitos, das representações, da linguagem e dos modelos científicos. Vimos que o direito, nessa apreensão, vale-se de determinados códigos lingüísticos e científicos, que redundam em um produto específico, nem sempre satisfatório a todas as questões da realidade.

Por isso, vamos agora analisar alguns aspectos da Teoria do Conhecimento, a fim de verificar como e por quais meios a inteligência humana apreende o real. Para

tanto, baseemo-nos em KANT<sup>263</sup>, pensador de envergadura tal que, não obstante tenha vivido entre 1729 e 1804, continua atual em sua Gnoseologia, sendo que, nada do que foi escrito depois, tenha conseguido refutá-lo. Ao contrário: as investigações mais recentes em Teoria do Conhecimento fazem por corroborar e ampliar as investigações a partir dos pressupostos kantinianos.

KANT denomina a obra que ora temos à lupa de “Crítica da Razão Pura” por entender que **cabe à razão realizar os princípios do conhecimento “a priori”**.

Conhecimentos “a priori”, para KANT, são todos aqueles que independem da experiência; portanto, são opostos aos empíricos. Segundo KANT, todos os seres humanos são dotados de certos conhecimentos “a priori” e o próprio senso comum não os dispensa. As outras formas e etapas posteriores da apreensão da realidade seriam, desse modo, extensões e decorrências do momentos inicial, que é o conhecimento “a priori”, um primeiro contato com o real.

---

<sup>263</sup> KANT, Emmanuel. **Crítica da razão pura**, Pontes, São Paulo, (s.d.)

Nesse sentido, KANT<sup>264</sup> discorda de PLATÃO que falava do “mundo das idéias”, como um “espaço vazio do entendimento puro”, em oposição ao mundo sensível; e concorda com ARISTÓTELES<sup>265</sup>, ao afirmar que **os princípios do conhecimento podem ser organizados em categorias.**

Assim, ao tratar dos conceitos puros do entendimento, diz KANT<sup>266</sup> que:

O pensamento é o conhecimento por conceitos. Mas os conceitos se relacionam com predicados de juízos possíveis com uma representação qualquer de um objeto ainda indeterminado. (...) As funções do entendimento podem ser achadas se se expõem com certeza as funções de unidade no juízo.

E ainda<sup>267</sup>:

“(...) Podemos reduzir todas as operações do entendimento a juízos; de modo que o entendimento em geral pode ser representado pela faculdade de julgar.

---

<sup>264</sup> *Idem, Ibidem*, p. 11.

<sup>265</sup> ARISTÓTELES, *Organon*, (s.l.).

<sup>266</sup> KANT, Emmanuel., *op cit*, livro primeiro, capítulo primeiro, *Da analítica dos conceitos*, segunda seção, *da função lógica do entendimento no juízo*, p. 60-1.

<sup>267</sup> *Idem, Ibidem*.

Porque, segundo o que precede, é uma faculdade de pensar”.

Para explicitar, temos que<sup>268</sup>:

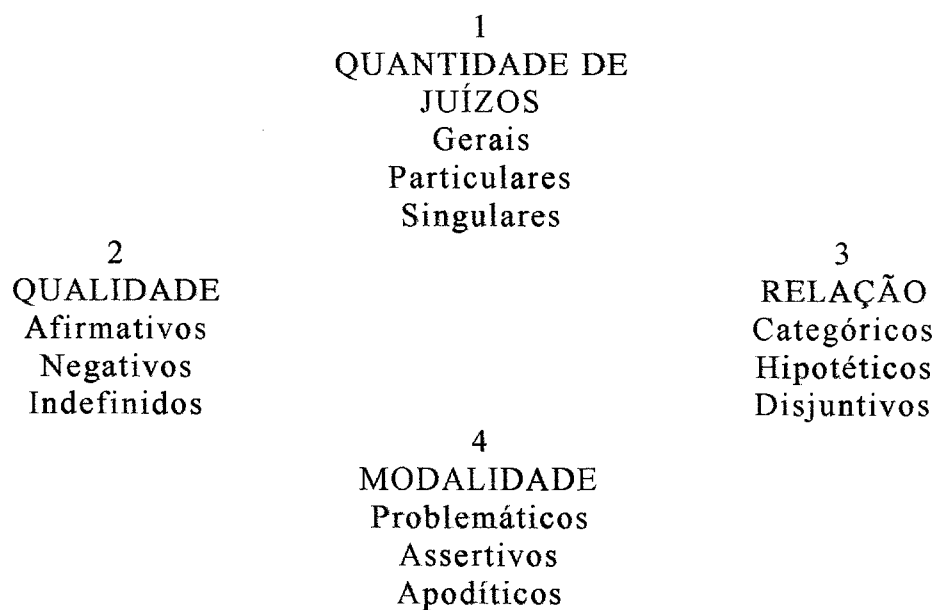
as *categorias* tratam da classificação das coisas expressas por termos, quer estes termos ocupem nas frases a posição de sujeito ou de predicado. A partir daqui podemos considerar a natureza do interesse especial de Aristóteles pela doutrina. Por que é que ele formulou a doutrina das categorias e qual é a relação com as suas outras doutrinas especialmente as das suas obras lógicas? A resposta mais satisfatória à primeira pergunta é que a teoria é obviamente verdadeira (...). Distinções inter-categóricas são diferentes de distinções intra-categóricas, seja qual for a dificuldade em formular precisamente esta diferença fundamental.

No desenvolvimento dessas assertivas, KANT<sup>269</sup> explica que, se atendermos somente à forma pura do entendimento, abstraído de todo o seu conteúdo material, veremos que **a função do pensamento no juízo pode compreender-se sob quatro títulos, sendo que cada um deles contém, respectivamente, três momentos, assim representados:**

---

<sup>268</sup> KNEALE, William *et* KNEALE, Martha. **O desenvolvimento da lógica**, 3<sup>a</sup> ed. Fundação Calouste Gulbekian, Lisboa, 1991, p. 31.

<sup>269</sup> KANT, Emmanuel., *op cit.*



Cada uma dessas quatro categorias corresponde a uma parte do conhecimento possível sobre o mundo; todas juntas correspondem à apreensão mais completa da realidade.

Ora; ao quantificar o dano moral, o direito faz o conhecimento parcial dessa realidade, já que emprega preponderantemente apenas uma das categorias do entendimento.

Quando, para conhecer o dano moral, a linguagem jurídica emprega a categoria da qualidade, além da quantidade, parece não conseguir relacioná-las

**satisfatoriamente entre si**, conforme se infere do estudo da doutrina comparada<sup>270</sup>.

Então, de fato, **há um hiato na linguagem do direito a respeito do dano moral**, enquanto conhecimento do real, se analisarmos sob a ótica gnoseológica. A linguagem desejada seria a mais tautológica possível em relação aos conteúdos, e isso só poderia ocorrer na medida do emprego de todas as categorias, o que, segundo KANT, conferiria **unidade ao conhecimento**. Novamente, KANT<sup>271</sup>:

A modalidade dos juízos é uma função completamente particular dos mesmos, cujo caráter proeminente é o fato de não entrarem no conteúdo dos juízos (conteúdo esse formado pela quantidade, pela qualidade e pela relação), mas sim referir-se unicamente ao valor da cópula em relação com o pensamento em geral. Juízos problemáticos são aqueles em que se aceita a sua afirmação ou negação, somente como possíveis (voluntárias); assertóricos são aqueles que são considerados como reais (verdadeiros); apodícticos aqueles cuja afirmação ou negação são necessárias. Assim, os dois juízos cuja relação constitui o juízo hipotético (*'antecedens et consequens'*), e os que por sua reciprocidade formam o disjuntivo (membros da divisão), são ambos somente problemáticos (...). A proposição problemática é aquela que não exprime senão uma possibilidade lógica (que não é objetiva) (...). A

---

<sup>270</sup> *Supra*, Capítulo 4, *Perspectiva comparada*, p. 103.

<sup>271</sup> KANT, Emmanuel., *op cit.*, p. 63-4.

proposição apodítica concebe a proposição assertórica como determinada por estas leis mesmas do entendimento e, afirmando, por conseguinte, ‘*a priori*’, manifesta de certa maneira uma necessidade lógica.

Mais adiante<sup>272</sup> veremos de que modo as categorias servem ao conhecimento jurídico, sem esmiuçarmos, agora, os densos conceitos da Crítica da Razão Pura, pois isso seria uma digressão ao tema desta tese<sup>273</sup>.

**De momento interessa-nos que a realidade adentra à inteligência humana, por essas quatro vias ou esquemas<sup>274</sup>, que não têm sido de todo explorados pelo direito; daí podem derivar os hiatos na linguagem e, por conseguinte, no tratamento dos fatos.**

Interessa, também, que, segundo KANT<sup>275</sup>, quando se atinge a unidade do conhecimento (ou a sua possível

---

<sup>272</sup> *Infra*, itens 6.2 *A razão das quantidades* e 6.3 *Qualidades, modos e relações*.

<sup>273</sup> Para uma apreciação detalhada do kantismo e do Neo-kantismo, em enfoque jurídico, recomendamos a Filosofia do direito (uma crítica à verdade, ética e na ciência), de João Maurício Adeodato, Saraiva, São Paulo, 1996.

<sup>274</sup> KANT denomina esquema de um conceito “a representação de um processo geral da imaginação que serve para dar sua imagem a esse conceito”, in *Crítica da razão pura*, *op. cit*, p. 107.

<sup>275</sup> *Idem, Ibidem*.



**‘totalidade’, como decorrência do emprego das quatro categorias), as distinções entre seus sub-tipos tendem a desaparecer ou a converter-se um no outro, “porque tudo se une aqui gradualmente ao entendimento, de tal sorte, que o que antes se julgava como problemático, toma-se depois assertoricamente como verdadeiro, para concluir, por fim, por uni-lo inseparavelmente como o entendimento, quer dizer, por afirmá-lo como necessário e apodítico”.**

Os momentos das categorias e mesmo as próprias categorias são, então, como que **etapas do processo de conhecimento. Este, todavia, tende para a unidade**, na qual não se precisa mais das categorias nem de seus momentos.

Do conhecimento da realidade, haurido pelas categorias, redundam os saberes **do que é e do que deve ser**, com nítidas conseqüências no plano **ontológico e deontológico**, respectivamente, conforme assevera REALE<sup>276</sup>:

---

<sup>276</sup> REALE, Miguel. **Paradigmas da cultura contemporânea**, Saraiva, São Paulo, 1996, p. 87.

É sobretudo das raízes da filosofia kantiana que nos vem a correlação essencial *sein/sollen*, que, à míngua de outros elementos expressivos, as línguas latinas converteram em *être/devoir être*, *essere/dover essere*, *ser/dever ser*. Essa transposição teve o efeito de induzir alguns a olvidar que a referida coimplicação nasceu no plano da *Crítica da Razão Pura*, isto é, nos domínios da Teoria Geral do Conhecimento, servindo substancialmente para indicar que há duas formas essenciais de ver as coisas: ou as focalizarmos como são; ou como deveriam ser. Como se vê, **o ângulo inicial de visão não é o ontológico, nem o puramente ôntico, mas o gnoseológico**, ou como prefiro dizer, por motivos aduzidos em *Experiência e Cultura*, “ontognoseológico”. (Negrito nosso).

Por outro lado, autores há que consideram a **proposta gnoseológica kantiana como asséptica, no sentido de ser desprovida de emoção e sentimento - que são também modos humanos de conhecer o mundo**. Para exemplificar, RODRIGUES<sup>277</sup>:

Na *Crítica da Razão Pura* de Kant, novos conhecimentos só se adquirem pela operação da razão, quando esta realiza uma síntese *a priori*. Desta forma, é pelos enunciados dos ‘juízos sintéticos *a priori*’ que o conhecimento amplia seu escopo. Em contrapartida, para os filósofos portugueses da saudade, a análise da razão pura é um exercício de abstração realizado sobre outra abstração, o próprio conceito de razão pura. Compreendem-no como

---

<sup>277</sup> RODRIGUES, Anna Maria Moog. *Epistemologia da saudade*, in *Revista Ciências Humanas*, ano 19, nº 31, Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 1996, p. 31.

**exigência da racionalidade incontaminada, ascética, decorrente da radicalização da separação efetivada na Época Moderna entre razão e fé. No pensamento português, do contrário, a razão jamais se encontra dissociada e pura, mas está sempre acompanhada das emoções, da afetividade e, conseqüentemente, das valorações. Não prescinde nem da imaginação nem da intuição. (Negrito nosso).**

Não se pode negar a procedência dessa argumentação, por isso preferimos uma postura fenomenológica, que acredita nas essências e nos fenômenos pelos quais se mostra o real. Não podemos conhecer senão através de fenômenos ou modos pelos quais se apresenta algo. Assim, para efeitos deste estudo, as categorias kantianas, bem como as emoções e a afetividade, podem ser consideradas “vias fenomênicas” de acesso ao conhecimento (até porque RUSSELL nos fala sobre “sentido e verdade”<sup>278</sup>). Estamos cientes da incompatibilidade entre a fenomenologia e o kantismo; o que não impede a instrumentalização das categorias, aliados a recursos lógicos, como novas

---

<sup>278</sup> RUSSEL, Bertrand. *apud* GRANGER, Gilles-Gaston. **Por um conhecimento filosófico**, Papirus, Campinas, 1989, p. 238.

possibilidades de estudos e experimentos na ciência do direito.

A questão é controversa e de modo algum pretende-se concluí-la; senão explorá-la. O problema do conhecimento da realidade e da sua expressão em linguagem jurídica é por todos reconhecido, como bem expressa ADEODATO<sup>279</sup>:

As dificuldade para se compreender o direito em todas as dimensões que se escondem por trás da palavra, por seu turno, são também consideráveis. Sobretudo a ambigüidade semântica. (...) O elemento complicador nesta perspectiva prescritiva é determinar o conteúdo em cuja direção se deve determinar o direito que aí está.

Em face de todos esses problemas acerca do direito, da sociedade e do estudo das relações entre eles, não seria somente um único ponto de vista, um único ângulo de abordagem que solucionaria o impasse. Por isso a importância dos estudos multidisciplinares, multiparadigmáticos, dentro os quais a retomada da

---

<sup>279</sup> ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência** (através de um exame de ontologia de Nicolai Hartmann), Saraiva, São Paulo, 1996, p. 196.

perspectiva kantiana pode comparecer, apesar das críticas à Crítica da Razão Pura, como também faz ADEODATO<sup>280</sup>.

(...) Kant ainda está preso a uma ontologia: o homem está *condenado* a perceber o mundo do jeito que percebe, não pode modificar essas vias de percepção. Daí a ambigüidade da gnoseologia kantiana diante da dicotomia entre antropologias filosóficas plenas e carentes adotadas até aqui; **daí Kant ter dado origem a teorias tão diversas**. Para as antropologias retóricas, diferentemente, o homem está condenado a 'perceber' o mundo através da linguagem, só que esta linguagem pode ser modificada a seu belprazer e ao sabor das circunstâncias. (Negrito nosso).

Concordamos com ADEODATO sobre o problema da dicotomia entre a gnoseologia kantiana e as antropologias filosóficas, entendendo-as como diferentes, mas igualmente necessários ângulos de abordagem, embora aparentemente inconciliáveis.

No entanto, discordamos da assertiva de que a linguagem possa ser tão arbitrariamente modificada porque, conforme vimos nos capítulos precedentes, as expressões lingüísticas são fortemente ancoradas em valores, mitos, representações consensuais e a esquemas lógicos. Para

---

<sup>280</sup> *Idem, Ibidem*, p. 205.

argumentar um pouco mais, finalizemos com uma citação que, pela singeleza, diz muito<sup>281</sup>:

Como surgem os pensamentos e de que são feitas as imagens deles? (Julio Cesar Monteiro, 20, estudante, São Carlos, SP). Ana Luiza Smolka, da Faculdade de Educação da Unicamp, responde: Já no século IV a.C. Platão fazia essa pergunta. Ele postulava o *mundo das idéias*, das quais nossas idéias seriam cópias imperfeitas. Através da história, a pergunta vem sendo respondida de modos diferentes (...). Hoje pesquisas em neurologia, psicologia e lingüística fundamentam que as imagens são elaborações mentais produzidas nas interações com o mundo físico e sociocultural. Sensações e percepções são marcada via sistema nervoso, enquanto é esquematizada a atividade do indivíduo (motricidade, ações). No processo, o cérebro recebe, registra e articula as *informações*. O pensamento, como atividade mental humana, se dá em um espaço de troca social, mediado pela linguagem. Desde o nascimento, a percepção imediata e as ações são intermediadas pelos adultos. A criança internaliza modos de agir, pensar e falar. Aos poucos, o pensamento só imagético se torna verbalizado, simbólico, organizado e socialmente transformado pela linguagem.

A seguir veremos por quê o conhecimento quantitativo vem sendo priorizado pelo direito moral, a exemplo do que ocorre na maioria das demais ciências.

---

<sup>281</sup> Excerto extraído do jornal *Folha de São Paulo*, (s.d.), in *Para Filosofar*, CORDI *et alii*, Scipione, São Paulo, 1995, p. 24.

## 6.2 A razão das quantidades

Por que o estudo da aferição do dano moral tem preferido a avaliação quantitativa?

A resposta pode ser muito simples: **é porque as quantidades fornecem a situação do objeto no espaço, o que proporciona ao sujeito a sensação de segurança do conhecimento.**

É por isso que tudo o que podemos medir e contar parece-nos quase sempre mais verdadeiro do que outras descrições, como, por exemplo, as qualitativas.

Além do que, o modelo científico em vigor, já anteriormente discutido<sup>282</sup>, reforça as quantidades como critério de cientificidade, por ser provável, aferível e, portanto, tido como certo e verdadeiro.

É de se indagar se a afirmação do método científico racionalista, baconiano-cartesiano, não teria, em seu fundo

---

<sup>282</sup> *Supra*, Capítulo 5, *As lógicas do tratamento*, p. 196.

arquetípico mais remoto, a razão da quantidade como fator assegurador da segurança espacial. A base está em KANT<sup>283</sup>:

**A imagem pura de todas as quantidades (*quantorum*) para o sentido externo é o espaço, e a de todos os objetos dos sentidos em geral, o tempo. Mas o esquema puro da quantidade (*quantitatis*) como conceito do entendimento, é o número, que é uma representação que compreende a adição sucessiva de um a um (homogêneos em si). O número não é, pois mais do que a unidade de síntese do diverso de uma intuição homogênea em geral ao introduzir o tempo mesmo na apreensão da intuição.**

Pelo esquema da quantidade, pode-se explicar o desenvolvimento de uma forma lógica, que é chamada de matemática ou simbólica. Caracteriza-se pela busca de generalizações, parte de silogismos e, como todas as outras lógicas, fundamenta-se em princípios<sup>284</sup> que podem facilmente ser detectados nas classificações civilistas dogmáticas, por exemplo:

**a) princípio de não-contradição:** o que é, enquanto é, não pode não ser; ou uma proposição não pode ser verdadeira e falsa ao mesmo tempo (por exemplo, no direito

---

<sup>283</sup> KANT, Emmanuel. **Crítica da razão pura**, *op cit*, p. 108.

<sup>284</sup> Cf. BASTOS, Cleverson L e KELLER, Vicente. **Aprendendo lógica**, 4ª ed., Vozes, Petrópolis, 1995, p. 89.



civil, o sujeito é pessoa física ou jurídica; o dano é moral ou biológico; o estado civil é este, aquele ou aquel'outro, etc);

b) **princípio do terceiro termo excluído:** entre ser e não ser não há meio termo (por exemplo, no direito civil, não há meios-termos entre a obrigação de meio ou de resultado; nem tampouco entre *res* ou pessoa, como no caso dos embriões *in vitro*, etc.).

Vem daí a busca de tabelas e cálculos algébricos; sempre uma decorrência da ênfase no desenvolvimento do esquema da quantidade.

LAVALLE<sup>285</sup> chega a nos falar sobre **o mito da quantidade, como uma invariante na história do Ocidente**, como o “bem escolhido” e “suficientemente explícito” discurso lingüístico, com o mais alto grau de convencibilidade, com palavras invariáveis e invioláveis. Fala da “venerável herança” legada à humanidade, a partir da qual revelou “importantes conquistas” e salienta, por fim,

---

<sup>285</sup> LAVALLE, Pierre. **O mito em matemática**, in *Atualidade do mito*, Duas Cidades, São Paulo, 1977, p. 193.

que todas as palavras postas entre aspas possuem conotações quantitativas implícitas!

Em parte, explica-se a estrondosa assimilação pela humanidade do método de Descartes: dedução (a partir de evidências) e método matemático (portanto quantitativo) podem ser equivalentes. E quanto a Bacon, pode-se afirmar que indução e “prova” são **absolutamente verificáveis no espaço, já que só é possível pensar números em estruturas finitas.**

Ainda sob a ótica da Mitologia, LÉVIS-STRAUSS<sup>286</sup> faz uma interessante análise do mito no espaço - e não no tempo, como costuma fazer a historiografia -, falando-nos de “quadraturas”, que são como espaços onde os mitos se expandem, progridem ou morrem. **Nesse “espaço” acontece uma conservação da matéria mítica, donde podemos inferir que as quantidades podem mais facilmente legitimar e fazer perdurar modelos na sociedade, porque a noção de validade da lógica**

---

<sup>286</sup> LÉVIS-STRAUSS, Claude. **Como eles morrem**, in *Atualidades do mito*, op. cit, p. 91.

quantitativa ou matemática é possível pela **demonstração**, conforme expõe KNEALE<sup>287</sup>.

Willis Santiago GUERRA FILHO<sup>288</sup> ressalta a universalidade e a concretude possíveis por essa lógica, assim:

Essa via, tomada pela matemática, através da teoria dos conjuntos, de, por abstração, encontrar na concretude de cada coisa a universalidade de todas as coisas, a unidade (do conjunto) na pluralidade (dos elementos), é precisamente a mesma via para qual aponta a dialética.

GRANGER<sup>289</sup> assinala a rigor matemático como sendo o caráter de um raciocínio ao qual o intelecto não pode resistir, razão porque a completude e perfeição de uma teoria poderia estar na sua matematização; PLATÃO<sup>290</sup> nos fala sobre o número nupcial no livro da República, ainda que essa seja talvez uma das mais opacas de suas incursões

---

<sup>287</sup> KNEALE, William *et* KNEALE, Martha. **O desenvolvimento da lógica**, *op cit*, p. 3.

<sup>288</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago, *op cit*, Capítulo 3, *Por que não é lógica a dialética, se é dialética a matemática*, p. 60.

<sup>289</sup> GRANGER, Gilles-Gaston. **Por um conhecimento filosófico**, Papirus, Campinas, 1989, p. 68 e 70.

<sup>290</sup> FOSSA, John *et* ERICKSON, Glenn. **O número nupcial no livro VIII da República**, in *Cadernos de História e Filosofia da Ciência*, série 3, 4 (1), (s.e.), Campinas, jan/jun, 1994, p. 9 a 23.

pela matemática; mas em GALILEU<sup>291</sup> que nos encontramos a apologia das quantidades, em sua mais acabada expressão lingüística:

“- O universo é um texto escrito em caracteres matemáticos”.

### 6.3 Qualidades, modos e relações

Vimos que a ênfase do conhecimento jurídico está sobre as **quantidades**; mas, especialmente no direito argentino e já anteriormente no direito francês, elaboram-se modos de avaliação **qualitativa** do dano moral. A **dificuldade reside, parece-nos, no cruzamento desses dois códigos.**

Analisaremos a idéia de qualidade, cuja noção é extensíssima e dificilmente pode ser reduzida a um conceito

---

<sup>291</sup> *In* Encyclopaedia Britannica, Melhoramentos, Vol. 6, Rio de Janeiro, 1969, p. 411-2.

unitário. Segundo ABBAGNANO<sup>292</sup>, é a determinação de qualquer objeto, respondida à pergunta “qual?” (e não “quanto?” nem “como?”); qualidades são as disposições que distinguem uns dos outros, é a capacidade ou a força do objeto e refere-se à sua natureza.

**Portanto, a qualidade é uma forma de conhecimento que descreve o que é, sem medir quanto é.**

O que o direito tem procurado fazer, na avaliação qualitativa do dano extrapatrimonial, é **demonstrar a beleza, demonstrar a bondade, demonstrar o sofrimento, por causa do viés quantitativo, lógico-matemático.**

**Ocorre que a qualidade não é demonstrável<sup>293</sup>; e sim mostrável, por força de sua natureza, que não é linear-espacial.**

---

<sup>292</sup> ABBAGNANO, **Dicionário de filosofia**, (s.l.), p. 784-6.

<sup>293</sup> MORENTE, Manuel García. **Fundamentos de filosofia I (Ontologia dos valores)**, 8<sup>a</sup> ed., Mestre Jou, São Paulo, 1980, p. 301.

MORENTE<sup>294</sup> sugere que a apreciação qualitativa seja feita por **polaridade**, nesses termos:

Toda não-indiferença implica estruturalmente, de um modo necessário, a polaridade. Porque sempre existem duas possibilidades de afastar-se do ponto de indiferença. Se ao ponto de indiferença o chamamos simbolicamente “0” (zero), a não-indiferença terá que consistir, necessariamente, por lei de sua estrutura essencial, num afastamento do zero, positivo ou negativo. Isto quer dizer que na entranha mesma do valer está contido que os valores tenha polaridade: (...) Todo valor tem seu contravalor. (...) Agora se compreenderá a íntima relação que existe entre os valores e os sentimentos, e porque os psicólogos (...) propenderam a dizer que os valores não tinham nenhuma entidade própria, não eram coisas, mas impressões subjetivas. É porque confundiram os valores com os sentimentos. Por que confundiram os valores com os sentimentos? Porque dentre os fenômenos psíquicos os sentimentos são os únicos que têm, como os valores, esta característica de polaridade.

Não podemos concordar com MORENTE quanto à procedência da avaliação qualitativa porque, ao nosso ver, as posições binomiais induzem facilmente a conclusões maniqueístas, em detrimento do interregno que medeia os

---

<sup>294</sup> *Idem, Ibidem*, p. 303.

dois pólos. Aí, nesse ínterim, é que poderia residir mais fortemente a exploração.

Parece-nos deveras interessante, todavia, a elucidação a respeito da **confusão entre sentimento e valor, presente na avaliação quantitativa**, mormente porque, em se tratando de dano moral, trabalha-se com **valores** (tutela da pessoa, integridade psíquica, etc.) e com **sentimentos** (dor, sofrimento, humilhação, etc.). A **confusão, ao nosso entender, decorre de ambas as espécies tangerem conotações de afetividade.**

Em conclusão, temos que, enquanto a avaliação quantitativa descreve, em seqüências, os substantivos que preenchem espaços; a avaliação qualitativa faz descrições adjetivas, o que não é de modo algum, sinônimo de subjetividade.

Se fôssemos traduzir essas idéias em constructos gráficos, representaríamos a avaliação quantitativa em escala métrica; e a avaliação qualitativa em um grafismo radial.

Um dos problemas, então, constatado na análise do direito moral comparado, é que os juristas, muitas vezes, **procuram quantificar as avaliações qualitativas numa espécie de transmutação ontológica, sob pena de serem inócuas e despiciendas.** Isso decorre do modelo científico de nosso tempo, presente na mentalidade jurídica, que nem sempre comporta a qualitativo conceitual.

Até agora o direito tem tentado tratar o dano moral sob os aspectos da quantidade e da qualidade; mas não pelos modos e relações, que são as outras duas categorias kantianas do conhecimento. Por isso é necessário apreciarmos essas possibilidades, a fim de verificarmos se podem ser úteis à avaliação do dano moral.

A lógica modal pode ser considerada de grande interesse para o direito, na medida em que facilita a **transposição do plano ontológico** (descrito pela quantidade e pela qualidade) para o **deontológico** (que é o “dever-ser”).



Como vimos anteriormente<sup>295</sup>, o esquema da modalidade, segundo KANT<sup>296</sup>, implica em juízos problemáticos, assertórios e apodíticos. Na tábua das categorias, o raciocínio de modalidade formula-se em:

Possibilidade - Impossibilidade

Existência - Não-Existência

Necessidade - Contingência

A **lógica modal**, assim denominada porque fornece o **modo** através do qual as proposições interagem, **apresenta como problema o fato de não permitir um único resultado possível.**

No entanto, esta lógica é importante para o “dever-ser”, no caso, para o direito moral, na medida em que pode instrumentalizar novas interpretações sobre o dano moral, novas leituras sobre esse mesmo objeto. **Ainda que estejamos longe da dicção plena do descabo moral, podemos, com efeito, produzir mais linguagens sobre ele.**

---

<sup>295</sup> *Supra*, item 6.1, *A lógica do conhecimento da realidade*, p. 246.

<sup>296</sup> KANT, Emmanuel. *Crítica da razão pura*, *op cit*, p. 61.

Por seu turno, as relações, segundo KANT<sup>297</sup> são a extensão dos predicados e propiciam a síntese do conhecimento, através dos juízos categóricos, hipotéticos e disjuntivos, de modo a entrelaçar as proposições. Na tábua das categorias, as de relação são:

Substância e acidente

Causalidade e dependência (causa e efeito)

Comunidade (reciprocidade entre agente e paciente).

Para operar a **lógica relacional**<sup>298</sup>, é preciso estabelecer o **par ordenado**.

Um par ordenado ou *dupla* é um par de elementos que se podem relacionar reciprocamente. Quando, em lugar de dois, são três elementos, denominam-se *tripla*. Se são quatro, *quádrupla* e, quando mais, *n-upla*.

Ao primeiro sujeito de um par ordenado, chama-se *referente*; e ao segundo, *referido* ou *relato*.

---

<sup>297</sup> KANT, Emmanuel. *op cit*, p. 109.

<sup>298</sup> SALAMA, Alicia Gianella de. **Lógica simbólica y elementos de metodología de la ciencia**, 11<sup>a</sup> ed., El Ateneo, Buenos Aires, 1996, p. 169 e segs.

O **alcance** de uma relação é o conjunto de todas as relações possíveis no *par ordenado* ou *n-upla*.

Por **domínio** de uma relação entende-se o conjunto de indivíduos que, no alcance, satisfação pelo menos uma relação. Há casos de **condomínios**; quando um ou mais indivíduos satisfaçam uma ou mais relações.

Há vários tipos de relações possíveis de se estabelecer, por exemplo:

**a) Relações entre relações:**

- **Inclusão:** uma relação está incluída na outra quando todos os pares que pertencem a uma pertencem também a outra;

- **Igualdade de relações:** Duas relações são iguais só e somente se têm as mesmas duplas. Do contrário, são diferentes;

**b) Relação vazia e relação universal:** A relação vazia é aquela que não pertence a nenhuma dupla; a universal é a que pertence a todas as duplas;

**c) Operações entre relações:** interseção, disjunção, união e complemento de relação;

**d) Propriedades das relações:** reflexividade e não-reflexividade, simetria, assimetria e antissimetria, transitividade e não transitividade, conexão e não conexão, etc.

Já muito antes da teoria de KANT<sup>299</sup>, ARISTÓTELES<sup>300</sup> havia elaborado uma teoria das frases declarativas modais e dos silogismos modais, sempre em que estivessem contidas as palavras “necessário” ou “possível”. Aristóteles inclui “verdadeiro” e “não verdadeiro” na sua lista de pares contraditórios; o que está em desuso pelos lógicos contemporâneos.

No início desse século, MORGAN e PEIRCE<sup>301</sup> desenvolveram uma Teoria das Relações, com ênfase nas conversões, onde foram propostas fórmulas quantificacionais das qualidades, modos e relações.

---

<sup>299</sup> KANT, Emmanuel. *op cit.*

<sup>300</sup> ARISTÓTELES, **De interpretatione**, capítulos 12 e 13 e Primeiros Analíticos, i.3 e 13, i. 8-22.

<sup>301</sup> *Apud* KNEALE, William *et a*, *op cit*, p. 432 e segs.

Por aí vemos que a Lógica, como metaciência, apresenta um desenvolvimento em seu corpo teórico que pode ser útil ao direito.

Na parte final deste trabalho<sup>302</sup> apresentaremos, como sugestão, um método para avaliação do dano moral através do estabelecimento de qualidade, modos e relações, como o objetivo de ampliar as bases sobre as quais se produz a linguagem acerca dessa matéria.

#### **6.4 Para pensar a espessura da linguagem: outra função lógica**

Para tratarmos deste assunto, vamos tomar por base uma teoria argumentativa de Paul RICOEUR<sup>303</sup> acerca de alguns conceitos formulados por ARISTÓTELES<sup>304</sup>.

A fim de percorrermos esta trilha temática, precisamos antes estar de posse de alguns significados

---

<sup>302</sup> Anexo nº 1, p. 354.

<sup>303</sup> RICOEUR, Paul. **Tempo e narrativa** (tomo I), Papirus, Campinas, 1994.

<sup>304</sup> ARISTÓTELES. **Poética**, (s.l.)

pensados pelo estagirita<sup>305</sup>, para garantir a boa compreensão do assunto.

Assim sendo, temos que na *Poética* ARISTÓTELES define *mimese* como a faculdade segundo a qual as coisas (fatos, pessoas, atitudes) imitam as idéias. Por *poiésis* define a faculdade que o indivíduo tem de pensar sobre si próprio (o que é uma decorrência da atividade da *mimese*). O *muthus* seria o agenciamento dos fatos e, por derradeiro, a *diégésis*<sup>306</sup>, entendida como o tempo necessário para o desenrolar de uma narrativa (ou de uma linguagem).

Na *praxis* há constantes interações - e até equivalências - entre *mimese* e *muthus*, *mimese* e *poièsis*, *muthus* e *poièsis*, e mesmo com a *diégésis*, de tal modo que seria até possível, em análises casuísticas, tratar-lhes como pares ordenados em que o referente seria um sujeito (autor

---

<sup>305</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>306</sup> Daí deriva a expressão “tempo diegético”, empregada nas artes cênicas e na crítica literária, referindo-se à adequação da velocidade de narrativa em relação à natureza da ação e da sua correspondente carga emotiva. Da combinação desses elementos advém, além do resultado estético, o grau de convencibilidade (N.A.).

ou réu) e o referido um fato (dano moral). Desse modo, na análise de cada caso de dano moral, estabelecer-se-ia, por hipótese uma espécie de “estatuto mimético da ação”, já que é no plano ético que o sujeito precede a ação na ordem das qualidades morais<sup>307</sup>. Essa subordinação do caráter à ação não se refere, entretanto, à uma anterioridade cronológica (*prius tempore*); mas sim por natureza (*priūs natura*), porque há uma equivalência entre as duas expressões: “representação da ação” e “disposição dos fatos”.

A questão que não nos abandonará até o final desta comunicação é a do paradigma de “ordem”, vital para o direito instituído e para a qual o dano moral é violação.

Essa idéia de “ordem” é colocada de um modo muito destacado no que a estética denomina de “modelo trágico”, justamente para fazer ressaltar a tragédia, com seus conteúdos de dor, surpresa, impotência humana e paradoxo em relação à ordem.

Ora; se nos permitirmos a analogia, teremos, por similitude, que a ordem está para o direito e o dano

---

<sup>307</sup> ARISTÓTELES. *Ética a nicômano*, II, 1105 a 30 ss.

**moral para a tragédia**, onde o dano moral representa a antítese da felicidade (e não necessariamente da ordem).

Nesse contexto da tragédia, a ação vai adquirindo contornos, dentro do tempo diegético. É a encadeação dos eventos que vai constituindo e distinguindo o verossímil e o inverossímil, a felicidade da infelicidade, ou seja: **nessa diégésis é que se constitui a trama que confere ou não espessura à linguagem.**

Diz ARISTÓTELES<sup>308</sup>:

“Mas a definição da tragédia (...) representando a piedade e o terror, realiza uma depuração (*katharsis*), desse gênero de ação.”

Se em nossa analogia do modelo trágico ao dano moral e ordem, teríamos, então, que **a *katharsis* estaria para a reparação civil do dano, essa necessidade humana (arquetípica até) de depuração, purificação, restauração ou resposta, que constitui a trama da tragédia e o tecido**

---

<sup>308</sup> ARISTÓTELES. *Poética*, 49 b 26-27.



**que se fala sobre ela. É o papel do saber, como mudança da ignorância para o conhecimento.**

O exemplo mais acabado do trágico, segundo RICOUER<sup>309</sup>, é o *Édipo* de SÓFOCLES, em que *mimése*, *poiésis*, *muthus* e *diégésis* encontram-se em nítidos e perfeitos contornos, todos em alto grau de fusão e tensão em seus nexos “causais” e “paradoxais”.

Para descrever as situações que a estética tecnicamente denomina de “trágicas”, é preciso uma narrativa forte, são necessários aparatos lingüísticos necessários e suficientes; do contrário, não se consegue dizer, expressar o trágico em seu teor de significação e espessura.

**Esta reflexão (por enquanto, mera reflexão) que mescla Estética, Filosofia e Hermenêutica da Linguagem - aparentemente tão estranha ao Direito, se tomado em sua decantação positiva -, é adrede às nossas preocupações sobre com que modos mais podemos pensar e falar o**

---

<sup>309</sup> RICOUER, Paul. *Tempo e narrativa*, *op cit*, p. 73.

direito moral; se a linguagem dogmático-jurídica é suficiente para dele dar conta e se já não é hora de nos debruçarmos, no estudo da sintaxe e da semântica, sobre a estranheza dos incidentes emocionais ao intelectualismo, na procura da inteligibilidade.

### 6.5 O paradoxo das lógicas paraconsistentes

Enquanto a lógica formal e todas as lógicas matemáticas, silogísticas, quantificacionais (*verbi gratia*, RUSSEL, FREGE, KNEALE, etc.) procuram distinguir o verdadeiro do falso (V ou F), as outras lógicas (dialética, modal e relacional) procuram elementos que medeiam o terreno do objeto de análise, buscando a sua identidade que se expressa em outros termos que não V. ou F.

Por isso são denominadas lógicas complementares, algumas; e “paraconsistentes” outras; porque, para quem as enxerga do lugar científico dogmático, cartesiano, racionalista, essas lógicas não conferem com precisão o grau

de “verdade” exigido pelo paradigma da ciência tradicional. É que derrogam um ou mais princípios que são a base da lógica clássica, no experimento de outras possibilidades.

Para BARBOSA<sup>310</sup>:

Ao lado dos sistemas lógicos complementares à lógica clássica, há os chamados sistemas divergentes, rivais daquela, como aqueles denominados sistemas lógicos paraconsistentes, os quais têm sido desenvolvidos com o propósito de substituir os sistemas clássicos em determinadas situações, onde a lógica clássica tem se mostrado insuficiente.

Esta mesma autora<sup>311</sup> chama a atenção para o fato que, no sistema lógico clássico, a falsidade ou as contradições nas proposições faz ruir todo o edifício. Isso, todavia, não ocorre com as lógicas paraconsistentes:

(...) No sistema lógico paraconsistente, a admissão de uma contradição não faz desmoronar todo o sistema. Como já foi explicitado, a lógica clássica, e mesmo a lógica deôntica complementar a esta, não admite contradições sem que com isso todo o sistema entre em colapso. Dito de outra forma, a lógica clássica não abarca e tampouco admite contradições que, consideram estes autores, são imanentes entre outras, ao direito e à moral. Nesse contexto é que se considera a utilidade das lógicas paraconsistentes e,

---

<sup>310</sup> BARBOSA, Claudia Maria. **Lógica e direito**, in Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea (Org. Leonel Severo Rocha), JM Editora, Curitiba, 1997, p. 89.

<sup>311</sup> *Idem, ibidem*, p. 91

especialmente no caso do direito, a lógica deôntica paraconsistente que, embora ainda formalmente incipiente, busca justamente a elaboração de sistemas lógicos que admitam contradições, sem que dessa assunção decorra a trivialidade do sistema como um todo. De fato, hoje admite-se que o direito abarca contradições mas, de formas variadas, diversos pensadores vêm relativizando estes “problemas” utilizando-se de conceitos variáveis de sistema, de unidade do ordenamento e da própria completude do direito.

Em face dessas considerações, deparamo-nos com um paradoxo, talvez aparente, nas lógicas paraconsistentes: ao mesmo tempo em que elas podem suprir as lacunas do sistema jurídico sem com ele antagonizar, são consideradas por esse mesmo sistema, como inconsistentes para respaldar a verdade.

E mais: ao serem admitidas, as lógicas paraconsistentes, no interior do sistema formal clássico, imediatamente descaracterizam-no como tal, porque são um elemento estranho à sua natureza.

Por esse motivo, preferimos as lógicas complementares modal e relacional às paraconsistentes, porque, no nosso entender, se bem desenvolvidas, podem

perfazer o esquema kantiano do conhecimento da realidade, sem conflitar com os sistemas lógico-lingüísticos e o jurídico postos.

## **CAPÍTULO 7**

### **OS MÉTODOS**

#### **7.1 O discurso do método jurídico**

Sabemos que a jusmetodologia decorre sempre de uma jusfilosofia, já que são humanamente impossíveis as concepções *ex-nihil*. As teorias, as práticas e os demais produtos são sempre os frutos do conhecimento de alguma época, de algum lugar. No direito, isso se dá com marcado acento, pois a jurisprudência é sempre uma atividade de valoração.

A história do direito mostra a ancestralidade de seus primórdios, consentâneo com a organização social e com a própria humanidade. Deste o Código de Hammurabi, passando pelo Romanismo Clássico e, depois, pelos Cânones Medievos, vimos até nossos dias carreando, na esteira da história jurídica, elementos característicos de todos e de cada um desses períodos do tempo ocidental.

Delimitaremos o nosso estudo do discurso jurídico a partir do século XIX - com o chamado Direito Moderno - até a contemporaneidade.

Não é o objetivo desta pesquisa reprisar a história da filosofia do direito, nem tampouco a hermenêutica jurídica, mas sim analisar as **principais características metodológicas do Direito Moderno**. No entanto, necessária a contextualização história e social (tida como pressuposto já conhecido), porque não é possível separar a teoria do conhecimento da estrutura do conhecimento humano.

No âmbito de estudos jurídicos, a preocupação metodológica e hermenêutica sempre existiram e parecem ter medrado ainda mais nos últimos tempos.

Para WARAT<sup>312</sup>:

A metodologia, em uma primeira aproximação, seria o campo onde se examinam os problemas que se encontra quando se pretende a produção do conhecimento científico de um objeto. O objeto do conhecimento não se confunde nem se identifica com

---

<sup>312</sup> WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e metodologia jurídica - proposta para uma demarcação de seus campos** (*in* Introdução geral ao direito, t. II, A epistemologia jurídica da modernidade), SAFE, Porto Alegre, 1995, p. 49.

a realidade que pretende explicar. A realidade da qual se parte, impõe certos limites para a produção do objeto, mas não por isso se pode dizer que o objeto do saber se encontra definido. É a partir do próprio processo de produção de uma teoria sobre um objeto que este se constitui como tal.

Desde a segunda metade do século XIX, momento de cristalização e apogeu da concepção positivista do saber, o conhecimento válido era identificado com o que poderia ser provado<sup>313</sup>, conforme houvera sido fundado pela indução experimental.

O jurista, quer aderisse ao Sociologismo, quer ao Normativismo, não descurava da vocação científica que obedecia os moldes da época.

Naturalmente que, a teoria de Kelsen, não somente pelo seu caráter sistemático, mas também por permitir um **purismo metodológico** (na medida em que era possível abstrair a norma dos liames sociais, e, portanto, salvaguardar a autonomia e a objetividade do direito) foi

---

<sup>313</sup> *Supra*, Capítulo 5, item 5.2, *A lógica do direito também está na linguagem* e Capítulo 6, item 6.2, *A razão das quantidades*.



uma das que mais incontestavelmente expressou a inteligência científica daquele momento<sup>314</sup>. Esclarece DINIZ<sup>315</sup>:

KELSEN elaborou uma teoria do conhecimento jurídico, mediante o emprego de um método estritamente normológico.

Segundo o mestre de Viena, esse método empregado pela Ciência Jurídica para conhecer seu objeto deverá ser diverso do aplicado pela Ciência da Natureza. Isto é assim porque, para ele, há dois modos de se ordenar do fenômenos do Universo: pela causalidade e pela imputabilidade. Pela primeira ligam-se dois fatos através de uma relação de causa e efeito, pois toda causa concreta pressupõe como efeito, uma outra causa e todo efeito concreto deve ser considerado como causa de um outro efeito, de forma que a cadeia de causa e efeito é interminável. Pela segunda liga-se um fato condicionante a um fato condicionado. Do expedito ressalta que ele estabelece a distinção entre duas maneiras de conhecer: o da Natureza e o da Sociedade que correspondem àquelas categorias transcendentais: “ser” e “deve ser”. A causalidade é o princípio gnoseológico que governa a natureza (...).

---

<sup>314</sup> Para corroborar com essa assertiva, veja-se:

NEIPP, Vittorio. **Causalidad Jurídica y representación**, Ediciones Juridicas Europa-América, Colección Breviarios de Derecho, nº 53, Buenos Aires, 1962.

BULYGIN, Eugenio. **Normas jurídica y analisis logico**, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1988.

OVIEDO, Jose Maria Martin. **Formacion y aplicacion del derecho (aspectos atuais)**, Instituto de Estudios Politicos, Madrid, 1972.

<sup>315</sup> DINIZ, Maria Helena. **A ciência jurídica**, 2ª ed., Resenha Universitária, São Paulo, 1982, p. 31-2.

A consequência é que, **no campo do direito, o princípio metodológico prevalente é o da imputação**, que é aplicado no domínio da liberdade<sup>316</sup>.

É mister salientar que, nesse grau epistemológico, a ciência jurídica só veio consolidar-se como tal no século XIX, a despeito das inúmeras concepções teórico-filosóficas que acompanham o direito em seu evoluir.

A forte influência de SAVIGNY, que ao dizer que “a ‘ciência da legislação’ - como aí se designa a ciência do Direito - é primeiro uma ciência histórica, e depois, também filosófica e que ambas as coisas devem unificar porque a ciência do direito tem de ser a um tempo e integralmente, histórica e filosófica”<sup>317</sup>, não escapa às marcas da epistemologia novecentista, quando alude, por exemplo, aos conceitos de organismo e nexos orgânico, como descreve LARENZ<sup>318</sup>.

---

<sup>316</sup> *Idem, ibidem*, p. 33.

<sup>317</sup> *Apud* LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 5ª ed., Fundação Calouste Gulbekian, Lisboa, 1983, p. 9.

<sup>318</sup> *Idem, ibidem*, p. 13.

Entre a intuição e forma abstracta de cada regra - que diz respeito sempre a um único aspecto, artificialmente isolado, do conjunto da relação - existe segundo SAVIGNY, um 'desajustamento', cuja superação constantemente se impõe à ciência do Direito. Assim como o legislador tem de ter sempre presente 'a intuição integral do instituto jurídico' como todo **orgânico** e há de, a partir dela, 'por um processo artificial, estabelecer a preceituação abstracta da lei', se quer que esta corresponda aos respectivos desígnios, assim quem precisa de aplicar a lei tem, por seu turno, e 'por um processo inverso, de lhe restituir o **nexo orgânico** de que a lei mostra uma simples secção'. Isto quer dizer que o pensamento jurídico não pode mover-se a um nível único, que tem sempre de conciliar intuição e conceito: pois, se a intuição lhe representa o todo, o conceito (e a regra através dele constituída) só consegue abranger um aspecto parcial, e, por isso, precisa de ser constantemente alargado e legitimado de novo por intermédio da instituição.

Assim, em SAVIGNY, observamos a cunha da causalidade, bem como do organicismo, que podem tanto ser entendidas como as regras áureas cartesianas de análise e síntese, como podem ensejar a inferência de um certo biologismo, conforme veremos a seguir.

Observemos que, consentaneamente à efervescência intelectual que emprestava o modelo das ciências naturais a

outros saberes, em busca da cientificidade<sup>319</sup>, preponderava também a influência darwiniana<sup>320</sup>. A somatória de todos esses fatores redundou no que se convencionou chamar de **metáforas biológicas no pensamento jurídico**, explicadas por ROTTLEUTHNER<sup>321</sup>:

Quand des concepts, des modèles, des approches, des perspectives, des paradigmes ou des théories appartenant à une discipline sont empruntés par d'autres domaines de la connaissance, et transférés vers d'autres disciplines, alors la source originale peut être appelée une 'discipline dirigeante'. Dans l'histoire de la science, il y a certainement eu des époques favorables à certaines disciplines, selon leur capacité à fournir aux autres des éléments de leur arsenal. Au 19<sup>e</sup> siècle par exemple, la biologie, surtout après Darwin, aurait dû être comptée au nombre des candidats à être une discipline dirigeante. Des concepts tels que développement, évolution, lutte, vie, organisme ont trouvé - au moins peut-on le voir dans ce sens aujourd'hui - un large emploi transdisciplinaire, à partir de contextes biologiques.

Além de constatarmos que a idéia de

---

<sup>319</sup> *Supra*, Capítulo 2, item 2.1 *O método antropológico e o sociológico*, onde se comenta Émile DURKHEIM, especialmente *As regras do método sociológico*.

<sup>320</sup> DARWIN, Charles. **A origem das espécies**, Lello & Irmão Editores, Porto, 1931.

<sup>321</sup> ROTTLEUTHNER, Hubert. **Les métaphores biologiques dans la pensée juridique**, in *Archives de philosophie du droit*, t. 31 (de système juridique), Sirey, 1986, p. 215.

interdisciplinaridade não é mesmo nova como pensamos (e sim as suas práticas e modos), vemos que o estabelecimento das causas e efeitos na germinação, a estabilidade dos ciclos biológicos e as relações intrínsecas entre as partes de um todo, bem como a concepção do todo como um organismo redundaram em síntese conceptuais como a de MARTINS<sup>322</sup>, abaixo:

O conhecimento científico aspira ser um saber coerente, sistematizado e demonstrado, isto é, metodicamente fundado. O fato de cada noção que o integra possa encontrar seu lugar no sistema e se adequar de modo lógico às demais é prova de sua verdade. Se houver alguma incompatibilidade lógica entre as idéias de um mesmo sistema científico, duvidosos se tornam as referidas idéias os fundamentos do sistema e até mesmo o próprio sistema.

Assim, evoluiu-se da jurisprudência dos conceitos à jurisprudência de interesses contemporânea, enquanto fomentaram importantes reflexões sobre a validade lógica e

---

<sup>322</sup> MARTINS, José Salgado. **O método no direito**, Revista da Faculdade de Porto Alegre, nº 1, ano III, Porto Alegre, 1951, p. 903 e segs.

a validade normativa das proposições jurídicas<sup>323</sup>.

Novas alternativas para pensar o direito e seus métodos despontam, porém com poucas variações fundamentais, de modo que a unidade do objeto do conhecimento não se viu ameaçada, conforme SALDANHA<sup>324</sup>.

Semelhante preocupação metodológica, porém, é uma espécie de requinte, e ora atua como expressão do peculiar vigor teórico do pensar jurídico, ora como calcanhar de Aquiles. Ora funda novas soluções, ora repisa equívocos e alimenta verbalismos. Ao correr de nosso século o problema das condições metódicas do saber jurídico adotou, como era óbvio, nova equipagem temática e terminológica, fabricada em grande parte sob a motivação da herança filosófica neo-kantiana e munida, entre outras coisas, de uma nova direção para a idéia de forma para sua relação com a de matéria. Nem tudo porém foi positivo nessas novas problematizações. A pluralização, por exemplo, da idéia do conhecimento jurídico, dando a noção de "saberes" jurídicos ou de "ciências do direito" como alguns autores usam, foi acertada e profícua, pois os diversos ângulos (filosófico, sociológico, dogmático, histórico) se diferenciavam

---

<sup>323</sup> Sobre isso, ver as interessantes considerações sobre Neokantismo e fenomenologia do Direito, em que se discute as condições apriorísticas possíveis essências dos fundamentos jurídicos (N.A.)

<sup>324</sup> SALDANHA, Nelson Nogueira. **Velha e nova ciência do direito** (e outros estudos de teoria jurídica), Universitária, Recife, 1974, p. 32.

como áreas complementares, e se mantinha a unidade do objeto garantida pelo qualificativo.

**A unidade do objeto do conhecimento depende também da abordagem metodológica, seja qual for.** Isso pode significar que não houveram, do século passado para este, alterações metodológicas tão significativas, a ponto de transpor cabalmente a barreira do que a história da ciência apontava como critérios de validade do saber.

## **7.2 Metodologia e Hermenêutica**

Um dos grandes momentos da discussão envolvendo a metodologia do direito é o que LAMEGO<sup>325</sup> chama de “viragem hermenêutica”, ocorrida por volta de 1950:

O sentido da recepção das teses da Hermenêutica filosófica pela jurisprudência não é estender a fenomenologia da interpretação ao âmbito próprio da aplicação do Direito e da sua elaboração doutrinal. O arrimo às teses da Hermenêutica filosófica intenta antes uma fundamentação filosófica para os procedimentos da prática judicial e da actividade

---

<sup>325</sup> LAMEGO, José. **Hermênutica e jurisprudência (análise de uma “recepção”)**, Fragmentos, Lisboa, 1989, p. 92.

jusdogmática, enquanto estes sirvam para conformar o Direito existente. O aditamento de sentido que de opera em cada nova interpretação e o carácter 'único' de cada situação são manifestos na hermenêutica jurídica e daí o 'significado exemplar da hermenêutica jurídica', que GADAMER sublinha.

### 7.2.1 Aspectos da Teoria Hermenêutica

A Teoria Hermenêutica volta-se para o problema de uma teoria geral da interpretação, a ser empregada como método nas ciências humanas e sociais. Um de seus expoentes, Emílio BETTI, historiador do Direito, fundou, em 1955, um instituto para a teoria da interpretação. BETTI buscou o conhecimento do processo de compreensão, da maneira pela qual somos capazes de formatar nossa compreensão do mundo e de nós mesmos, através de um conjunto de significados criados por outrem. Esse conjunto de formas significativas funcionam como cânones que facilitam a objetivação da atividade da consciência humana, isto é: das expressões humanas.



BETTI, ao se propor a recolher as principais riquezas do pensamento hermenêutico até então acumuladas, mantém-se dentro da tradição romântica e idealista que caracterizara essa atividade. Para corroborar com essa afirmação, veja-se que, tentando superar alguns resíduos deixados por DILTHEY, BETTI retoma fundamentos hegelianos e neokantianos. Naturalmente que, respaldado nesses pensadores, só há que reafirmar a postura idealista.

Uma das conseqüências dessa abordagem idealista e da tentativa de objetividade sobre ela, redundam em favor da tese do **verstehen**, indicando assim o uso da compreensão como método. Assim a teoria da interpretação de BETTI é embasada na relação problemática entre a mente e a sua apreensão do objeto, na expectativa de que o deslinde das formas significativas e dos "cânones" solucionem a indagação.

Em sua busca pela interpretação objetiva, BETTI recorre a KANT sem reservas, especialmente quanto à sua

teoria do conhecimento e das categorias mentais. Para BETTI, o conhecimento não é um espelho da realidade; os seus objetos são determinados pela maneira como os compreendemos. Quanto aos valores éticos e estéticos, pertencem a uma segunda dimensão de objetividade, que não é fenomenal nem subjetiva; mas de uma objetividade ideal, que segue sempre a sua própria lógica. Desse modo, tendo atribuído caráter autônomo aos valores, BETTI depara-se com o impasse de indicar como o conhecimento pode descobrir esses valores. Responde que essa uma pressuposição no sujeito uma disposição prévia do espírito, pois um valor é algo absoluto em si mesmo, como as essências, algo que contém a base de sua própria validade e que é alcançável pelo conhecimento, desde que com o auxílio de uma estrutura mental que tenha transcendido o eu empírico e assim possa, então integrar-se num e cosmos superior.

Considerando-se que o sujeito encontra-se em contínuo conhecimento e auto-reconhecimento, em suas

relações com as formas significativas, e que isto pressupõe mudanças, pois é um contínuo processo de aprendizagem, BETTI segue Wilhem DILTHEY, filósofo alemão do início do século, sobre a questão da historicidade. Nesta, a coerência interna e o estilo das várias idealizações significativas têm o caráter da mutabilidade, não obstante sejam, para fins epistemológicos, a priori a estas instabilidades. Assim, BETTI tece os fundamentos da chamada “Metaciência da Hermenêutica”<sup>326</sup>. Porém cumpre esclarecer que Emílio BETTI nunca tencionou explorar a dimensão ontológica da compreensão. A tarefa a que se propôs foi investigar em pormenores as questões da interpretação advindas da compreensão do sujeito em relação ao objeto, de forma objetiva. Caso contrário, a sua teoria hermenêutica teria sido gnoseologia.

BETTI encontra quatro momentos teóricos no processo de interpretação, sendo que cada um deles representa uma forma diferente de receptividade e de

---

<sup>326</sup> BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**, Edições 70, Rio de Janeiro, 1988, p. 47.

abordagem intelectual do objeto, quando da ação interpretativa. São eles:

a) o momento filológico, que se refere à decodificação dos símbolos (a nível semiótico ou lingüístico), sempre presente em toda a qualquer interpretação;

b) o momento crítico, responsável pelas indagações, pelas arguições de incoerências, paradoxos e outras perquirições da espécie;

c) o momento psicológico, que pressupõe uma atitude mental e disposição até mesmo empática com o autor, quando nos dispomos a imaginar o seu ponto de vista, a sua posição pessoal, o seu contexto histórico social, com o escopo de alcançarmos o que ele quis efetivamente expressar;

d) e o último momento, que é o técnico-morfológico; já bastante abstraído de fatores externos e fortuitos, é aquele que reconstrói, no mundo objetivo-mental, dentro

de sua própria lógica, a interpretação, como geradora de significado.

Quanto aos cânones para a interpretação, formulados por Betti em sua teoria, são em número de quatro e subdividem-se em dois grupos de dois, que se inserem (a) no objeto, e (b) no sujeito, assim:

a1 - o cânone da autonomia hermenêutica do objeto e imanência da norma hermenêutica: uma forma significativa - que é sempre objeto da interpretação - é essencialmente uma objetivação mental que se destina a outra mente. Esse primeiro cânone reza que, ao interpretar, deve-se captar o conteúdo original dessa objetivação, cuidando para não se resvalar em digressões ou distorções que a forma significativa possa comportar;

a2 - o cânone da totalidade e coerência da avaliação hermenêutica (ou cânone da coerência do sentido, como princípio da totalidade): Este segundo cânone foi salientado com extraordinário rigor, pelo jurista romano CELSO, em célebre e polêmico ataque aos retóricos que serviam

de advogados de defesa. Este cânone vem nos dizer da necessidade da coerência interna do discurso, nas interrelações entre os argumentos que o compõe. Diz da lógica entre as premissas, e que esses elementos são imprescindíveis para a boa interpretação. Quanto ao princípio da totalidade, é assente o pressuposto de que o discurso, a exemplo de qualquer outra manifestação do pensamento, provém de uma mente unitária e gravita rumo a uma direção unitária, donde o sentido do todo provém da integração entre os seus elementos individuais enquanto estes, por sua vez, refletem e só podem ser compreendidos em relação ao todo que o compõe. Esses artifícios lógicos, que frequentemente mais dizem respeito à forma do que ao conteúdo, são comumente utilizados pela Retórica. Em virtude de seu arcabouço lógico, apresentam um forte poder de persuasão tendo o condão de distorcer significativamente o sentido de seus atos e fatos. Vem daí a crítica quanto ao seu uso inescrupuloso por rábulas, descomprometidos com o

direito e com a justiça. O cânone hermenêutico da totalidade é atualmente empregado na esfera legal, na interpretação sobre os modos de conduta, normas, diretrizes legais e máximas de decisão. No entanto o seu campo de aplicação, como se pode inferir, é muito mais vasto...

b1 - o cânone da compreensão efetiva (ou da atualidade da compreensão): Este cânone, que também deve ser seguido em qualquer interpretação e para o qual Rudolf Bultmann debruçou suas atenções, é aquele que estabelece a tarefa do intérprete, que é a de traduzir a forma significativa e, num processo criativo, reconstruí-lo dentro das estruturas intelectuais, das estruturas de sua experiência e de sua mente, o que fora produzido pela mente de outro, como representação ou conceito. É ato em si - vale dizer: a atualização de interpretar.

b2 - o cânone da harmonização da compreensão - correspondência e concordância hermenêuticas: refere-se ao chamado "círculo hermenêutico", no qual a correta

interpretação evidencia sempre uma relação circular que envolve as partes e o todo, possibilitando, inclusive, a antecipação do sentido. Este cânone foi seriamente desenvolvido por Hans-Georg GADAMER, segundo o qual deve-se evitar o excesso de ressonância entre os elementos hermenêuticos, buscando-se sua real distância temporal. Só assim poder-se-lhe-ia filtrar o verdadeiro sentido. GADAMER sugere que o alargamento, em círculos concêntricos, das bases ou unidades do sentido compreendido, seria o critério para a compreensão correta, na perfeita distinção entre o verdadeiro do falso, que é a missão por excelência da Hermenêutica. No círculo puro e simples, faculta-se a criação, além das ressonâncias, de equivalências nem sempre pertinentes. Além do que, é conhecido que o conceito de círculo hermenêutico encerra uma contradição lógica, pois se temos que captar o todo antes de conhecermos as partes, então nunca compreendemos nada.



Uma das tradições sobre as quais se embasa o pensamento de BETTI é o romantismo, mais fortemente representado por SCHLEIERMACHER (que também foi seguido por DILTHEY), cujos escritos culminam por volta de 1819. Para SCHLEIERMACHER, a Hermenêutica seria uma arte, a da compreensão, e parte da seguinte indagação: como é que toda expressão lingüística, falada ou escrita, é "compreendida"? Daí decorrem, para esse autor, que a interpretação consiste em dois momentos interatuantes: um gramatical e outro psicológico. Dessa interação resulta a interpretação, que seria, então circular, onde compreender é uma operação essencialmente referencial. No pensamento mais tardio de SCHLEIERMACHER há uma certa tendência em separar a esfera da linguagem da do pensamento, mas a característica romântica permanece, inclusive pelas asserções sobre o caráter divinatório da interpretação, pela apologia do círculo hermenêutico, entre outras.

A partir desse ponto, a Hermenêutica bifurca-se em uma de suas mais célebres celeumas teóricas, que é a discussão Betti "versus" Gadamer, que desencadeou a Filosofia Hermenêutica.

### 7.2.2 Aspectos da Filosofia Hermenêutica

BETTI, na tradição de DILTHEY, quer deixar-nos uma teoria geral do modo como as "objetivações" humanas podem ser interpretadas, defendendo sempre a autonomia dos objetos a serem interpretados e da própria interpretação em si. Já GADAMER, na sequência de HEIDEGGER (e seu famoso vir-a-ser no tempo), entende que a interpretação em si mesma é uma questão de ordem filosófica, cujos atos são condicionados historicamente. Sustenta que é ingênuo falar-se em "objetivações autônomas", pois isso acarretaria em admitir como possível a interpretação exterior à história.

Associaram-se a GADAMER os "teólogos da desmitologização" - Rudolf BULTMANN e os dois líderes da "Nova Hermenêutica", Gerhard EBELING e Ernst FUCHS -, numa linha essencialmente heideggeriana e fenomenológica, porquanto alijada da perseguição à objetividade. Assim progrediu a desmitologização entre os religiosos protestantes, que colocaram a tônica da interpretação do Novo Testamento Bíblico no auto-conhecimento e no fundamento existencial endógeno. A identificação de GADAMER com a Nova Hermenêutica foi notória, desenvolvendo-se assim a Filosofia Hermenêutica. A importância de BULTMANN, bem como dos demais teólogos da desmitologização, reside ainda em suas preocupações para com o kerygma - a vinda de Deus em Cristo - onde a exegese da linguagem e sua dialética com a compreensão pressupunham que o intérprete fosse necessariamente um crente. Caso contrário, impossível a compreensão e, por conseguinte, a interpretação. Os estudos realizados por esses pensadores foram altamente

significativos, no sentido de desvendar o véu escatológico que viciara a exegese bíblica e, por conseguinte, possibilitar a sua adequação no tempo, a título de contextualização.

Diante do exposto, podemos acompanhar como a Filosofia Hermenêutica significa a evolução, um estágio além dos pressupostos da Teoria Hermenêutica. GADAMER demonstrou que na experiência adquirida a partir de nosso envolvimento com a filosofia, com a história e com a arte, bem como nos movimentos e nas transformações decorrentes desse envolvimento, realça-se a impossibilidade da verificação de princípios hermenêuticos pelos métodos da ciência. Essa forma de compreensão é a universalidade da Filosofia Hermenêutica, para a qual a historicidade da compreensão, tão salientada, implica em três aspectos<sup>327</sup>, a articulação sócio-histórica previamente à compreensão; a sua constituição em possíveis elementos ou objetos de interpretação e os juízos

---

<sup>327</sup> *Idem, Ibidem*, p. 171.

de valor formulados pela *praxis*. Como se vê, a Filosofia Hermenêutica tange muito as ciências sociais e sua base heideggeriana, por óbvio, remonta à filosofia da história de HEGEL.

Passemos agora ao estudo da Hermenêutica Crítica, que é a mais recente postura nesse ramo do saber; florescida a partir da década de setenta e em discussão até os nossos dias.

### 7.2.3 Aspectos da Hermenêutica Crítica

A Hermenêutica Crítica não faz sempre antagonismos viscerais às correntes que lhe antecederam (exceto em aspectos); antes, procura refletir sobre as posturas pretéritas, salvaguardando e reciclando os seus produtos de maior valor e excluindo os que considera precários para então, a partir daí, formular as suas próprias concepções. Como se vê, é bastante nítida a evolução histórica da Hermenêutica.

A Hermenêutica Crítica, a exemplo das anteriores, comporta algumas facções doutrinárias. Porém, de uma maneira geral, critica as regras estabelecidas pela Teoria Hermenêutica, pois as condições materiais pré-definidas contribuem para um estado de ausência de liberdade. Não há a má compreensão (e sim a distorcida), pois esse adjetivo acabaria por se referir a uma realidade, a do intérprete. E, como se sabe, não se pode falar em realidades “boas” ou “más”, em virtude da relatividade desses conceitos; mas simplesmente em “realidades”.

A busca dessa Hermenêutica, em sua compreensão crítica, é sempre a dos elementos que se possam constituir em nexos causais, o que reitera o seu compromisso com a verdade histórica. Nesse sentido, essa Hermenêutica conecta-se à Filosofia Hermenêutica.

Passemos agora à descrição de algumas de suas principais vertentes.

Vejamos, em primeiro lugar e em breves pinceladas, a "Hermenêutica Materialista", decorrente do Marxismo.

Para essa linha de entendimento, todas as teorias filosofias até então formuladas estariam viciadas pelo pensamento capitalista, sendo mais um dos desprezíveis produtos da sociedade burguesa. Sustenta essa facção que as representações intelectuais são sempre o reflexo das condições e das relações econômicas nas quais são engendradas e que, portanto, não têm valor *per se*, e que a *praxis*, então, propiciaria melhores condições para a interpretação. Alguns teóricos indagam, aos materialistas, a partir de seus próprios argumentos: como justificam a sua posição e a pretensão de que sabem "melhor"?...

Por outro lado, Karl Otto APEL desenvolve um programa visando a articulação e a retomada do círculo hermenêutico, como um elemento subjacente às estruturas do pensamento e ao entendimento, ainda que de modo subjetivo, mas importante na aquisição da verdade teórica. APEL acredita na possibilidade do progresso nas interpretações e seu programa tem esse propósito: o da emancipação intelectual. Desse modo, não descarta

liminarmente toda a produção intelectual anterior, mas usa-a como trampolim para o escopo da razão. Em APEL os elementos que poderiam ser considerados como "ruídos" ou interferência na interpretação, devem ser entendidos como dados operatórios subliminares ao próprio sujeito, e assim burilados a título de intervenção, facultando-lhe prosseguir o seu desenvolvimento com conhecimento e vontade. De fato, uma filosofia da libertação<sup>328</sup>.

O trabalho de APEL, no campo da Hermenêutica, têm sido comparado ao de HABERMAS, (dissidente dos pensadores da Escola de Frankfurt), que desenvolve a dita "Hermenêutica Profunda". Ambos partem dos conhecimentos hauridos pela Filosofia Hermenêutica, que se lhes afiguram como importantes nível metateórico e, aliados a uma concepção histórico-social, propugnam pelo alargamento das bases da interpretação. Porém, a técnica característica do pensamento de HABERMAS é

---

<sup>328</sup> Cf. palestra proferida por Apel, na Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Humanas, em outubro de 1993.



que as "idéias reguladoras" da interpretação estão cada vez mais arraigadas à linguagem.

Muito se poderia escrever sobre os estudos de hermenêutica aplicada ao direito, não é esse tema proposto. Um pouco sobre hermenêutica, entretanto, precisamos pensar, porque **não há método sem interpretação, e da interpretação resulta o método.**

Nesta breve incursão sobre a hermenêutica, é preciso mencionar a importância da teoria dos sistemas de Niklás LUHMANN<sup>329</sup>, formulada na década de oitenta. Caracterizada por um relativismo radical, essa hermenêutica realiza uma contundente revisão da sociologia jurídica. LUHMANN considera a complexidade e o conflito social como ponto de partida para a sua formulação teórica. Para não recair no jusnaturalismo, existencialismo e outras correntes, LUHMANN cria a "Teoria da Diferenciação", definindo o que está dentro e o que está fora do sistema

---

<sup>329</sup> Sobre LUHMANN e hermenêutica em geral, vide ROCHA, Leonel Severo (org.), *Paradoxos da auto-observação*, *op. cit.*

jurídico, e com isto nos tira da situação dogmática.

Atualmente a hermenêutica jurídica compreende-se por três matrizes<sup>330</sup>, que são a Analítica (onde estão Kelsen, o Normativismo e a Lógica Deôntica); a Pragmático-Hermenêutica (com Hart, Dworkin e Habermas) e a Sistêmica (com Luhmann), todas com perspectivas para a metodologia do direito, quer sobre a análise lógica da linguagem, quer sobre a criação a partir dos paradoxos. **Como dizer o dano moral com base nessas concepções?... Por ora, a matéria permanece na esfera da quantificação e da qualificação, conforme vimos páginas atrás. Por isso propugnamos pela necessidade do alargamento das bases de dicção do direito moral.**

---

<sup>330</sup> Sobre as Matrizes da Teoria Jurídica, ver Rocha, Leonel Severo.

### 7.3 A autopoiesis e o mito do método

Uma das associações que se pode fazer, quando se descobre a lógica de pensar por paradoxos, é a que compara o conceito de “direito como sistema autopoietico”<sup>331</sup> com o “mito do método”<sup>332</sup>.

Indiscutível a importância da teoria autopoietica no âmbito do direito, seja na auto-referência lingüística dos processos cognitivos, no paradoxo da recursividade e auto inclusão lógico-lingüística e, principalmente, na concepção de sistemas auto-referenciais de comunicação, cuja maior expressão é LUHMANN.

A teoria da autopoiesis surgiu na biologia, como uma tentativa de explicar, a partir das relações intrínsecas dos organismos vivos, uma questão fundamental: a vida.

---

<sup>331</sup> TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**, Fundação Calouste Glubenkian, Lisboa, 1989.

<sup>332</sup> CARDOSO, Mirian Limoeiro. **O mito do método**. Palestra proferida no *Seminário de Metodologia e Estatística*, na Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, em 19 de janeiro de 1971.

Para TEUBNER<sup>333</sup>:

Qualquer sistema vivo, enquanto sistema autopoietico, representa assim um sistema caracterizado por uma unidade e clausura organizacional radicais: a autonomia de cada organismo biológico reside na unidade da sua própria organização auto-referencial, organização essa que vive em clausura operativa já que a rede de elementos de cada sistema vivo individual se refere para si mesma, jamais para o seu envolvimento ou para outros sistemas vivos.

Essa, a biológica, é a primeira teoria autopoietica. A circularidade das intenções, alçada ao patamar de abstração lógica, foi um fertilíssimo manancial de novas reflexões como, no caso jurídico, em que o direito fala de si mesmo, normatiza-se a si próprio, estabelece e sanciona condutas e recorre a instâncias superiores de si mesmo. É o que explica ROTTLEUTHNER<sup>334</sup>:

Un système autopoietique est défini comme un système qui produit et reproduit ses propres éléments à partir de leur interaction, en tant que système ayant une organisation autopoietique, tour à tour défini: soit comme ‘une unité définie par un réseau pour

---

<sup>333</sup> TEUBNER, Gunther. *op. cit.*, p. IV.

<sup>334</sup> ROTTLEUTHNER, Hubert. **Un cas récent: l'autopoiesis dans le droit** (Le système juridique en tant que système autopoietique), in *Archive de philosophie du droit*, t. 31, (le système juridique), Sirey, Paris, 1986, p. 233.

produire des composants qui a) prennent part de façon périodique au même réseau pour produire des composantes qui produisent également ces composants, et b) établissent un réseau de production comme une unité dans laquelle les composants sont placées' (Maturana 1982, p.158, ainsi Zeleny (ed.) 1981, p. 21); soit comme 'Une unité réalisée à travers une organisation fermée de processus de production telle que - la même organisation des processus est générée à travers l'interaction de leurs propres produits (composants) et - une limite topologique émerge comme le résultat des mêmes processus constitutifs.' (Zeleny 1981, p.6). L'accent est mis sur la fermeture organisationnelle et sur le processus périodique et auto-référentiel de l'auto-reproduction. Il est fait mention également de la 'circularité fondamentale' (Maturana). Pour expliquer l'usage métaphorique dans le domaine juridique, il est nécessaire d'apporter quelques explications méthodologiques: les définitions d'un système autopoïétique sont formulées de façon très formelle, en ce sens que le domaine d'origine n'est plus reconnaissable (sur les origines dans le problème de la perception des couleurs, l'interprétation du système nerveux et l'organisation rétinienne, (cf. Maturana 1982, p. 88 ss.), de façon telle que le concept pourrait sans aucun autre embarras être utilisé de façon transdisciplinaire.

A auto-organização jurídica em matérias substantivas e adjetivas configura, provavelmente, a mais aberrante manifestação autopoietica do direito e da sociedade em geral.

Ainda são escassos os estudos sobre a fala processual, como representação do direito material que já configura *per se* um ou mais graus de linguagem representativos da realidade, numa acepção wittgensteineana. Mais se tem escrito, até o momento, sobre a auto-regulação, **que reforça a autonomia jurídica, como querem alguns; ou acentua a autofagia, como dizem outros.**

Sejam as críticas de qualquer ângulo, o fato é que não se pode negar a característica autopoiética do direito. Nesse ponto EWALD<sup>335</sup>:

C'est un fait: il n'y a pas de droit sans un droit du droit. Pas de droit positif, pas d'ordre ou de système juridiques positifs sans une instance de réflexion du droit sur lui-même. Cette reflexivité correspond d'abord à une exigence logique. La démonstration a été faite par Kelsen: une norme n'est juridique qu'à condition de procéder d'une norme elle-même juridique. Le droit de présuppose; il se précède nécessairement lui-même. Que le droit n'ait pas d'origine assignable dans un fait, voilà un fait qui caractérise le droit comme droit. Conséquence: toute norme juridique positive en suppose une autre qui lui confère sa juridicité. L'idée d'une norme juridique unique n'a pas de sens. Un peu comme selon Ferdinand Saussure, l'idée d'un signifiant isolé n'a

---

<sup>335</sup> EWALD, François. **Le droit du droit**, in Archives de philosophie du droit (Le système juridique), t. 31, Sirey, Paris, 1986, p. 245.

pas de sens. Cette précédence du droit sur lui-même exprime le caractère transcendantal du droit.

Transcendência ou não, a autopoiesis jurídica é pensada ao mesmo tempo em que, em outro lugar do saber, discute-se o “mito do método”<sup>336</sup>, no sentido de indagar se o refinamento metodológico, que se dá pelo aprofundamento teórico apenas em seu próprio bojo, não consiste em uma espécie de confinamento, um **ensimesmamento narcisista**, em que a reflexão teórica gira em torno de si própria, cada vez mais, perdendo, assim, os seus vasos comunicantes com o real, num processo de auto-aniquilação.

Por isso trouxemos a este estudo essa inquietação, que deve servir muito mais como um alerta; a de que o ponto de vista da reflexão teórica deve renovar-se em todos os outros, e não mirar-se no seu próprio espelho, de modo a dizer, como fez a Esfinge a Édipo, no caminho de Tebas: “decifra-me ou devoro-te”.

---

<sup>336</sup> CARDOSO, Mirian Limoeiro, *op. cit.*

### 7.3.1 Pensamento tópico e sistemático: perplexidade?

Theodor VIEHWEG, na sua “Tópica e Jurisprudência”, apresenta a idéia de que o pensar por problemas (tópica) pode melhor captar a essência da estrutura jurídica do que o pensamento sistemático, que se sirva da interpretação para apresentação da unidade do todo<sup>337</sup>.

É em outro sentido a opinião de WARAT<sup>338</sup>:

Para a tópica, a realidade jurídica é problemática por estar ligada ao agir humano, que não responde ao esquema causa-efeito, nem ao outro: estímulo-resposta que não é automático, nem necessário, mas simplesmente possível, provável e imprevisível. A imprevisibilidade da conduta humana é causa da problemática jurídica. Através da tópica se desenvolve uma teoria sobre a problemática jurídica e a atividade judicial. A tópica é a metodologia preparada para resolver problemas, situações duvidosas e incertas, questões opináveis, não inteiramente certas, prováveis ou possíveis.

---

<sup>337</sup> In CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, p. 243.

<sup>338</sup> WARAT, Luis Alberto. (em colaboração com Simon WARAT) **Os métodos de interpretação da lei como recurso ideológico e político** (in Introdução geral ao direito, t. I, Interpretação da lei-temas para uma reformulação), SAFE, Porto Alegre, 1994, p. 87-8.



A tópica é a retórica moderna, levada ao campo jurídico. (...) Os tópicos aos quais recorre são diretrizes retóricas e não princípios lógicos, lugares comuns revelados pela experiência, aptos para resolver problemas conjunturais. Na terminologia mais tradicional, estes tópicos seriam os princípios gerais do direito. Logo, em volta de tais princípios se ordenam todas as regras normativas e surgem os institutos (conjuntos de normas orientadas por princípios que regulam as relações jurídicas. E raciocinar no campo da direito, interpretar as normas, para esta escola, não é mais que operar com as diretrizes retóricas. Segundo Viehweg a interpretação da direito positivo somente é possível recorrendo a métodos que flexibilizem as normas que integram o ordenamento jurídico. Nesta perspectiva as operações tópicas permitiriam uma aproximação prudente dos fatos ao direito e do direito aos fatos.

Registre-se, além disso, que a tópica pertence ao campo da lógica dialética. E que o raciocínio tópico produz uma conclusão que tem como premissa opiniões acreditadas ou verossímeis. Na conclusão, portanto, não se demonstra a verdade da afirmação, porém se cria um efeito de verdade, algo que se pode aceitar como verdadeiro.

Afinal veja-se que através da tópica aflora o inequívoco caráter político-ideológico da atividade decisória. Tem uma visão ingênua com respeito ao tipo de justiça que as decisões procuram. E supõe a existência de uma justiça igualitária e homogênea para todos os grupos sociais, considerada como a questão apodíctica do direito.

A tópica não é demonstrativa mas persuasiva. Não resolve os problemas, porém fornece os recursos e argumentos para sua elucidação e solução. Não assegura soluções certas e incontrovertíveis, mas dá soluções aceitáveis dentro do marco da ideologia que

adota. Admite a alterabilidade significativa da lei, que origina sua problemática interpretativa e decisória. Opõe-se à axiomática e à dogmática, que não admitem os problemas jurídicos, atendo-se à univocidade "das palavras da lei" à clareza e inalterabilidade da significação jurídica dos textos legais.

Neste nosso estudo, temos nos valido principalmente de elementos da lingüística; o que significa a adoção das linhas de pensamento tópico e retórico (haja vista a relevância atribuída à teoria da argumentação, nos capítulos precedentes). Ao mesmo tempo, não descuramos da idéia de sistema. Isto porque, como CANARIS<sup>339</sup>, não vemos entre o pensamento tópico e o sistemático nenhuma oposição fundamental, sendo possível, inclusive, a junção de ambos em um "sistema tópico"<sup>340</sup>.

Não se trata de contemporizar situações polares, nem tampouco de buscar soluções intermediárias ou

---

<sup>339</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm, *op cit*, p. 243, nota de rodapé 1 a.

<sup>340</sup> Para VIEHWEG, *apud* CANARIS, *op cit*, o "sistema tópico" pode ser uma contradição em si, pois um processo que seja parco em conexões, que apenas pretenda dar indicações e que esteja orientado essencialmente ao problema singular o mais estreitamente possível, nunca prossegue a idéia da ordem interior e da unidade, não servindo, portanto, aos conceitos básicos de sistema (N.A.).

conciliatórias que, além de enfraquecerem as teorias, acabam sendo nem uma coisa, nem outra. Pensamos, com HART<sup>341</sup>, que para além do nominalismo que inexoravelmente subjaz a esses temas, temos que considerar os graus<sup>342</sup> que essas questões ocupam no tratamento dos casos<sup>343</sup>:

Não é uma peculiaridade de termos complexos como ‘direito’ e ‘sistema jurídico’ que implica que sejamos forçados a reconhecer não só casos-padrão nítidos, mas também casos de fronteira cheios de interrogações. (...) Algumas vezes, a diferença entre o caso-padrão nítido ou paradigma, relativamente ao uso de uma expressão, e os casos discutíveis é apenas uma questão de grau.

Assim, evitando extremismos, temos considerado, neste trabalho, **o dano moral como um “topói” a ser dito pela linguagem do sistema jurídico. Ocorre, porém, que os instrumentos de que dispõe esse sistema não se têm**

---

<sup>341</sup> HART, H. L. A. **O conceito de direito (questões persistentes)**, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1986, p. 8.

<sup>342</sup> ARISTÓTELES, no prólogo da *Ética a Nicômano*, diz ser próprio do homem culto considerar as coisas senão conforme sua natureza e, por conseguinte, tratá-las em diferentes graus de cientificidade, cf. nota de rodapé nº 2 deste estudo, na p. 15, *in fine*. (N.A.)

<sup>343</sup> HART, H. L. A. *Ibidem*.

**mostrado suficientes**, conforme se depreende do Capítulo 4, “Perspectiva comparada”.

Vimos, também, nos capítulos precedentes que um dos problemas da dicção do dano moral, pelo direito, consiste na carga afetiva que o mesmo conota. Pois bem; essa é mais uma razão para nos respaldarmos nos fundamentos lingüísticos, já que, **para BOBBIO, o emotivismo e a irracionalidade humana podem ser resolvidos pela argumentação**, conforme expõe MIGUEL<sup>344</sup>:

(...) la segunda manifestación racionalista que aparece en la obra madura de Bobbio como limitación del emotivismo puro es también aplicable a los valores últimos por más que no haya conducido claramente hasta ellos. Esta segunda manifestación, consistente en la posibilidad de utilizar la argumentación retórica en materias valorativas, tiene una procedencia que incluso puede datarse con precisión en la producción bobbiana: aparece casi contemporaneamente a la publicación en 1958 de *Traité de l'argumentación*, de Perelman y Olbrechts-Tyteca, como puede verse en la *Teoría della norma giuridica*, publicada esse mismo año, en donde Bobbio recogía aquella posibilidad de argumentar retóricamente dentro de un contexto teórico emotivista.

---

<sup>344</sup> MIGUEL, Afonso Ruiz. **La teoría de la justicia**, (s.l.), p. 343.

Fato é que estamos trabalhando com várias categorias, simultaneamente, no exercício transdisciplinar de empregá-las na reflexão do dano moral. Não devemos esquecer, sobretudo, que juntamente com a idéia de padrão científico da linguagem, temos tomado a noção de mito como um referencial para o dano moral. Para MORIN<sup>345</sup>, devemos estabelecer “uma relação dialógica de igual para igual, com o mito e com a idéia. Não podemos instrumentalizá-los totalmente (...), mas podemos controlar-nos mutuamente. A razão deve, naturalmente, criticar o mito, mas não dissolvê-lo. Se ela pensa tê-lo dissolvido é porque, então, ela própria se tornou mito.”

Assim, a possibilidade metodológica que se nos apresenta como a mais plausível para este estudo, no qual se pretende articular lingüística, metodológica, lógica e teoria do conhecimento, para dissecar algumas fímbrias ocultas do

---

<sup>345</sup> MORIN, Edgar. **O método IV - as idéias**, Publicações Europa-América, Lisboa, 1991, p. 220.

dano moral, é a “obra aberta”, sob pena de nos diluirmos por entre as teorias.

#### 7.4 A opção metodológica em “sentido aberto”

Diante da constatação - de que a realidade jurídica se contém muito em palavras e que há uma crise que desborda dessa contenção -, pareceu-nos uma alternativa viável estudar essa situação a partir do sinônimo mito/linguagem porque, segundo BARTHES<sup>346</sup>, “a língua propõe ao mito um **sentido aberto**”, porque “em volta do sentido final permanece sempre uma espessura virtual onde flutuam sempre outros sentidos possíveis”.

Esses “sentidos abertos”<sup>347</sup>, como uma escolha metodológica, não pode ser entendido como “bricolage”<sup>348</sup>,

---

<sup>346</sup> BARTHES, Roland. *Mitologias*, *op. cit.*, p. 153.

<sup>347</sup> PANNOF, Michel. **É preciso que um mito seja aberto ou fechado** (*in* Atualidade do mito), Duas Cidades, São Paulo, 1977, p. 105.

<sup>348</sup> O vocábulo *bricolage* (*bricole*, *bricoleur*, *bricoler*) é empregado no sentido de trabalho sem plano definido, que não se vale dos métodos convencionais e nem tampouco das matérias-primas usuais; mas que elabora seus produtos a partir das sobras de outras matérias (N.A.)

até porque seriam vocábulos reciprocamente excludentes, já que o “bricolage” é ametódico. O entendimento mais adequado seria o proposto por Umberto ECO<sup>349</sup>, ao falar da “obra-aberta”:

A poética da obra ‘aberta’ tende (...) a promover no intérprete ‘atos de ‘liberdade consciente’, pô-lo como centro ativo de uma rede de relações inesgotáveis, entre as quais ele instaura sua própria forma, sem ser determinado por uma necessidade que lhe prescreva os modos definitivos de organização da obra fruída. A obra aberta, ainda que nem sempre materialmente inacabada, exige uma resposta livre e inventiva, mesmo porque não poderá ser realmente compreendida num ato de cogenialidade com o ator. Acontece, porém, que essa observação constitui um reconhecimento a que a estética contemporânea só chegou depois de ter alcançado consciência crítica do que seja a relação interpretativa.

Enquanto ciência intersticial, que cuida desse corpo móvel que separa o impossível do possível, cientificamente, a metodologia é tão durável quanto o pensar humano, e nesse sentido ela é eterna.

---

<sup>349</sup> ECO, Umberto. **Obra aberta (forma e indeterminação nas poéticas contemporâneas**, 4<sup>a</sup> ed., Perspectiva, São Paulo, 1986, p. 41 e 42.

A diversidade da história e das sociedades tem sido, para a metodologia, uma espécie de âncora. É preciso fixar bem os objetivos e manter o olhar bastante firme quando parecerem esmaecer as âncoras, como as mudanças de paradigmas, das quais nos fala KHUN<sup>350</sup>.

E é assim, com essa disposição em “sentido aberto” - uma atitude muito mais do espírito que do intelecto - que percorreremos as idéias da próxima seção deste trabalho.

### **7.5 A essência do fundamento e as aventuras da diferença (ou a liberdade de pensar)**

A alusão, no título desta seção, às obras de HEIDEGGER<sup>351</sup> e VATIMO<sup>352</sup>, respectivamente, é uma metáfora para expressar, ao final deste estudo, que talvez

---

<sup>350</sup> KHUN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**, 4<sup>a</sup> ed., Perspectiva, São Paulo, 1996.

<sup>351</sup> HEIDEGGER, Martin. **A essência do fundamento**, Edições 70, Lisboa, (s. d.).

<sup>352</sup> VATIMO, Gianni. **As aventuras da diferença**, Edições 70, Lisboa, (s.d.).



estejamos a meio caminho de um ocaso metodológico, em cujo cadinho não cabem mais o homem e a realidade. Mas a “aventura” de um novo alvorecer, com seguras luzes para o método, só acontecerá se preservarmos a inteligência já construída, que é a “essência do fundamento”. Parta-se, assim, do real e possível para o provável; mas urge partir.

A diferença das concepções metodológicas acontece conforme as concepções teóricas do sujeito, como fala BADIOU<sup>353</sup>: “A questão dos direitos humanos estão hoje na ordem do dia. Ora, o tema dos direitos do homem supõe a existência do Homem; supõe uma idéia do Homem. Finalmente, a teoria dos direitos do Homem é uma certa filosofia do sujeito.”

Portanto, se a sociedade mudou e, em consequência, mudaram os homens que mudaram a sociedade, **temos que se altera o conceito de sujeito e os discursos dele e sobre ele.**

---

<sup>353</sup> BADIOU, Alain. **Para uma nova teoria do sujeito**, (Trad. de Emerson Xavier da Silva e Gilda Sodré), *in* Conferências Brasileiras, Relume-Dumará, Rio de Janeiro, 1994, 116 p.

Essa “aventura da diferença” na conceituação de um novo homem e seus novos direitos decorrentes, é a **descoberta de uma nova verdade, relativa a esse homem e a seu mundo.**

Por isso BADIOU<sup>354</sup> enfatiza a premência da “ética de uma verdade, aquilo que regula a presença de alguém na composição de um sujeito de verdade”.

A seguir veremos alguns apontamentos obtidos em estudos recentes sobre Metodologia Avançada, que podem ser configurados como subsunções das novas perspectivas metodológicas.

---

<sup>354</sup> BADIOU, Alain. *op. cit.*

### 7.5.1 Algumas tendências da metodologia contemporânea

A liberdade de pensar, em nosso tempo futuro está na liberdade de percorrer direções diferentes, em contraponto ao “mito do método”<sup>355</sup> único, que fez o caminho da investigação, quase que exclusivamente, o nosso tempo presente.

Essa liberdade em diferentes direções, compatível com o conceito hermenêutico de “obra aberta”<sup>356</sup>, parte de **espaços científicos não evidentes, como a não-ciência de POPPER e o não-direito de CARBONNIER**. Por razões assim foi que BACHELARD<sup>357</sup>, ao ser indagado sobre “o que é ciência”, respondeu que, atualmente e doravante só se pode conceituar “ciência” a partir do que se considerar

---

<sup>355</sup> *Supra*, item 7.3. *A autopoiesis e o mito do método*, e CARDOSO, Miriam Limoeiro. *Mito do método*, *op. cit.*

<sup>356</sup> *Supra*, item 7.4. *A obra aberta e supra*, item 7.2, *Metodologia e hermenêutica*.

<sup>357</sup> BACHELARD, Gaston. *A epistemologia*, Edições 70, Lisboa (s.d.).

como sendo o “espírito científico”. Com isto, quer ele dizer que **o que está em jogo é a atitude do pesquisador em relação ao objeto de sua investigação.**

Para KUHN<sup>358</sup>, a exequibilidade e o avanço dessa nova possibilidade metodológica consiste na **manutenção de um grau de tensão necessário e suficiente, entre as diversas direções, para garantir a continuidade da investigação, tanto em novos aspectos, como no aprofundamento dos achados.**

É necessária, também, **uma flexibilidade nesse zênite ou campo de força, para possibilitar o fluir e refletir das trocas científicas, de modo a não confinar em si mesmas as conclusões, mas ao contrário, estimular o debate e por aí fazer o crescimento**<sup>359</sup>.

O futuro do estudo das ideologias pode entrar na investigação do mito<sup>360</sup> que (como rede de conceitos)

---

<sup>358</sup> KUHN, Thomas S. **A tensão essencial**, *op. cit.*, p. 226-7.

<sup>359</sup> *Supra*, Capítulo 2, item 2.2.1, *Unidade na diversidade*, p. 63, sobre a tensão entre o geral e o particular) o necessário e o contingente, o principal e o acessório

<sup>360</sup> GRANGER, Gilles-Gastor. **Por um conhecimento filosófico**, *op. cit.*, p. 155.

auxiliado pela lingüística, oferece novas possibilidades de análise. GRANGER aponta também a imprescindibilidade de novos modelos lógicos para a operacionalização da ciência.

Vários autores concordam que existe um certo “moralismo subjacente” à obra de POPPER<sup>361</sup>, quando fala dos princípios éticos do pesquisador como elementos da própria pesquisa. Esse pode ser um fator inderrogável, também, no método do futuro.

No caso da ciência jurídica, a produção teórica, como “estado da arte” metodológico, pode se fazer em “obra aberta”; mas não pode descurar de todos os princípios que têm sido a base histórica do direito. Uma interessante alternativa metodológica para o direito pode ser a formulação do *sistema móvel e cláusula geral*<sup>362</sup>, onde o sistema móvel, na medida em que permite avaliações

---

<sup>361</sup> POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**, 9ª ed., Cultrix, São Paulo, 1993.

<sup>362</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, *op. cit.* P. 141 e segs.

casuístas, ocupa uma posição intermediária entre previsões normativas rígidas e cláusulas excessivamente amplas, genéricas.

Na opinião de WARAT<sup>363</sup>:

(...) Em nossa ótica atual do Direito (como objeto determinado a partir de uma teoria), existe a previsão dos espaços que devem ocupar a metodologia e a epistemologia, mas não se pode dizer que existem condições para que os pesquisadores do Direito possam reconhecer e posteriormente apontar - com consciência clara - questões metodológicas e epistemológicas.

Porque no direito, ao mesmo tempo em que, com WIEACKER<sup>364</sup>, precisamos de “uma metodologia segura que acerte o passo com o pensamento da sua época”, não podemos emitir “mensagens que neguem os códigos”<sup>365</sup>; mas que os ampliem, e assim já transformem. Mesmo porque, é o

---

<sup>363</sup> WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e metodologia jurídica - proposta para uma demarcação de seus campos** (*in* Introdução geral ao direito, t. II, A epistemologia jurídica da modernidade), SAFE, Porto Alegre, 1995, p. 48-9.

<sup>364</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**, 2ª ed., Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1993, p. 722.

<sup>365</sup> ECO, Humberto. **As formas do conteúdo (Os percursos do sentido)**, Perspectiva, São Paulo, 197, p. 75.

próprio ECO<sup>366</sup> um dos que demonstra como foram transpostas algumas barreiras semióticas e, com isso, superados os limites da interpretação e das possibilidades para se fazer ciência.

---

<sup>366</sup> *Idem.* **Os limites da interpretação**, Perspectiva, São Paulo, 1995.

## CONCLUSÕES<sup>367</sup>

1. A ciência só se desenvolve por causa e através das linguagens que lhe possibilite viabilizar-se. Desse modo, a ciência é um processo cumulativo de linguagens e discursos feitos por meio dela, sendo que toda pesquisa implica em uma triagem fragmentada e discricionária de informações.
  - 1.1 O estudo da ciência e de suas linguagens não escapa do problema das ideologias e de sua interpretação como fenômeno inexpugnável e subjacente a toda e qualquer linguagem, mormente a jurídica, que trabalha muito proximamente com o problema do valor.
  - 1.2 A linguagem do direito é científica quando assume sistematicidade. Porém, não se pode confundir o caráter sistemático do direito com a dogmática do direito, o que admite a possibilidade da interdisciplina.

---

<sup>367</sup> Observação: Os números itenizados à esquerda da conclusão correspondem às subdivisões do plano do trabalho, conforme indica o índice de matérias.



- 1.3 Se a linguagem se constrói em códigos, a sua análise se faz, evidentemente, pela decodificação. Aí encontramos os *topói*, que são os lugares argumentativos, no caso, do dano moral.
- 2.1 Aplicamos o método antropológico e o sociológico para a dissecação da tópica constitutiva do dano moral, e encontramos que a unidade de análise da Antropologia contemporânea continua sendo o comportamento e o sentido da ação social, na acepção weberiana<sup>368</sup>. Evita abordagens herméticas, por parecerem perigosas, como risco de fechamento e estagnação, até porque considera que muito pouco adianta extrair conceitos e encarcerá-los em esquematismos inflexíveis.
- 2.2 Na dissecação dos *topói*, deparamo-nos com conteúdos subliminares ao valor aparente. Sugere-se a decodificação dessas linguagens em sucessivos planos, para fins meramente didáticos. Adota-se a formulação de “condição humana”, proposta por ARENDT, como

---

<sup>368</sup> WEBER, Max. **Ação e relação social**, in Sociologia e sociedade, *op cit*, p. 139 e segs.

pacto semântico. Nesses sucessivos planos subjacentes aos *topói*, verifica-se a existência de esquemas multipolarizados de valores, conforme entende MORIN.

2.2.1 Os aparentes paradoxos da linguagem objetiva, como, por exemplo, a quantificação do dano moral, e outros “saltos epistemológicos”, podem ser explicados como unidade na diversidade, a partir dos esquemas multipolarizados de MORIN.

2.3 O estudo das cargas valorativas na cultura remonta ao problema do mito e, mais anteriormente, dos arquétipos. A análise mítica do dano moral permite uma descrição desse fenômeno jurídico, sob outro viés, já que o mito é, para BARTHES, a forma que reveste um conceito em sua manifestação no interior da cultura.

2.3.1 Se a consciência social repudia o descabo moral, é merecido o seu estudo enquanto representação coletiva.

2.3.2 Anota-se, na análise antropológica do direito moral, o argumento segundo o qual o comportamento moral pode ser um impulso biológico, e o comportamento amoral

implica em desajuste funcional, refletindo-se sobre o determinismo que essa assertiva pode encerrar, após tantos séculos de busca das liberdades, dentre elas, de pensar e agir.

3. A dogmática jurídica conceitua o dano moral como prejuízo de natureza extrapatrimonial, emocional e simbólica, que se exterioriza pela dor, pelo sofrimento ou pela humilhação.
4. A análise comparada do direito moral dogmático revela a contenção nos modelos científicos quantitativo e qualitativo, com relativa dificuldade na interseção desses dois códigos.
5. A superação dessa formulação enseja o estudo da Lógica e do Método.
- 5.1 A descrição das linguagens comparadas do direito moral é congruente com a descrição da linguagem mítica feita por BARTHES, no que se refere à densidade ou espessura fraseológica: as linguagens mais míticas são as mais homogêneas; tecem-se de hábitos, repetições e

palavras-chave, constituindo um idioleto específico. Verificamos que a linguagem que não apresenta características específicas, torna-se hipossuficiente para a jurisdição do dano moral. Essas características são a quadratura da quantidade, qualidade, nexos causal, patrimônio, intencionalidade, contratualismo e suasão.

5.2 Da análise da lógica da normatização, concluímos que as decantações dogmáticas não têm dado conta do dano moral, provavelmente porque há outras lógicas subjacentes ao direito moral, donde se infere a existência de uma crise no modelo jurídico-real, crise nominalista ou “crise dos conceitos”, em vários segmentos do discurso jurídico.

5.3 Constata-se a preocupação lingüística dos juristas no âmbito material e processual, em face das supranacionalidades e da globalização.

5.4 Por todas essas razões, importa cada vez mais o estudo da lógica e da argumentação, pela qual se faz o raciocínio jurídico e que culmina, como produto do

trabalho argumentativo, pela decisão judicial ou sentença. Nesse trâmite, porém, o raciocínio não é operado de modo totalmente livre, mas subordina-se a alguns condicionamentos, que são:

- a) a presunção (*juris tantum*), que indica o quanto a efetividade do convencimento pode depender da condução da argumentação;
- b) a prova, fator objetivo e preponderante, que subordina todos os demais;
- c) a legislação substantiva e adjetiva, que faz o “rito de passagem” do código da realidade social para a realidade jurídica, circunscrevendo-a em determinadas prescrições.

Algo se perde nessa transposição de uma realidade à outra, de modo que, na maioria dos ordenamentos jurídicos analisados, até o presente momento, o direito está dizendo o dano moral de modo satisfatório, conforme se examina neste estudo.

O direito positivo ocidental, do modo como está organizado, parece não levar a termo a realidade “dano moral”; é como se fossem universos distintos, entre os quais medeiam hiatos que os ordenamentos jurídicos positivados não conseguem sistematizar.

Vimos que o discurso científico do direito adota o modelo racionalista-cartesiano, pelas suas características argumentativas, e que o nosso problema está em dizer o dano moral, com toda a sua carga mítica, por meio da linguagem desse modelo científico.

5.5 O Direito Moral, pelo modo como tutela a moral, fundamenta-se na responsabilidade como síntese dos *topói* “compromisso” e “afetividade”, porque a dor e o sofrimento apontados pela dogmática jurídica, como características do dano moral, são funções psíquicas pertencentes ao plano afetivo.

5.6 Por isso, como dois dos principais códigos míticos da linguagem jurídico-moral podem ser o compromisso e a afetividade, decorre que a dificuldade enfrentada pelo

direito posto em dizer o dano moral pode ser, com efeito, em parte, de ordem lingüística. A explicação está na distinção entre cognição e emoção, que tradicionalmente foram objetos de diferentes discursos. Então, além do problema epistemológico que o direito enfrenta ao tratar o dano moral - que se refere ao modelo objetivo de cientificidade - aventa-se uma outra dificuldade, agora de ordem ôntica: a da distinção entre os estatutos lingüísticos dos sentidos da cognição e da emoção.

5.7 A afirmação de que o direito moral é eudemonista advém da análise da origem mítica e semântica do dano moral, enquanto avesso, violação ou negação de um padrão de equilíbrio, de um bem-estar psíquico-espiritual estimável, que, na falta de expressão melhor, denominamos *felicidade*, e, que compõe o arcabouço do direito moral. Portanto, o mito pode não ser o dano moral; mas sim a *felicidade*, o direito moral. Além disso, constatamos que todas as descrições vocabulares

e antropológicas da infelicidade são compatíveis com o conceito de prejuízo moral. Por causa da mentalidade quantitativa que impregna o caráter da cientificidade, a avaliação que o direito tem procedido acerca do dano moral é a sua medição, a sopesação dos graus de felicidade e sofrimento.

É possível que o pudor dos juristas no trato da felicidade resida no “perfume metafísico” que lhe foi outorgado por grande parte das filosofias morais. Nesse caso, uma solução que nos parece plausível, porque escapa dos pruridos metafísicos, é considerar, para os efeitos jurídicos, a felicidade senão na “condição humana”, do modo concebido por ARENDT, como fator de viabilização do direito moral ou da *felicidade*.

É inegável, todavia, que o *topos* do dano moral pode ser a *felicidade*.

6.1 A Teoria do Conhecimento preocupa-se com o modo e os sentidos pelo qual a inteligência capta o real sensível. O direito, nessa apreensão, vale-se de determinados



códigos lingüísticos e científicos, que redundam em um produto específico, nem sempre satisfatório a todas as questões da realidade. Adotou-se como paradigma deste trabalho o pressuposto kantiano, para o qual a função do pensamento no juízo pode compreender-se sob quatro títulos, a saber: quantidade, qualidade, modalidade e relação. Ora; ao quantificar o dano moral, o direito faz o conhecimento parcial dessa realidade, já que emprega preponderantemente apenas uma das categorias do entendimento.

Quando, para conhecer o dano moral, a linguagem jurídica emprega a categoria da qualidade, além da quantidade, parece não conseguir relacioná-las satisfatoriamente entre si, conforme se infere do estudo da doutrina comparada.

A linguagem estimável para o dano moral, por evidente, seria a mais tautológica possível em relação aos conteúdos, e isso só poderia ocorrer na medida do

emprego de todas as categorias, o que, segundo KANT, conferiria unidade ao conhecimento.

Concluímos, então, que se a realidade adentra à inteligência humana, como quer KANT, por essas quatro vias ou esquemas que não têm sido de todo explorados pelo direito, daí podem derivar os hiatos na linguagem e, por conseguinte, no tratamento dos fatos.

6.2 A razão da preferência pelas quantidades, além dos motivos históricos da ciência, é que as quantidades fornecem a situação do objeto no espaço, o que proporciona ao sujeito a sensação de segurança (espacial) do conhecimento. É por isso que tudo o que podemos medir e contar parece-nos sempre mais verdadeiro do que outras descrições, como, por exemplo, as qualitativas.

6.3 As quantidades, modalidades e relações podem consistir em novas perspectivas para o estudo do direito moral.

Ainda que estejamos longe da dicção plena do descabo moral, podemos, com efeito, produzir mais linguagens sobre ele.

6.4 Há outras possibilidades de investigação da lógica e da espessura da linguagem do direito moral, hauridas da Estética e da Hermenêutica, como um diferente talhe na Epistemologia do direito moral. Decorre da analogia entre *mimese*, *poiésis*, *muthus* e a *diégesis* Aristotélica, tidas pela Estética como a linguagem de suficiente pujança ou carga semântica para dizer a tragédia. Na *diégesis* é que se constitui a trama que confere ou não espessura à linguagem. É o papel do conhecimento, que transforma a ignorância em situação do saber. Ora; esta reflexão é adrede às nossas preocupações sobre sobre com que modos mais podemos pensar e falar o direito moral; se a linguagem dogmático-jurídica é suficiente para dele dar conta e se já não é hora de nos debruçarmos, no estudo da sintaxe e da semântica,

sobre a estranheza dos incidentes emocionais ao intelectualismo, na procura da inteligibilidade.

6.5 As lógicas paraconsistentes são consideradas como lateralidade à idéia central do estudo, sendo preferíveis as lógicas modal e relacional, na medida em que podem complementar o esquema kantiano do conhecimento da realidade, sem conflitar com os sistemas lógico-lingüístico e o jurídico postos.

7.1 O discurso do método jurídico, tradicionalmente, tem se caracterizado pelos princípios, dentre outros, da causalidade, imputação e da prova, *par i passu* à ciência moderna.

7.2 As variações a esse modelo ocorrem por conta da Hermenêutica e dos desdobramentos de suas matrizes, pois é na interpretação que o pensamento jurídico alcança maior liberdade. A importância da Hermenêutica, no momento da crise conceptual, é cada vez maior, porque não há método sem interpretação e da interpretação resulta o método.

7.3 Indiscutível a importância da teoria autopoietica no âmbito do direito, seja na auto-referência lingüística dos processos cognitivos, no paradoxo da recursividade e auto-inclusão lógico-lingüística e, principalmente, na concepção de sistemas auto-referenciais de comunicação. Isto reforça a autonomia jurídica, como querem alguns; ou acentua a autofagia, como dizem outros. É preciso cuidar, todavia, para que não se incorra na situação tida como “mito do método”, caracterizado pelo aprofundamento teórico apenas em seu próprio bojo, uma espécie de confinamento, um ensimesmamento narcisista, em que a reflexão teórica gira em torno de si própria, cada vez mais, perdendo assim, os seus vasos comunicantes com o real concreto, num processo de auto-aniquilação.

7.3.1 Parece-nos aparente a suposta contradição entre pensamento tópico e sistemático, sendo possível, inclusive, a junção de ambos em um “sistema tópico”. Como o dano moral implica num *topói* a ser dito pelo

sistema jurídico, cujos instrumentos, até o presente, não se mostraram de todo suficientes para essa tarefa, podemos concluir, com BOBBIO, que o emotivismo e a irracionalidade humana podem ser resolvidos também pela argumentação. A teoria argumentativa comporta o não-antagonismo entre as concepções sistêmica e tópica.

7.4 A opção metodológica em “sentido aberto” foi adotada como a alternativa mais viável para a compreensão desta comunicação e de suas intenções, porque a “obra aberta” pressupõe que em volta do sentido final permanece sempre uma espessura virtual onde flutuam outros sentidos possíveis. É uma atitude tanto do espírito para como do intelecto, fundamental para o prosseguimento das investigações nessa linha de raciocínio.

7.5 A análise do dano moral no direito pátrio e comparado revela fundamentos essenciais, sólidas bases já estabelecidas; mas reclama por novas modalidades,

relações e métodos que tornem possível e verdadeira a dicção jurídica do dano moral. Nos últimos tempos, em face das intensas transformações havidas na sociedade, altera-se o conceito de sujeito e os discursos sobre ele.

7.5.1 Por essas razões, foram examinadas algumas das principais tendências em Metodologia Avançada, onde se verifica que a tônica está sobre a liberdade de percorrer direções diferentes, em contraponto ao “mito do método”. Não se parte mais somente de evidências, como no período cartesiano, em que a ênfase estava principalmente sobre a coleta de dados e a verificação do experimento; mas parte-se também, para a investigação científica, de espaços não-evidentes, como a não-ciência de POPPER e o não-direito de CARBONNIER, com a ênfase muito mais sobre a hipótese. O espaço que medeia a ciência e a não-ciência é considerado como o mais propício para os achados. Como se vê, o que está em jogo, na manutenção das

novas possibilidades metodológicas, é a atitude do pesquisador em relação ao objeto de sua investigação.

### **Observação final**

Vimos, no decurso desta comunicação, que a síntese do conhecimento da realidade (ou a sua possível completude) se faz, segundo KANT, pelo emprego das quatro categorias do juízo, que são as quantidades, qualidades, modalidades e relações. Se empregarmos uma ou algumas categorias, apenas, é provável que obtenhamos sínteses parciais do conhecimento.

Vimos também que o Direito Civil continental tem elaborado, na avaliação do dano moral, intelecções quantitativas e qualitativas, nem sempre sendo possível a junção, conjunção ou disjunção dessas formas de saber.



Cumpra observar, porém, o que ocorre no Brasil, em relação ao desenvolvimento doutrinário, legislativo e jurisprudencial do tema.

Em nosso País aceita-se majoritariamente a postura reparatória do dano moral, sob a ótica compensatória. Adota-se, também, o sistema misto de responsabilidade, que comporta a aceção da Teoria Objetiva e também a da Teoria da Vontade. Na avaliação do dano moral, o comportamento do Tribunais é no sentido de acatar as avaliações quantitativas e qualitativas. Esse panorama doutrinário e pretoriano revela-nos uma considerável latitude, que se pode configurar como fertilíssimo para o despontar de novas concepções teóricas, jurídicas e práticas.

O mesmo perfil pode ser haurido das disposições legais que regulamentam o tema.

A par da generalidade constitucional, algumas possibilidades - que em outros ordenamentos poderiam ser tidas como ambíguas ou antinômicas - em nosso País, são viáveis, por exemplo:

A Constituição Federal, no art. 7º, inciso IV, *in fine*, define as atribuições do salário mínimo, vinculando-as à moradia, alimentação, educação, saúde, vestuário, lazer, higiene, transporte e previdência social, sendo verdade a sua utilização para qualquer outro fim.

No entanto, a Lei de Imprensa, de 1967 (portanto anterior à promulgação da CF), a par de outras leis e da jurisprudência, têm tornado aceitável a fixação do *quantum debeat* em salários mínimos, no caso da reparação da lesão moral, sem que isso tenha comportado, até o presente momento, qualquer argüição da inconstitucionalidade.

A questão tange também alguns outros contornos, por exemplo:

- decisões reiteradas com base em um fator ou índice tenderiam a constituir, ao longo do tempo, uma “unità di misura”, o que, no caso do dano moral, aduz a uma discussão de grande porte;

- ao tratar do arbitramento, a doutrina em geral refere-se à faculdade que tem o juiz de decidir e julgar

criteriosamente, apreciando os elementos da prova, aquilitando os fatos e as fórmulas conforme seu convencimento e as circunstâncias. A esse conceito acrescente-se que arbítrio é o poder de alguém se determinar consoante os ditames da própria vontade, isto é, fugindo a outras imposições, que não sejam as que derivam de suas próprias razões. Desse modo, é de se indagar sobre uma possível pureza ou genuinidade do arbitramento ou de sua natureza jurídica, para saber até que ponto a fixação por índices poderia descaracterizá-la ou limitá-la.

Alega-se que é a natureza da indenização que permite a fixação em salários mínimos; mas não a do dano moral em si. Este deveria ser arbitrado em um montante geral, um valor global, sem a necessidade de justificar “de onde” foi tirado esse valor, ou sobre “como” se chegou a essa conclusão, porque essas são características das liquidações por artigos e não por arbitramento. A questão pode ser explicada, pois, na mensuração dos valores para o dano moral mesclam-se vários critérios, por exemplo: os salários

mínimos empregam-se mais nas indenizações por morte ou dano à sua saúde e na fixação de alimentos ou pensão; nos delitos contra a honra, o índice seria a multa penal; no caso dos direito autorais, a multiplicação dos limites fixados para ilícitos na área da imprensa; no caso do erro profissional, a multiplicação dos honorários que lhe seriam devidos. Assim, tanto os limites fixos como as arbitragens não são fixas, têm igualmente orientado o âmbito das decisões.

Outro exemplo que caracteriza a presença de critérios múltiplos no direito brasileiro é o que relata alguns casos de liquidação dos danos morais tendo por base os lucros cessantes. Esse procedimento, em alguns países (v.g. o Chile), seria inadmissível, por caracterizar a confusão entre distintos institutos civilistas.

Voltando-se à “unitá di misura”, no caso do dano moral por lucros cessantes, a base já não é mais a do salário-mínimo; mas sim a do salário da categoria profissional. Há ainda as relações com a lei penal e as transposições daquela matéria aplicáveis ao direito moral.

... E assim sucessivamente, poderíamos desfiar minúcias das possibilidades procedimentais abarcadas pela lei brasileira<sup>369</sup>.

Essas questões apontadas são para sugerir que, aquilo que se nos apresenta, à uma primeira vista, como deficiência, pode ser, quem sabe, a melhor oportunidade para investigar e criar. Sob esse ângulo de visão, o direito brasileiro, por sua amplitude legislativa e jurisprudencial, aliados às características da calorosa e humanista cultura de nosso povo, bem como a estudiosos e juristas de escol, podem germinar interessantes contribuições acerca do direito moral.

Não é nosso propósito adentrar ao mérito dessas questões, em discussões no âmbito dogmático. Também não é nossa intenção a reprodução do “mito do método”. Queremos tão somente comentar a enorme fertilidade que se encerra nesse caráter múltiplo, plural e diversificado e ao

---

<sup>369</sup> Vide *supra*, Capítulo 4, *Perspectiva comparada*, item 4.3 *A linguagem do direito moral brasileiro*, p. 147 e segs.

mesmo tempo amplo e extenso, do qual a pesquisa jurídica com metodologia adequada e consentânea, pode dar conta.

O suposto “vazio legislativo” pode ser interpretado muito mais como um universo preñado de significações, onde a exploração jurídico-científica da linguagem assume preponderante papel.

## EPÍLOGO

Esta história pode ser de dois tipos: retrospectiva, para fundamentar uma ordem tradicional sobre um longínquo passado; ou prospectiva, para fazer desse passado o esboço de um futuro que começa a se desenhar<sup>370</sup>.

---

<sup>370</sup> LÉVI-STRAUSS, Claude. **Como eles morrem** (*in* Atualidades do mito). Duas Cidades, São Paulo, 1977, p. 103

## ANEXO 1

### UM PROCEDIMENTO PARA COLABORAR COM A AVALIAÇÃO DO DANO MORAL (OU MODOS, RELAÇÕES E ESPESSURA DA LINGUAGEM NA AVALIAÇÃO DO DANO MORAL)

#### 1.1 Considerações preliminares

A avaliação do dano moral, no direito continental, tem ocorrido pelos métodos quantitativo e qualitativo, com nítida preponderância daquele sobre este, por causa do modelo científico que caracterizou o período moderno e continua a prevalecer contemporaneamente.

Temos como pressuposto básico que a ciência se faz pela construção de linguagens<sup>371</sup>. Portanto, se há dificuldade

---

<sup>371</sup> Sobre esse tema, ver WARAT, Luiz Alberto, *in O direito e sua linguagem. op. cit.*, quando afirma que “onde não há rigor lingüístico não há ciência”; ou ainda “fazer ciência é traduzir numa linguagem rigorosa os dados que a realidade apresenta”. Vide também Capítulo 1 de nossa monografia, *A linguagem como ponto de partida*, *supra*, p 15.



na objetivação dos prejuízos morais, é provável que haja um hiato de ordem lingüística sobre esse tema, no sistema jurídico.

O nosso objetivo não é combater os métodos quantitativos e qualitativos, mas sim oferecer uma sugestão complementar a esses dois métodos; não oposta nem tampouco excludente.

Também não é nosso objetivo formular propostas teóricas conflitantes com o ordenamento jurídico, já que o nosso propósito é ampliar as bases de dicção do direito moral; sem reduzi-las, nem combatê-las.

Assim, o procedimento que estamos propondo quer proferir uma abordagem do dano moral a partir faz categorias kantianas de modo e relação, já que o direito dispõe, efetivamente, das outras duas categorias, que são a quantidade e a qualidade.

É importante deixar claro, desde logo, que este método não vai quantificar o dano moral; não fará a sua tradução numérica nem em cifras. Esta será, provavelmente,

uma etapa posterior ao momento científico em que se encontra o direito moral, e há de ser uma tarefa conjunta dos operadores do direito, acrescida das luzes da transdisciplinaridade.

O que queremos é produzir mais linguagens sobre o dano moral, falá-lo mais, enxergá-lo de outros lugares, sob novos viéses e com isso conhecê-lo mais. Só depois de produzirmos variados conhecimentos<sup>372</sup> e ampliarmos a base lingüística (e, em consequente, hermenêutica) do dano moral, é que obteremos possibilidades metodológicas quantitativas mais apuradas.

Ressalte-se, porém, que objetivar não é sinônimo de quantificar<sup>373</sup>. Objetivar é trazer à tona do saber, portanto, objetivar é conhecer. A confusão freqüente entre “objetividade” e “quantidade” é, no mais das vezes um

---

<sup>372</sup> Sobre isso vide *supra*, item 7.5 *A essência do fundamento e as aventuras da diferença*, p. 324 e especialmente o subitem 7.5.1, *O futuro do método*, p. 327.

<sup>373</sup> *Supra*, Capítulo 6. *O problema da lógica* e todos os seus subitens, p. 246.

inevitável vício da nossa inteligência racionalista-castesiana<sup>374</sup>.

Precisamos, nesse processo de objetivação (que precede e independe da quantificação), somar esforços para **desvendar, sob todos os títulos, o “currículo oculto” do dano moral, através do discurso metódico, em suas possíveis junções, disjunções e conjugações teóricas, uma espécie de exercício da “arte ou ciência das conexões”, pelo aprofundamento das similaridades na diversidade.** Antes da quantificação, do dano moral - vamos retomar a teoria do Conhecimento jurídico<sup>375</sup>.

De acordo com KANT<sup>376</sup>, o conhecimento resulta do método empregado. Na ciência jurídica, se, de um lado, tem-se a autopoíesis<sup>377</sup>, de outro tem-se que “o direito não se explica por si mesmo, pois sua realidade deita raízes sobre a

---

<sup>374</sup> *Supra*, Capítulo 6, subitem 6.2. *A razão das quantidades*, p. 259.

<sup>375</sup> *Supra*, Capítulo 6, item 6.1. *A lógica do conhecimento da realidade*, p. 246.

<sup>376</sup> *Apud.* GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 20ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1997, p. 6 a 7.

<sup>377</sup> *Supra*, item 7.3. *A autopoíesis e o mito do método*, p. 311.

sociedade civil da qual promana e na qual tem sua razão de ser”<sup>378</sup>.

## 1.2 Advertência

a) O fato de sugerirmos um trabalho metódico de avaliação do dano moral com base em duas categorias kantianas - modo e relação - não significa a nossa convicção de que essa seja a lógica cabal do conhecimento. Sabemos dos erros históricos do kantismo e, a bem da verdade, parece-nos bem mais interessante a postura fenomenológica em relação à apreensão do real.

Isso não impede, entretanto, que formulemos nossa proposta metodológica, renovada pelos termos das contemporâneas lógicas modal e relacional, já que o nosso objetivo, como já foi dito, é tecer novas falas sobre o dano moral. Para esse mister, os modos e as relações configuram-

---

<sup>378</sup> ALVES, Alaôr Café. **Estado e ideologia (aparência e realidade)**, Editora Brasiliense, 1987, p. 28-29.

se como instrumentos adequados - dentre tantos outros - pois o que interessa é fortalecer a política dos significados do assunto<sup>379</sup>. Ainda que de forma oblíqua e indireta, são sempre percursos do sentido.

b) É falsa a oposição entre qualidade e quantidade<sup>380</sup>, assim como é falsa a incompatibilidade entre os modos e as relações entre si e para com as demais lógicas do conhecimento<sup>381</sup>. Ao contrário, podem ser complementares reciprocamente, como pretendemos, dependendo da condução discursivo-argumentativa<sup>382</sup>.

c) O método que sugerimos, é por enquanto, uma proposta puramente teórica, onde não há sequer exemplos concretos. Essa decisão fundamenta-se na afirmação de

---

<sup>379</sup> *Supra*, item 7.4 *A opção metodológica em “sentido aberto”*, p. 322 e também *supra*, item 7.5.1 *O futuro do método*, p. 327.

<sup>380</sup> Cf. GRANGER, Gilles-Gaston. **Por um conhecimento filosófico**. (Capítulo 4, *De uma falsa objetivação da oposição qualidade-quantidade*), *op. cit.*, p. 97 e segs.

<sup>381</sup> *Supra*, Capítulo 6, *Qualidade, modos e relações*, p. 264 e segs.

<sup>382</sup> *Supra*, Capítulo 5, item 5.2, *A lógica do direito também está na linguagem*, p. 200 e item 5.4, *O raciocínio jurídico se faz pela argumentação*, p. 216 e segs.

Thomas KUHN<sup>383</sup>, onde diz que o modelo teórico que já se apresenta processado pela aplicação, rouba da comunidade a oportunidade e a validação do experimento, pois a ela compete legitimá-lo, sendo inadequadas, então, quaisquer antecipações. Cabe, às equipes acadêmicas interdisciplinares, bem como aos operadores do direito em geral, **praticar as teorias**.

Idem quanto ao problema da prova do modelo. Ainda para KUHN<sup>384</sup>, discutir o seu mecanismo pode ser o mesmo que falar de técnicas de persuasão ou indução, ou de argumentos e contra-argumentos em uma situação que não pode ser resolvida por provas. É o nosso caso, já que queremos mais linguagens para fazer o conhecimento - e não a prova - do dano moral.

---

<sup>383</sup> KUHN, Tomás. **A tensão essencial**, Edições 70, Lisboa, 1989, p. 376, onde diz:

“O filósofo tem liberdade para substituir regras por exemplos e, pelo menos, em princípio, pode esperar ser bem sucedido ao proceder assim. Durante o processo, contudo, alterará a natureza do conhecimento possuído pela comunidade da qual se tiraram os seus exemplos. O que ele estará a fazer, de facto, é substituir um meio de processamento de dados por outro. A menos que seja extraordinariamente cuidadoso, enfraquecerá o conhecimento da comunidade ao fazer isso. Mesmo com cuidado, mudará a natureza das futuras respostas da comunidade a alguns estímulos experimentais.”

<sup>384</sup> *Idem, Ibidem*, p. 383.

Passemos então ao esquema do método que propomos, elaborado a partir das conclusões obtidas ao longo desta comunicação:

### **1.3 O método sugerido: avaliação modal e relacionai do dano moral - contribuição à espessura da linguagem**

#### **ETAPAS:**

**Primeira:** Tome-se um caso concreto de dano moral. Nada obsta em que seja submetido aos métodos de avaliação já referendados pelo direito; ao contrário, é recomendável que assim se proceda, anterior concomitantemente ou posteriormente ao emprego deste método.

**Segunda:** Estabeleçam-se, para a avaliação do dano moral, as seguintes classes, que correspondem a diferentes esferas da personalidade humana, suscetíveis, dentre outras, de abalo em caso de dano moral:

| CLASSES DE DANO MORAL* |                 |                      |                   |                |
|------------------------|-----------------|----------------------|-------------------|----------------|
| <i>STERESIS</i>        | <i>ATARAXIA</i> | <i>AUTENTICIDADE</i> | <i>ELEÚTHEROS</i> | <i>ANDREÍÁ</i> |
|                        |                 |                      |                   |                |

**\* Legenda:**

- *stéresis*, em Aristóteles (Ética a Nicômano), não é uma carência qualquer; mas a privação daquilo que nos é necessário;

- *ataraxia*, para os estóicos, refere-se à imperturbabilidade, ao equilíbrio psíquico pela ausência de paixões, sejam elas positivas ou negativas.

- *autenticidade*, em Aristóteles (Ética a Nicômano), aparece no sentido de vida pessoal, onde a voz *biós* é empregada com todo rigor. No exame do corpo da felicidade, diz: “seria absurdo não escolher a vida de si mesmo e sim a de outro”;

- *eleútheros*, para Platão, é o que, por possuir alguns bens, basta-se a si mesmo, é independente;



- *andreia*, em Aristóteles (Ética a Nicômano, livro III), pode ser entendida como a capacidade de reação, valentia e enfrentamento das circunstâncias. É o estado de alerta em uma dada situação.

Nesta etapa, o caso concreto de dano moral deve ser submetido a uma avaliação quanto aos abalos a *stéresis*, *ataraxia*, *autenticidade*, *eleútheros* e *andreia* por ele provocados.

**Terceira:** Consiste na avaliação modal do dano moral, já classificado. Esses modos são, portanto, um refinamento ou apuro das classes, configurados em binômios delas derivados, assim:

| CLASSES DE DANO MORAL * |           |                 |                |                      |               |                   |              |                |                      |
|-------------------------|-----------|-----------------|----------------|----------------------|---------------|-------------------|--------------|----------------|----------------------|
| <i>STÉRESIS</i>         |           | <i>ATARAXIA</i> |                | <i>AUTENTICIDADE</i> |               | <i>ELEÚTHEROS</i> |              | <i>ANDREIA</i> |                      |
|                         |           |                 |                | MODOS**              |               |                   |              |                |                      |
| substancial             | acidental | <i>apathéia</i> | <i>abstine</i> | <i>bios</i>          | <i>psiché</i> | <i>poiésis</i>    | <i>ergon</i> | <i>áskesis</i> | <i>circumstantia</i> |

- a *stéresis*, essa carência, deve ser dita se houve de modo **substancial** ou **acidental**, em virtude do dano moral acarretado à vítima, quanto às privações e necessidades.

- a *ataraxia*, como consequência do evento danoso, pode se dar pela *apathéia* (apatia, desânimo para agir) ou pela *abstine* (abstenção como renúncia voluntária, deliberada em função do evento danoso).

- a *autenticidade* pode ser abalada em seu aspecto *bios* (vida anatômica e fisiológica) ou no âmbito da *psiché* (vida psíquica e espiritual).

- a *eleútheros* pode ser danificada em sua manifestação como *poiésis* (capacidade referencial dos segmentos da vida, no plano conceptual e representativo dos valores), ou como *ergon* (perda da capacidade concreta da atividade social e laborativa).

- a *andreía*, ao ser afetada pelo dano moral, deve ter em vista se a sua perspectiva de recuperação é viável pela *áskeis* (assim compreendidos os treinamentos, exercícios e terapias), ou pela *circunstantia* (curso natural da vida, no qual o tempo se encarrega de polir as arestas).

**Observação 1:** os modos podem ser cumulativos, pois não são reciprocamente excludentes.

**Observação 2:** Escolhemos, tanto para a composição das classes como para avaliação dos modos, conceitos da filosofia grega, por ser, aquele período, anterior ao cientificismo baconiano, cujo amálgama impregnou todas as linguagens subsequentes da ciência, inclusive a jurídica<sup>385</sup>. Nada impede, entretanto, que os vocábulos gregos sejam substituídos por outros em português ou qualquer idioma moderno. Ressaltamos, todavia, que muito dificilmente um vocábulo latino, um nossos tempos, possa encerrar conceituações de tal amplitude e carga semântica.

**Quarta:** Refere-se à inclusão dos elementos lógicos relacionais, no esquema das classes e modos, assim:

|                | <i>STÉRESIS</i> |           | <i>ATARAXIA</i> |                | <i>AUTENTICIDADE</i> |               | <i>ELEÚTHEROS</i> |              | <i>ANDREIA</i> |                      |
|----------------|-----------------|-----------|-----------------|----------------|----------------------|---------------|-------------------|--------------|----------------|----------------------|
|                | substancial     | acidental | <i>apathéia</i> | <i>abstine</i> | <i>bios</i>          | <i>psiché</i> | <i>poiésis</i>    | <i>ergon</i> | <i>áskesis</i> | <i>circumstantia</i> |
| reflexividade  |                 |           |                 |                |                      |               |                   |              |                |                      |
| simetria       |                 |           |                 |                |                      |               |                   |              |                |                      |
| transitividade |                 |           |                 |                |                      |               |                   |              |                |                      |
| conexidade     |                 |           |                 |                |                      |               |                   |              |                |                      |

<sup>385</sup> *Supra*, item 5.2, *A lógica do direito também está na linguagem*, p. 200, e 6.2 *A razão das quantidades*, p. 259 e segs.

\*\*\* **Legenda** (Cf. Capítulo 6. O problema da lógica, item 6.3 Qualidades, modos e relações).

- reflexividade...
- simetria...
- transitividade...
- conexidade...

**Observação:** a avaliação das relações do dano moral, pelo emprego das propriedades acima sugeridas, deve ser **descritiva**, já que o objetivo é produzir falas alternativas sobre o dano moral.

É provável que, ao final da descrição por relações, as propriedades acabem por relacionar-se umas às outras ou até se equivalerem entre si, como diferentes dialetos de um mesmo idioma. É de se estimar que assim ocorra, pois para Kant, significa a unidade do conhecimento ou a síntese<sup>386</sup>.

Este método pode ser empregado tanto nos casos de dano moral puro, como nos em que se cumula com prejuízos

---

<sup>386</sup> *Supra*, item 6, O problema da lógica, subitem 6.1, A lógica do conhecimento da realidade, p. 246 e segs.

de outra ordem. Idem quanto ao prejuízos morais contratuais ou não, porque este método não interfere com o sistema jurídico material ou processual, visando tão somente colaborar para a direção elucidativa do descabo.

E assim temos mais uma linguagem sobre o dano moral.

Curitiba, 27 de outubro de 1997.

## ANEXO 2

### LINGUAGEM<sup>387</sup>

Olhei um ponto - que bonito!  
Encontrei outros pontos - que perfeição a diversidade!

Dirigi-me a um, falei com todos.  
A linguagem é a força da minha alma.

Sou forte no diferente; creio no que aprendi, no que vi.  
No entanto, acredito na força do que não vi.

Sou, fui e serei, eternamente, a experiência do contato com um  
ponto, com diversos pontos.

Indago, faço perguntas, sofro a crise do silêncio.  
Percebo o quanto alguns me consideram, enquanto outros  
me repudiam.  
Falo a língua de todos, ouço o que todos falam.

Que interessante: basta ver um igual para sentir-me forte.  
Como custei a compreender que, para ser feliz, teria que me tornar  
também um ponto.

Sendo um ponto, sou um conjunto, tenho forças.  
Sou eu nos outros, os outros em mim.  
Somos todos, falando e ouvindo, sendo, querendo, fazendo,  
aprendendo para ser.

Que formidável! Hoje olho o Universo, olhando para meu corpo  
Já não sinto as grandes distâncias, pois sou a vida, todos os  
caminhos, todas as vontades, todos os pontos.

Eu e os outros fazemos a linguagem do Universo.  
Somos e seremos, eternamente, cada um na força de todos,  
todos na força de cada um.

Que interessante: quando alcanço a percepção da unidade,  
faço identidade, sou eu mais eu, porque todos somos nós.

Falando língua estranha, mesmo assim eu compreendo;  
os outros me compreendem.

Na relação da existência, fui, sou e serei sempre um ponto  
que faz linguagem com outros pontos.

Eu e os outros somos todos nós, no caminho da evolução.

---

<sup>387</sup> CRUZ, Maury Rodrigues da. **Identidade paradoxos** (escrito e psicogr. Antônio Grimm), SBEE, Curitiba, 1996, p. 63-4.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGOSTINHO, **Confessiones**, (s.l.), (s.d.).

AGUILLAR, Fernando Herren. **Metodologia da ciência do direito**, (prefácio de Eros Roberto Grau), Max Limonad, Rio de Janeiro, 1996.

ALVES, Alaôr Café. **Estado e ideologia (aparência e realidade)**, Editora Brasiliense, 1987.

AMARANTE, Aparecida. **Responsabilidade civil por dano à honra**, 2ª ed., Del Rey, Belo Horizonte, 1994.

ANDERY, Maria Amália et alli. **Para compreender a ciência - uma perspectiva histórica**, 4ª ed., EDUC, 1988.

ANDRADE, Christiano José de. **Hermenêutica jurídica no Brasil**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo (s.d.).

ANDRADE, Manuel A. Domingues. **Teoria geral da relação jurídica**, (Vol I - Sujeitos e Objecto), Almedina, Coimbra, 1992.

AQUINO, Cleber Pinheiro de. **Administração de recursos humanos**, Atlas, São Paulo, 1989.

ARISTÓTELES. **Arte retórica e arte poética** (tradução de Antonio Pinto de Carvalho e estudo introdutório de Goffredo Telles Junior). Tecnoprint, Rio de Janeiro, 1994.

\_\_\_\_\_. **De interpretatione**, Primeiros Analíticos, (s.l.).

\_\_\_\_\_. **Ética a nicômano**, (s.l.).

AUSTIN, J. L. **Philosophical papers**, Oxford University Press, Oxford, 1970.

\_\_\_\_\_. **How to do things with words**, Oxford University Press, Oxford, 1976.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**, Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 1989.

BACHELARD, Gaston. **A epistemologia**, Edições 70, Rio de Janeiro, 1993.

BADIOU, Alain. **Para uma nova teoria do sujeito**, (Trad. de Emerson Xavier da Silva e Gilda Sodré), in Conferências Brasileiras, Relume-Dumará, Rio de Janeiro, 1994.

BARTHES, Roland. **Le degré zéro de l'écriture suivi de éléments de semiologie**, Médiations/Gonthier, Paris, 1968.

\_\_\_\_\_. **Mudar o próprio objeto** (in Atualidades do mito), Duas Cidades, São Paulo, 1977.

BERNARDES, Cyro. **Sociologia aplicada à administração**, 3<sup>a</sup> ed. Atlas, São Paulo, 1990.

BERTELOOT, Pascale. **Babilônia em Luxemburgo - A lingüística jurídica no tribunal de justiça das comunidades européias**, (trad. De Jean François Cleaver) in *Revista de Informação Legislativa*, ano 29, nº 113, Brasília, jan/mar 1992.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993.



- BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**, Edições 70 Ltda, Rio de Janeiro, 1980.
- BOBBIO, Norberto. **Studi sulla teoria generale del diritto**, Giappicheli, Torino, (s.d.).
- BONVICINI, Eugenio. **Il danno a persona** (il danno risarcibile e il suo accertamento - prevácio de Guido GENTILE), Giuffré, Milão, 1958.
- BORDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas** (Org. int. e seleção de Sergio Miceli) Perspectiva, São Paulo, 1987.
- BREBBIA, Roberto H. **El daño moral - doctrina, legislación, jurisprudência**, 2ª ed., ORBIR, Cordoba, 1967.
- BRONDOLO, W.; FARNETI, A; GIANNINI, G. et al. **Medicina e diritto: il danno biologico patrimoniale morale**, 2º ed., Giuffré, Milano, 1995.
- BUERES, Alberto J. **Responsabilidad civil del escribano**, Hammurabi, Buenos Aires, 1979, p. 82.
- \_\_\_\_\_. **Responsabilidad civil de los médicos**, tomos 1, Buenos Aires, 1994, 603 p.
- \_\_\_\_\_. Idem ibidem, tomo 2, Hamurabi, Buenos Aires, 1994.
- BULYGIN, Eugenio. **Normas juridica y analisis logico**, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1988.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989.

- CARBONNIER, Jean. **Flexible droit - pour une sociologie du droit sans rigueur**, LGDN, Paris, 1992.
- CARVALHO, Paulo Barros de. **Curso de lógica jurídica**, (s.l.), 1993.
- CASILLO, João. **O dano à sua pessoa e sua indenização**, 2ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994.
- CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino. **Metodologia científica**, McGraw Hill, São Paulo, 1983.
- CHOMSKI, Noam. **Política y cultura a finales del siglo XX** (em colaboração com a cátedra de Ferrater Mora), 2ª ed., Ariel, Buenos Aires, 1996.
- COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**, 2ª ed., Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991.
- COELHO NETTO, J. Teixeira. **Semiótica, informação e comunicação - diagrama de teoria do signo**, 3ª ed., Perspectiva, São Paulo, 1990.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Reflexões sobre o método do ensino jurídico**, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, V. LXXIV, (s.d.).
- CONTANDRIOPOULOS, André; CHAMPAGNE, Pierre; POTRIN, François; DENIS, Luise; BOYLE, Jean Louis, Pierre. **Saber preparar uma pesquisa**, Hucitec Abrasc, São Paulo, 1994.
- CORDI, Cassiano. *et alli*. **Para filosofar**, Scipione, São Paulo, 1995.
- COSTA, Caetano José da Fonseca. **A indenização autônoma do dano moral**, in *AJURIS* nº 61, Porto Alegre, Julho de 1994.

- COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **O conceito de dano no direito brasileiro e comparado**, in RT, Revista dos Tribunais nº 667, maio de 1991.
- CRUZ, Maury Rodrigues da. **Museu-reflexões**, 1ª ed., Secretaria do Estado da Cultura do Governo do Paraná, Curitiba, 1993.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Introdução à teoria do direito**, Rés, Porto, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Princípios de direito (introdução à filosofia e metodologia jurídicas)**. Rés, Porto, 1995.
- DARWIN, Charles. **A origem das espécies**, Lello & Irmão Editores, Porto, 1931.
- DEMO, Pedro. **Metodologia científica em ciências sociais**, Atlas, São Paulo, 1995.
- DEMOGUE, René. **Traité des obligations en général**, (s.l.), Paris, 1924.
- DESCARTES, René. **Discurso do método** (tradução de Elza Moreira Marcelina), Editora UNB, Brasília, 1985.
- DINIZ, Maria Helena. **A ciência jurídica**, 2ª ed., Resenha Universitária, São Paulo, 1982.
- DUCROT, Oswald. **Argumentação e “topoi” argumentativos** (in história e sentido na linguagem, op. cit.), Pontes, Campinas, 1989.
- DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico** (tradução de Maria Isaura Pereira de Queiroz), 2ª ed., Companhia Editora Nacional, São Paulo, 1960.

ECO, Umberto. **Semiótica e filosofia da linguagem** (tr. Mariarosaria Fabris e José Luiz Fiorin), Ática, São Paulo, 1991.

\_\_\_\_\_. **As formas do conteúdo (Os percursos do sentido)**, Perspectiva, São Paulo, 1997.

\_\_\_\_\_. **Obra aberta (forma e indeterminação nas poéticas contemporâneas)**, 4ª ed., Perspectiva, São Paulo, 1986.

\_\_\_\_\_. **A estrutura ausente** (introdução à pesquisa semiológica), 7ª ed., Perspectiva, São Paulo, 1991.

\_\_\_\_\_. **Como se faz uma tese** (tradução de Gilson César Cardoso de Souza), 10ª ed., Perspectiva, São Paulo, 1993.

\_\_\_\_\_. **Os limites da interpretação**, Perspectiva, São Paulo, 1995.

EWALD, François. **Le droit du droit**, in Archives de philosophie du droit (Le système juridique), t. 31, Sirey, Paris, 1986.

FACHIN, Luiz Edson. Comentário ao Acórdão TJSC - Ap. Cv. 12.332 **Revista de processo nº 27**, ano 7, (Jurisprudência comentada) RT, São Paulo, jul/set 1982.

\_\_\_\_\_. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**, SAFE, Porto Alegre, 1992.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**, 2ª ed., Atlas, São Paulo, 1986.

FILHO, Danilo Marcondes de Souza. **Filosofia, linguagem e comunicação**. Cortez, São Paulo, 1983.

- FORACCHI, Marialice Mencarini; MARTINS, José de Souza. **Sociologia e sociedade**, 13ª ed., Livros Técnicos e Científicos Editora Ltda., Rio de Janeiro e São Paulo, 1988.
- FRANÇA, Limongi. **Hermenêutica Jurídica**, 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 1994.
- FRIEDMANN, W. **Théorie Générale du droit**, vol. VI (Bibliothèque de philosophie du droit), 4ª ed., Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1965.
- FUEYO, Fernando Laneri. **Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones**, Tomo II (El cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones) nº 266, Universitaria, Santiago do Chile, 1958.
- GAMARRA, Jorge. **La cuantificacion monetaria del daño moral**, in AJURIS, nº 61, Porto Alegre, julho de 1994.
- GAVAZZI, Giacomo. **Elementi di teoria del diritto**, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 1984.
- GENTILE, Guido. **Problemi insoluti della valutazione del danno alla persona**, Estratto, Giuffrè, Milão, 1952.
- \_\_\_\_\_. **Tabelle di capitalizzazione per la liquidazione del danno alla persona**, Giuffrè, Milão, 1950.
- GIANNINI, Gennaro. **Il risarcimento del danno alla persona - nella giurisprudenza**, Giuffrè Editore, Milão, 1991.
- GINSBERG, Morris. **The psychology of society**, Methuen Co. Ltda., Londres, 1959.

GONZALEZ, Matilde Zavala de. **Resarcimiento de daños**, vol. 2 (Daños a las personas - Integridad sicofísica), 2<sup>a</sup> ed., 1<sup>a</sup> reimpressão, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.

GRANGER, Gilles-Gaston. **Por um conhecimento filosófico**, Papirus, Campinas, 1989.

GUILHAUMOU, Jacques; MALDIDIER, Denise. **A questão do sujeito como novo objeto de análise de discurso** (in história e sentido na linguagem, *op. cit.*), Pontes, Campinas, 1989.

GUIMARÃES, Eduardo (org.). **História e sentido da linguagem**, Pontes, Campinas.

HADAMARD, J. **The psychology of invention in the mathematical field**, (s.l.), Princeton, 1949.

HART, Leslie Tomasello. **El daño moral en la responsabilidad contractual**, Editora Jurídica do Chile, Santiago do Chile, 1969.

HART, H. L. A. **O conceito de direito (questões persistentes)**, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1986.

HESSEN, Johannes. **Filosofia dos valores**, (Trad. e Prefácio de L. Cabral de Moncada), 4<sup>a</sup> ed., Armênio Amado, Coimbra, 1974.

HEIDEGGER, Martin. **A essência do fundamento**, Edições 70, Lisboa, (s. d).

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidad por daños**, t. IV, Ediar, Buenos Aires, 1985.

\_\_\_\_\_. **Daño moral** (cuantia de resarcimiento por daño moral), (s.l.).

JAPIASSU, Hilton. (*in*: **Interpretação e ideologias**, de Paul Ricoeur), 3ª ed., Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1988.

\_\_\_\_\_. **Francis Bacon - O profeta da ciência moderna**, Letras & Letras, São Paulo, 1995.

JUSTINIANO, de confirmatione digestorum, *in* Corpus Juris Civilis, parágrafo 21, *in fine*.

KERLINGER, Fred Nichols. **Metodologia da pesquisa em ciências sociais**, Editora Pedagógica e Universitária Ltda., São Paulo, 1995.

KÖCHE, José Carlos. **Fundamentos de metodologia científica**, Vozes, Petrópolis, 1982.

KUCHARSKI, Stefan. **Língua como “ser intermediário” entre o homem e a realidade** (teoria lingüística e Leo Weisgerber), *in* *Revista Ciências Humanas*, ano 19, nº 31, Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 1996.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Perspectiva, São Paulo, 1996.

\_\_\_\_\_. **A tensão essencial**, Edições 70, Lisboa, 1989.

LADRIÈRE, Jean. **Filosofia e práxis científica** (org. e int. Olinto Pegoraro; trad. Maria J. G. de Almeida), Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1978.

LAMEGO, José. **Hermêutica e jurisprudência (análise de uma “recepção”)**, Fragmentos, Lisboa, 1989.

LE ROY, Max. **L'Évaluation du préjudice corporel**, Libraires Techniques, Paris, 1956.

LECLERCQ, Jacques. **As grandes linhas da filosofia moral**, Herder, São Paulo, 1967.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Origem e evolução do casamento**, in *Tratado de Direito de Família*, t. I, Juruá, Curitiba, 1991.

\_\_\_\_\_. **A monografia jurídica**, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1985.

\_\_\_\_\_. **O papel do plano na produção científica** (tese apresentada ao concurso para provimento do cargo de professor titular da pesquisa em ciências jurídicas), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1994.

LÉVIS-STRAUSS, Claude. **Atualidades do mito**, Duas Cidades, São Paulo, 1977.

LINTON, Ralph. **O homem: uma introdução à antropologia**, 10<sup>a</sup> ed., Martins Fontes, São Paulo, 1976.

MACHADO NETO, A. L. **Teoria geral do direito como lógica jurídica formal**, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1966.

MAMEDE, Gladston. **Gramática translingüística do processo**, in *Revista de Informação Legislativa*, ano 29, nº 113, Brasília, jan/mar 1992.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Quantificação nos arbitramentos das ações por danos morais**, in *Revista de Direito Civil* nº 69, (s.l.).

MARTINS, Joaquim Batista. **Questões fundamentais de filosofia**, Fesan, São Paulo, 1983.



MARTINS, José Salgado. **O método no direito**, Revista da Faculdade de Porto Alegre, nº 1, ano III, Porto Alegre, 1951.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**, 13ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1993.

MENDES, Antonio Celso. **Direito, linguagem e estrutura simbólica**, 1ª ed., Faculdade de Direito de Curitiba, 1994.

MILLS, C. Wright. **Conseqüências metodológicas da sociologia do conhecimento** (trad. De Ângela Maria Xavier de Brito), in *Sociologia do Conhecimento*, 2ª ed., Zahar, São Paulo, 1974.

MONK, Ray. **Wittgenstein: o dever do gênio** (Tr. Carlos Afonso Malferrari), Companhia das Letras, São Paulo, 1995.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh. **Ressarcimento de danos**, 4ª ed., Âmbito Cultural, Rio de Janeiro, 1992.

MORIN, Edgar. **O método IV - as idéias**, Publicações Europa-América, Lisboa, 1991.

MOSER, Alvino. **Fundamentos da ética dos quadros de uma reflexão existencial**, in *Semana Internacional de Filosofia 3*, Sociedade Brasileira de Filósofos Católicos, Anais, Salvador, 1976.

MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**, L.G.D.J., Paris, 1996.

NEIPP, Vittorio. **Causalidad Juridica y representación**, Ediciones Juridicas Europa-América, Colección Breviários de Derecho, nº 53, Buenos Aires, 1962.

NOT, Louis. **As pedagogias do conhecimento**, Difel, São Paulo, 1981.

OVIEDO, Jose Maria Martin. **Formacion y aplicacion del derecho (aspectos actuales)**, Instituto de Estudios Politicos, Madrid, 1972.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**, Edições 70 Ltda., Rio de Janeiro, 1989.

PANNOF, Michel. **É preciso que um mito seja aberto ou fechado** (*in* Atualidade do mito), Duas Cidades, São Paulo, 1977.

PASQUIER, Claude du. **Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit**, 5<sup>a</sup> ed., Delachaux et Niestlé Éditeurs, Paris, 1979.

PAUPERIO, Artur Machado. **Introdução axiológica ao direito**, Forense, Rio de Janeiro, 1977.

PERELMAN, Chäim e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Trattato dell'argomentazione**, (prefácio de Norberto Bobbio). Einaudi, Turim, 1996.

\_\_\_\_\_. **Tratado da argumentação (a nova retórica)**, Martins Fontes, São Paulo, 1996.

\_\_\_\_\_. **Ética e direito**, Martins Fontes, São Paulo, 1996, p. 470.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**, 3<sup>a</sup> edição atualizada, Coimbra Editora Limitada, 1994.

PIZARRO, Ramon Daniel, **Valoración del daño moral** *in* Revista *La Ley*, tomo E, (s.l.), Buenos Aires, 1986.

PLAZA, Julio. **Tradução intersemiótica**, Perspectiva, São Paulo, 1987.

POGLIANI, Mario *et al.* **Il danno biologico, patrimoniale, morale**, 2ª ed., Milão, Giuffrè, 1995.

POPPER, Karl Rudolf. **A lógica da pesquisa científica** (tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota), 9ª ed., Cultrix, São Paulo, 1993.

\_\_\_\_\_. **Em busca de um mundo melhor**, Fragmentos, Lisboa, 1989.

PUCEIRO, Enrique Zuleta. **Teoría del derecho (una introducción crítica)**, Depalma, Buenos Aires, 1987.

REIS, Clayton. **Dano moral**, Forense, Rio de Janeiro, 1994.

RICOUER, Paul. **Teoria da interpretação**, 4ª ed., Edições 70, Rio de Janeiro, 1989.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e ideologias**, 3ª ed., Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1988.

\_\_\_\_\_. **A teoria da metáfora**, in *Teoria da interpretação* (O discurso e o excesso de significação), Edições 70, Rio de Janeiro, 1976.

ROVELLI, Roberto. **Risarcimento del danno alla persona**, Torino, (s.l.), 1963.

ROTTLEUTHNER, Hubert. **Les métaphores biologiques dans la pensée juridique**, in *Archives de philosophie du droit*, t. 31 (de système juridique), Sirey, 1986.

\_\_\_\_\_. **Un cas récent: l'autopoiésis dans le droit** (Le système juridique en tant que système autopoiétique), in

Archives de philosophie du droit, t. 31, (le système juridique), Sirey, Paris, 1986.

RUBIO, Gabriel Alejandro. **Una asignatura pendiente: la cuantía del daño moral** in X Congreso Nacional de Jovenes abogados, pela Comision Nacional de jovenes abogados, Mar del Plata, 20 e 21 e outubro de 1995.

SALAMA, Alicia Gianella de. **Lógica simbólica y elementos de metodología de la ciencia**, 11<sup>a</sup> ed., El Ateno, Buenos Aires, 1996.

SALDANHA, Nelson Nogueira. **Velha e nova ciência do direito** (e outros estudos de teoria jurídica), Universitária, Recife, 1974.

SANTINI, José Raffaelli. **Dano moral - doutrina, jurisprudência e prática**, Editora de Direito Ltda, Leme, 1997.

SAUSSURE, Ferdinand. **Curso de lingüística general**, Losada, Buenos Aires, 1965.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**, 15<sup>a</sup> ed., Cortez, São Paulo, 1990.

SOUZA FILHO, Danilo Marcondes. **Filosofia, linguagem e comunicação**, Cortez, São Paulo, 1983.

STEIN, Peter. **La réparation morale** (traduction du rapport présenté en allemand à la 4e conférence des avocats - conseils du TCS, le 19 septembre), Publications Juridiques du Touring Club Suisse, Berna, 1968.

TANDOGAN, Halûk. **Quelques problemes relatifs a la responsabilité civile en droits allemand, suisse et français**, Senyuva Matbaasi, Ankara, 1967.

TERCIER, Pierre. **La réparation du tort moral: crise ou evolution?** Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Friburgo, 1977.

\_\_\_\_\_. **Contribution a l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse**, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Friburgo, 1971.

TRIVIÑOS, Augusto N. S. **Introdução à pesquisa em ciências sociais - a pesquisa qualitativa na educação**, Atlas, São Paulo, 1987.

TUNC, André. **La responsabilité civile**. Economica, Paris, 1981.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ, Biblioteca Central. **Normas técnicas para apresentação de trabalhos**, 3ª ed., Ed. da UFPR, Curitiba, 1984, 8 V.

VALLE, Crhistiano Almeida do. **Dano moral**, Aide, Rio de Janeiro, 1993.

VALLER, Wladimir. **A reparação do dano moral no direito brasileiro**, E.V. Editora Ltda, 2ª ed., Campinas, 1994.

VATIMO, Gianni. **As aventuras da diferença**, Edições 70, Lisboa, (s.d.).

VERA, Armando Asti. **Metodologia da pesquisa científica** (tradução de Maria Helena Guedes Crespo e Beatriz Marques Magalhães), 5ª ed., Globo, Porto Alegre, 1979.

VERNENGO, Roberto José. **Curso de teoría general del derecho**, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976.

VITALI, Vittore. **Del danno** (della region civile al resarcimento-dei criterii e modi per la liquidazione), 2<sup>a</sup> ed., Editrice Giacomo Favari, Piacenza, 1892.

WARAT, Luiz Alberto (com a colaboração de Leonel Severo da Rocha). **O Direito e sua linguagem**, 2<sup>a</sup> versão, 2<sup>a</sup> ed. Aumentada, SAFE, Porto Alegre, 1995.

\_\_\_\_\_. **O grau zero e o grau histórico das significações do direito** - um modelo de idéias para armar (*in* Introdução geral ao direito, t. II, A epistemologia jurídica da modernidade), SAFE, Porto Alegre, 1995, p. 321.

\_\_\_\_\_, **A teoria crítica do direito e as condições de possibilidade da ciência jurídica** (*in* Introdução geral ao direito, t. II, op cit) , p. 348.

\_\_\_\_\_. **Interpretação da lei - temas para uma reformulação** (Introdução Geral do Direito, vol I), SAFE, Porto Alegre, 1994.

\_\_\_\_\_. **A epistemologia jurídica da modernidade** (Introdução Geral do Direito, vol II), SAFE, Porto Alegre, 1995.

\_\_\_\_\_. **Epistemologia e metodologia jurídica - proposta para uma demarcação de seus campos** (*in* Introdução geral ao direito, t. II, A epistemologia jurídica da modernidade), SAFE, Porto Alegre, 1995.

\_\_\_\_\_. **O direito não estudado pela teoria jurídica moderna** (Introdução Geral do Direito, vol III), SAFE, Porto Alegre, 1997.

WARNER, Attorney Ralph. **Small claims court** (how to prepare your case, win in court, colect your money), 16<sup>a</sup> ed. Nolo Press Self, Berkeley, 1995.

**WATSON, E. H. e LOWEY, G. H. Crecimiento y desarrollo del niño, (s.l.), Trillas, 1974.**

**WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet; JACKSON, Don D. Pragmática da comunicação humana (tr. Álvaro Cabral), Cultrix, São Paulo, 1967.**

**WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno, 2ª ed., Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1993.**

**ZENUN, Augusto. Dano moral e sua reparação, Forense, Rio de Janeiro, 1994.**

## ÍNDICE ONOMÁSTICO

1. ABBAGNANO, 265;
2. ADEODATO, João Maurício. 239; 256
3. AGOSTINHO, 61
4. AGUILLAR, Fernando Herren. 206
5. ALVES, Alaôr Café. 359
6. ANDRADE, Manuel A. Domingues. 36
7. AQUINO, Cleber Pinheiro de. 180
8. ARENDT, Hannah. 60
9. ARISTÓTELES, 44; 248; 272; 273; 275; 276; 319
10. ARNAUD, André-Jean. 59
11. AUSTIN, John. 15; 230
12. BACHELARD, Gaston. 327
13. BACON, Francis. 243
14. BADIOU, Alain. 325; 326
15. BARBOSA, Claudia Maria. 279
16. BARTHES, Roland. 15; 68; 76; 196; 322
17. BASTOS, Cleverson L e KELLER, Vicente. 260
18. BERNARDES, Cyro. 180
19. BERTELOOT, Pascale. 208
20. BITTAR, Carlos Alberto. 149; 153



- 21.BLEICHER, Josef. 295
- 22.BOBbio, Norberto. 175
- 23.BONILI, Giovanni. 97
- 24.BREBBIA, Roberto H. 105; 112; 171; 174
- 25.BUERES, Alberto J. 104; 112
- 26.BULYGIN, Eugenio. 285
- 27.CAMPBELL, Joseph. 68
- 28.CANARIS, Claus-Wilhelm, 316; 318; 329
- 29.CAPITANT, Henri. 97
- 30.CARDOSO, Mirian Limoeiro. 311; 315
- 31.CARVALHO, Paulo Barros de. 44
- 32.CASILLO, João. 150; 154
- 33.CHAUÍ, Marilena. 74
- 34.COELHO NETTO, J. Teixeira. 19; 20
- 35.COELHO, Luís Fernando. 39; 48
- 36.COMPARATO, Fábio Konder. 220
- 37.CORREAS, Ocar. 60
- 38.CRUIZ, Maury Rodrigues da. 369
- 39.CUNHA, Paulo Ferreira da. 201, 203
- 40.DARWIN, Charles. 86, 288
- 41.DE CUPIS, Adriano. 171
- 42.DEMOGUE, René. 112

- 43.DINIZ, Maria Helena. 285
- 44.DUCROT, Oswald. 46
- 45.DURKHEIM, Émile. 55, 79
- 46.EAGLETON, Terry. 65
- 47.ECO, Humberto. 44; 46; 323; 330
- 48.EWALD, François. 314
- 49.FACHIN, Luiz Edson. 47; 225
- 50.FERRAZ JÚNIOR, 37; 40; 41
- 51.FOSSA, John. 263
- 52.FREUD, Sigmund. 75
- 53.FUEYO, Fernando Laneri. 168
- 54.GEERTZ, Clifford. 53; 54
- 55.GENTILE, Guido. 185
- 56.GONZALES, Matilde Zavala de. 116; 119
- 57.GRANGER, Gilles-Gaston. 255; 263; 328; 360
- 58.GUERRA FILHO, Willis Santiago. 84; 263
- 59.GUSMÃO, Paulo Dourado de. 358
- 60.HART, H. L. A. 319
- 61.HART, Leslie Tomasello. 169
- 62.HEEMANN, Ademar. 86
- 63.HEIDEGGER, Martin. 324
- 64.ITURRASPE, Jorge Mosset. 119, 120; 124

- 65.JAPIASSU, Hilton. 23
- 66.JUNG, Carl Gustav. 82
- 67.KANT, Emmanuel. 247; 248; 251; 252; 260; 269; 270; 272
- 68.KARAM, Munir. 157
- 69.KNEALE, William. 249, 263; 172
- 70.KUCHARSKI, Stefan. 205
- 71.KUHN, Thomas S. 324; 328; 361
- 72.LADRIERE, Jean. 86
- 73.LAFER, Celso. 61
- 74.LAMEGO, José. 291
- 75.LARENZ, Karl. 286
- 76.LAVALLE, Pierre. 261
- 77.LE ROY, Max. 126; 139
- 78.LECLERCQ, Jacques, 228; 235
- 79.LEITE, Eduardo de Oliveira. 56; 234
- 80.LÉVIS-STRAUSS, Claude. 80; 198; 262; 354
- 81.LINTON, Ralph. 50; 178
- 82.LOCKE, Jonh. 242
- 83.LUCENA, Delfim Maya de. 190
- 84.LYONS, David. 87
- 85.MACHADO NETO, Antônio Luís. 51; 87
- 86.MAMEDE, Gladston. 207

- 87.MANNHEIM, Karl. 54
- 88.MARÍAS, Julián. 237; 242
- 89.MARTINS, José Salgado. 289
- 90.MERTON, Robert King. 54
- 91.MIAILLE, Michel. 59
- 92.MIGUEL, Afonso Ruiz. 320
- 93.MILLS, C. Wright. 54; 226
- 94.MONTENEGRO, Antonio Lindberg C. 154; 177
- 95.MORENTE, Manuel García. 265
- 96.MORIN, Edgar. 62; 64; 321
- 97.MOSER, Alvino. 88
- 98.NEIPP, Vittorio. 285
- 99.NORONHA, Fernando. 59
- 100.OLIVEIRA Júnior, José Alcebiades de. 158
- 101.OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. 151
- 102.OLVEIRA, Salvador Ochoa. 173
- 103.OVIEDO, Jose Maria Martin. 285
- 104.PANNOF, Michel. 322
- 105.PEIRANO, Marisa. 67
- 106.PERELMAN, Chaim e OLBRECHTS - TYTECA, Lucie. 44; 75; 217; 218;  
220; 229; 232; 233
- 107.PERINE, Marcelo. 244

- 108.PIZARRO, Ramon Daniel. 115
- 109.POGLIANI, Mario. 182
- 110.POPPER, Karl. 329
- 111.PUCEIRO, Enrique Zuleta. 84; 202
- 112.RADCLIFFE-BROWN, A. R. 56
- 113.REALE, Miguel. 78; 253
- 114.REIS, Clayton. 102; 152; 153; 154
- 115.RICOEUR, Paul. 19; 22; 27; 34; 45; 234; 273; 277
- 116.RIPERT, George. 99
- 117.RODRIGUES, Anna Maria Moog. 193; 254
- 118.ROPPO, Enzo. 59
- 119.ROTTLEUTHNER, Hubert. 289; 312
- 120.ROVELLI, Roberto. 182
- 121.RUBIO, Gabriel Alejandro. 113
- 122.SÁ, Fernando Oliveira. 210
- 123.SALAMA, Alicia Gianella de. 270
- 124.SALDANHA, Nelson Nogueira. 290
- 125.SAUSSURE, Ferdinand. 16; 19
- 126.SERRA, Adriano Vaz. 190
- 127.SORIANO, Manuel Borja. 174
- 128.STAROBINSKI, J. 77
- 129.STEIN, Peter. 143

- 130.TELLES, Inocência Galvão. 189
- 131.TERCIER, Pierre. 160
- 132.TEUBNER, Gunther. 311; 312
- 133.TUNC, André. 132
- 134.VALLE, Christiano Almeida do. 98; 100; 153; 183
- 135.VALLER, Wladimir. 153
- 136.VASCONCELOS, Arnaldo. 78
- 137.VATIMO, Gianni. 324
- 138.VERNEGO, Roberto José. 18; 202
- 139.VILLELA, João Batista. 59
- 140.WARAT, Luís Alberto. 39; 70; 81; 198; 200; 218; 227; 283; 316; 330; 355
- 141.WARNER, Attorney Ralf. 188
- 142.WATSON E. H.E LOWREY· G. H. 98; 184
- 143.WIEACKER, Franz. 330
- 144.WITTGENSTEIN, Ludovic von. 22; 73
- 145.ZENUN, Augusto. 153

## ÍNDICE REMISSIVO

### A

afetividade, 8; 194; 233; 234;  
235; 255; 267; 338  
afetivo, 155; 338  
análise, 1; 3; 4; 8; 15; 16; 19;  
28; 39; 44; 49; 53; 55; 72; 79;  
81; 131; 153; 175; 189; 194;  
236; 239; 242; 244; 254; 262;  
268; 274; 278; 287; 291; 310;  
329; 333; 334; 335; 336; 339;  
346; 370; 371; 385  
antropologia, 3; 46; 50; 51; 52;  
53; 54; 56; 85; 178; 229; 236;  
245; 257; 372  
antropológica, 9; 50; 61; 178;  
181; 243; 334; 339  
antropológico, 3; 48; 49; 51; 55;  
58; 198; 288; 333; 389  
apreensão, 9; 48; 73; 246; 247;  
250; 260; 293; 340; 352  
argumentação, 7; 45; 75; 87;  
152; 188; 200; 216; 218; 221;  
222; 223; 255; 318; 320; 336;  
337; 345; 353; 374  
arquétipo, 4; 78; 82; 229; 245;  
334; 389  
avaliação, 5; 12; 17; 42; 55; 64;  
72; 79; 100; 101; 109; 111;  
112; 127; 128; 130; 131; 133;  
134; 135; 136; 138; 140; 141;  
146; 164; 165; 183; 189; 211;  
243; 259; 264; 265; 266; 267;  
268; 273; 297; 339; 348; 352;  
355; 357; 359; 360; 385; 390  
axiológica, 5; 25; 35; 52; 78;  
123; 217; 374  
axiológico, 25; 70

### B

biologia, 87; 311  
biológica, 5; 10; 17; 50; 51; 52;  
80; 85; 288; 312

biológico, 5; 46; 85; 86; 87; 109;  
225; 261; 289; 312; 334; 389

### C

categorias, 9; 12; 15; 46; 86;  
131; 226; 248; 249; 250; 251;  
252; 253; 255; 268; 269; 270;  
285; 293; 321; 341; 349; 352;  
385  
ciência, 1; 15; 16; 17; 18; 20;  
21; 23; 24; 27; 30; 37; 38; 49;  
51; 52; 62; 70; 71; 77; 79; 80;  
81; 87; 93; 100; 113; 117;  
122; 125; 130; 148; 186; 193;  
197; 200; 204; 206; 217; 223;  
227; 231; 239; 252; 256; 258;  
273; 279; 285; 286; 287; 290;  
291; 292; 295; 304; 316; 323;  
327; 329; 330; 331; 332; 334;  
342; 344; 347; 348; 351; 359;  
363; 366; 367; 368; 371; 372;  
376; 377; 378; 385  
cientificidade, 3; 15; 37; 49; 51;  
218; 235; 259; 288; 319; 339  
científico, 9; 18; 40; 123; 223;  
224; 225; 226; 227; 232; 233;  
241; 246; 259; 268; 278; 283;  
289; 321; 327; 332; 335; 338;  
340; 348; 350; 376; 385  
civil, 1; 41; 51; 63; 94; 96; 98;  
104; 106; 107; 112; 142; 144;  
146; 147; 148; 154; 157; 158;  
166; 169; 170; 171; 172; 173;  
176; 187; 189; 190; 192; 214;  
226; 233; 245; 261; 276; 352;  
363; 365; 372; 374  
civilista, 152; 225; 232; 260  
código, 3; 4; 8; 29; 42; 43; 44;  
47; 48; 52; 57; 94; 110; 160;  
161; 170; 175; 190; 221; 223;  
226; 233; 234; 246; 264; 330;  
333; 335; 338; 340  
compreensão, 11; 35; 52; 78;  
199; 200; 274; 292; 293; 295;  
299; 301; 303; 304; 306; 346

compromisso, 8; 232; 233; 235;  
306; 338

conceito, 4; 8; 18; 19; 21; 29;  
53; 58; 59; 65; 67; 69; 75; 76;  
81; 87; 91; 95; 106; 109; 115;  
116; 123; 151; 177; 186; 194;  
199; 204; 205; 212; 224; 228;  
229; 235; 239; 244; 248; 252;  
254; 260; 264; 273; 280; 286;  
287; 289; 299; 300; 306; 311;  
316; 318; 319; 326; 327; 328;  
329; 333; 334; 336; 339; 346;  
359; 366; 367; 370; 389

conhecimento, 9; 18; 37; 45; 51;  
54; 67; 70; 75; 83; 102; 158;  
180; 196; 200; 213; 221; 223;  
226; 246; 247; 248; 250; 251;  
252; 253; 254; 255; 256; 258;  
259; 263; 264; 265; 268; 269;  
270; 277; 281; 282; 283; 284;  
285; 289; 290; 291; 292; 293;  
294; 303; 308; 321; 323; 328;  
341; 342; 343; 350; 351; 352;  
353; 354; 360; 370; 373

conteúdo, 3; 8; 51; 57; 75; 76;  
77; 78; 79; 83; 164; 204; 216;  
218; 229; 236; 244; 249; 251;  
256; 275; 297; 298; 330; 333;  
341; 368

continental, 6; 92; 103; 124;  
159; 237; 239; 348

contradição, 11; 145; 260; 279;  
300; 318; 345

crise, 27; 61; 70; 84; 151; 205;  
226; 322; 336; 344; 362; 376

cultura, 2; 3; 19; 21; 23; 24; 25;  
30; 46; 47; 50; 51; 53; 54; 56;  
58; 60; 62; 64; 69; 70; 77; 78;  
81; 83; 92; 95; 98; 103; 119;  
125; 148; 150; 184; 187; 193;  
196; 226; 227; 230; 236; 237;  
253; 258; 334; 366

cultural, 154; 177; 373

## D

dano moral, 1; 4; 6; 7; 8; 10; 11;  
12; 48; 57; 63; 64; 68; 72; 74;  
75; 94; 97; 100; 110; 111;  
112; 113; 114; 115; 116; 119;

120; 122; 125; 126; 131; 147;  
149; 150; 151; 152; 153; 154;  
157; 158; 168; 170; 171; 173;  
181; 189; 190; 191; 197; 198;  
204; 222; 225; 234; 235; 236;  
237; 238; 239; 243; 245; 250;  
251; 259; 264; 267; 268; 269;  
275; 276; 310; 319; 320; 321;  
322; 333; 334; 335; 336; 337;  
338; 339; 340; 341; 345; 346;  
348; 349; 350; 351; 352; 354;  
355; 357; 358; 360; 361; 367;  
377; 385

demonstração, 88; 216; 263; 265

deontológico, 253; 268

dialética, 263; 278; 303; 317

dialogia, 67

dialógica, 321

dicção, 1; 6; 236; 269; 310; 320;  
342; 346; 349

direito, 1; 2; 3; 4; 5; 6; 7; 8; 9;  
10; 16; 18; 20; 22; 23; 26; 35;  
36; 37; 38; 39; 40; 41; 42; 43;  
47; 50; 51; 52; 55; 57; 58; 59;  
61; 62; 63; 68; 69; 70; 71; 72;  
74; 75; 77; 78; 79; 81; 83; 85;  
92; 94; 96; 102; 103; 104;  
105; 106; 107; 110; 111; 112;  
113; 114; 124; 125; 126; 128;  
130; 137; 141; 143; 145; 146;  
147; 149; 151; 152; 153; 154;  
155; 156; 157; 158; 159; 162;  
168; 170; 172; 173; 174; 175;  
176; 181; 185; 186; 187; 188;  
189; 190; 191; 192; 196; 197;  
198; 200; 201; 202; 203; 204;  
206; 207; 209; 210; 216; 217;  
218; 220; 222; 227; 228; 229;  
230; 231; 232; 233; 234; 235;  
236; 237; 238; 239; 243; 244;  
245; 246; 250; 251; 252; 256;  
258; 260; 261; 264; 265; 268;  
269; 273; 275; 277; 279; 280;  
282; 283; 284; 286; 289; 290;  
291; 299; 309; 310; 311; 312;  
313; 314; 316; 317; 319; 320;  
325; 326; 327; 329; 330; 332;  
334; 335; 336; 337; 338; 339;  
340; 342; 344; 346; 347; 348;  
349; 350; 351; 353; 354; 355;



359; 363; 366; 367; 368; 370;  
372; 373; 374; 376; 378; 379;  
385; 389; 390  
direito moral, 3; 4; 5; 8; 9; 22;  
26; 63; 68; 69; 72; 74; 77; 79;  
102; 103; 105; 106; 125; 126;  
147; 153; 157; 159; 168; 170;  
175; 187; 188; 191; 192; 198;  
206; 229; 236; 237; 238; 239;  
244; 245; 258; 268; 269; 278;  
310; 334; 335; 336; 339; 340;  
342; 349; 350; 385  
dogmática, 2; 5; 37; 38; 204;  
219; 260; 292; 310; 318; 332;  
335; 336; 338; 364  
doutrina, 57; 99; 100; 103; 107;  
115; 122; 145; 149; 152; 153;  
168; 171; 172; 181; 237; 249;  
251; 291; 341

## E

emoção, 234; 235; 254; 338; 339  
epistemologia, 24; 70; 83; 193;  
200; 283; 286; 327; 330; 364;  
378  
epistemológica, 91; 330  
epistemológico, 24; 67; 72; 235;  
286; 295; 334; 339  
estética, 26; 142; 241; 275; 277;  
323  
ética, 15; 51; 217; 220; 229;  
232; 233; 275; 319; 326; 356;  
357; 364; 374

## F

fala, 242; 312; 314; 352; 360  
*felicidade*, 9; 235; 236; 237;  
238; 239; 240; 241; 242; 243;  
244; 245; 276; 339; 340; 356  
fenômeno, 3; 22; 24; 28; 30; 31;  
32; 51; 52; 62; 67; 72; 74; 80;  
178; 255; 266; 285; 332; 334  
filosofia, 32; 59; 61; 84; 88; 96;  
203; 217; 228; 235; 237; 241;  
244; 245; 254; 265; 277; 282;  
283; 302; 304; 307; 308; 325;  
340; 359; 367; 368; 372

filosófico, 61; 223; 229; 255;  
263; 290; 328; 353; 370  
forma, 2; 4; 18; 22; 28; 33; 37;  
38; 39; 42; 53; 57; 62; 67; 69;  
70; 71; 75; 76; 77; 78; 83; 84;  
93; 94; 110; 112; 115; 126;  
191; 196; 198; 199; 205; 230;  
236; 239; 241; 247; 249; 254;  
260; 265; 287; 290; 292; 293;  
294; 295; 297; 298; 299; 304;  
323; 334; 353

## G

gnoseologia, 9; 119; 257; 295;  
390  
gnoseológico, 285

## H

hipótese, 5; 12; 17; 35; 40; 72;  
85; 107; 122; 134; 206; 222;  
275; 347

## I

ideologia, 2; 19; 22; 23; 25; 27;  
28; 31; 32; 33; 34; 54; 62; 72;  
74; 198; 199; 218; 220; 317;  
328; 332; 352; 363; 371; 375;  
389  
ideológico, 3; 22; 26; 27; 28; 30;  
31; 38; 51; 53; 67; 72; 199;  
316; 317  
instrumento, 16; 319; 345; 353  
interpretação, 11; 23; 25; 27; 32;  
33; 34; 45; 48; 53; 54; 60; 65;  
77; 84; 183; 221; 222; 234;  
291; 292; 293; 295; 296; 297;  
298; 299; 300; 301; 302; 303;  
304; 307; 308; 309; 316; 317;  
331; 332; 344; 368; 375

## J

jurídico, 2; 4; 5; 6; 7; 8; 9; 10;  
11; 12; 20; 37; 38; 39; 40; 41;  
42; 43; 44; 47; 56; 57; 58; 74;  
85; 94; 102; 111; 143; 149;  
151; 158; 164; 167; 172; 174;  
187; 192; 198; 199; 200; 201;

203; 204; 205; 206; 207; 209;  
214; 216; 218; 220; 222; 223;  
224; 225; 226; 228; 233; 239;  
245; 246; 252; 264; 280; 281;  
282; 283; 285; 287; 288; 290;  
310; 312; 317; 318; 319; 334;  
336; 338; 340; 343; 344; 345;  
349; 351; 353; 361; 366; 385;  
390  
jurisprudência, 40; 57; 94; 107;  
136; 137; 140; 141; 145; 150;  
153; 176; 183; 282; 289; 291;  
365; 371

## L

legislação, 132; 144; 154; 158;  
169; 221; 222; 286; 337  
leis, 2; 20; 45; 48; 66; 94; 95;  
201; 217; 224; 252  
linguagem, 1; 2; 3; 4; 6; 7; 8; 10;  
12; 15; 16; 17; 18; 20; 21; 22;  
24; 27; 33; 34; 35; 36; 38; 39;  
40; 41; 42; 43; 44; 46; 47; 48;  
54; 57; 58; 68; 70; 72; 74; 77;  
84; 103; 113; 124; 125; 146;  
147; 168; 175; 196; 197; 198;  
200; 205; 207; 208; 210; 211;  
232; 234; 236; 241; 245; 246;  
250; 251; 252; 256; 257; 258;  
273; 274; 276; 277; 284; 301;  
303; 309; 310; 314; 319; 321;  
322; 332; 333; 334; 335; 338;  
341; 342; 348; 353; 355; 359;  
361; 362; 367; 368; 369; 370;  
373; 376; 377; 389; 390  
lingüística, 1; 6; 7; 12; 16; 17;  
20; 21; 45; 56; 70; 197; 203;  
205; 207; 208; 230; 239; 257;  
258; 264; 301; 311; 318; 321;  
329; 336; 338; 344; 349; 350;  
364; 371; 372; 376; 385  
lógica, 200; 201; 203; 204; 205;  
211; 216; 217; 218; 220; 246;  
249; 251; 252; 260; 262; 263;  
268; 269; 270; 273; 278; 279;  
280; 289; 290; 294; 297; 298;  
300; 310; 311; 312; 317; 321;  
335; 336; 342; 343; 352; 353;  
360

## M

matemática, 116; 120; 216; 260;  
261; 263; 264; 278  
matemático, 134; 135; 146; 193;  
262; 263; 264; 265  
metodologia, 9; 10; 11; 12; 206;  
286; 291; 311; 327; 346; 363;  
366; 367; 371; 376; 377; 385  
método, 3; 4; 10; 11; 12; 13; 15;  
39; 49; 51; 52; 55; 56; 58; 71;  
73; 80; 82; 85; 134; 146; 205;  
220; 243; 259; 262; 273; 282;  
285; 288; 289; 290; 292; 293;  
304; 309; 311; 315; 316; 317;  
321; 322; 325; 327; 329; 333;  
344; 345; 347; 348; 349; 350;  
351; 353; 355; 360; 366; 367;  
368; 373; 385; 389  
mítica, 7; 8; 70; 72; 74; 77; 197;  
219; 236; 262; 334; 335; 338;  
339  
mítico, 39; 72; 83; 338  
mito, 4; 67; 68; 87; 198; 218;  
229; 262; 322; 327; 389  
modal, 10; 268; 278; 280; 343;  
352; 355; 357; 385  
modelo, 3; 37; 40; 41; 42; 70;  
80; 147; 193; 205; 206; 212;  
214; 216; 223; 224; 225; 226;  
227; 232; 233; 235; 236; 240;  
241; 246; 259; 262; 268; 275;  
276; 287; 329; 335; 336; 338;  
339; 344; 348; 354; 378  
modo, 1; 2; 3; 5; 6; 9; 12; 15;  
16; 17; 19; 22; 26; 27; 28; 32;  
38; 41; 42; 46; 49; 51; 53; 54;  
55; 65; 71; 72; 74; 75; 77; 79;  
82; 91; 93; 94; 95; 96; 100;  
103; 116; 117; 118; 119; 121;  
122; 123; 125; 126; 129; 130;  
135; 136; 141; 147; 159; 166;  
170; 172; 173; 176; 178; 183;  
186; 188; 192; 199; 200; 208;  
211; 218; 219; 220; 222; 223;  
224; 227; 229; 230; 246; 247;  
248; 252; 254; 255; 256; 258;  
264; 266; 267; 268; 269; 270;  
272; 273; 274; 275; 277; 285;  
289; 290; 294; 299; 302; 307;

315; 323; 328; 332; 336; 337;  
338; 340; 343; 349; 352; 353;  
357; 358; 359; 360

## N

neutralidade, 25; 35; 52; 73; 217  
norma, 203  
normatização, 336  
normatizar, 2; 38; 200

## O

ontológica, 40; 268; 295  
ontológico, 24; 253; 254; 268  
ordenamento, 6; 41; 95; 111;  
149; 173; 224; 226; 280; 317;  
349

## P

paradoxo, 4; 10; 15; 64; 71; 81;  
275; 278; 280; 296; 310; 311;  
334; 344; 362  
poética, 273; 274; 276  
prejuízo, 10; 41; 43; 63; 92; 95;  
96; 98; 99; 101; 110; 111;  
123; 126; 127; 129; 130; 131;  
133; 134; 136; 137; 140; 141;  
142; 143; 144; 150; 151; 158;  
159; 160; 162; 163; 164; 165;  
166; 172; 183; 184; 185; 187;  
189; 212; 335; 339; 349; 360;  
385; 390  
princípio, 4; 5; 32; 37; 47; 53;  
59; 63; 64; 66; 72; 79; 83;  
101; 111; 114; 127; 135; 141;  
149; 160; 186; 192; 199; 214;  
215; 216; 222; 247; 248; 260;  
261; 279; 285; 286; 297; 304;  
317; 329; 344; 354  
proposição, 203

## Q

quantidade, 9; 10; 46; 125; 193;  
198; 250; 251; 252; 259; 260;  
261; 262; 264; 268; 336; 341;  
342; 349; 350; 351; 353; 359  
quantitativa, 9; 56; 76; 112; 114;  
118; 125; 140; 150; 159; 184;

242; 259; 262; 263; 264; 267;  
339; 350; 390  
quantitativo, 55; 144; 147; 211;  
242; 258; 262; 265; 335; 348;  
349; 385  
*quantum*, 138; 211; 390

## R

realidade, 9; 19; 25; 38; 51; 57;  
58; 65; 66; 71; 73; 91; 121;  
128; 131; 135; 150; 164; 167;  
199; 200; 203; 205; 207; 219;  
221; 222; 238; 239; 246; 247;  
250; 252; 253; 256; 269; 281;  
284; 294; 306; 314; 316; 322;  
325; 337; 340; 341; 343; 348;  
351; 352; 360; 363; 371  
relação, 12; 20; 22; 29; 36; 38;  
47; 50; 62; 64; 71; 86; 101;  
120; 130; 152; 161; 175; 176;  
177; 178; 179; 181; 183; 184;  
185; 186; 189; 193; 199; 201;  
219; 222; 223; 227; 229; 236;  
241; 244; 246; 249; 251; 254;  
265; 266; 270; 271; 272; 274;  
275; 285; 287; 290; 293; 295;  
298; 300; 321; 323; 328; 341;  
347; 349; 352; 362; 363  
relacional, 10; 111; 270; 278;  
280; 343; 352; 355; 385  
relações, 3; 9; 16; 19; 29; 36;  
43; 50; 53; 64; 66; 70; 75; 90;  
96; 111; 119; 166; 171; 177;  
185; 199; 227; 229; 252; 256;  
264; 268; 270; 271; 272; 273;  
289; 294; 298; 307; 311; 317;  
323; 342; 346; 352; 353; 360  
responsabilidade, 104; 109; 144;  
147; 169; 170; 176; 187; 190;  
231; 338  
retórica, 44; 45; 46; 75; 199;  
200; 219; 257; 317; 320; 363;  
374

## S

sanção, 203  
semântica, 9; 19; 33; 42; 235;  
256; 278; 339; 343; 359

semiologia, 15; 77  
 semiótica, 16; 33; 45; 331; 374  
 semiótico, 39; 65; 296  
 sentido, 11; 17; 20; 23; 27; 33;  
 34; 35; 41; 42; 46; 49; 50; 53;  
 57; 60; 64; 65; 66; 70; 76; 80;  
 84; 127; 132; 143; 150; 168;  
 171; 173; 176; 177; 178; 190;  
 197; 199; 200; 203; 211; 216;  
 218; 219; 223; 225; 226; 229;  
 234; 235; 241; 242; 244; 246;  
 248; 254; 255; 260; 291; 297;  
 300; 304; 306; 315; 316; 322;  
 323; 324; 330; 333; 339; 340;  
 346; 353; 356; 367; 368; 370  
 significação, 18; 19; 20; 29; 47;  
 181; 199; 200; 219; 234; 277;  
 318; 375  
 significado, 18; 19; 20; 34; 48;  
 54; 57; 62; 194; 197; 199;  
 273; 292; 297; 353  
 signo, 17; 18; 19; 20; 23; 27; 70;  
 197; 366  
 símbolo, 27; 31; 53; 296  
 sistema, 1; 16; 37; 41; 50; 53;  
 56; 57; 68; 151; 159; 172;  
 201; 207; 214; 223; 224; 226;  
 258; 279; 280; 281; 289; 309;  
 311; 312; 316; 318; 319; 329;  
 332; 337; 343; 344; 345; 349;  
 361; 366  
 social, 5; 16; 28; 29; 31; 33; 36;  
 45; 46; 50; 51; 53; 55; 56; 58;  
 71; 78; 79; 80; 86; 87; 91; 92;  
 93; 95; 96; 98; 100; 101; 102;  
 104; 105; 109; 122; 132; 139;  
 148; 174; 176; 179; 180; 184;  
 186; 187; 188; 198; 199; 200;  
 206; 221; 227; 258; 282; 283;  
 296; 308; 309; 333; 334; 337;  
 358  
 sociologia, 37; 51; 54; 55; 80;  
 87; 179; 180; 226; 227; 364;  
 369; 373; 385  
 sociológica, 36; 59; 81; 119;  
 171; 174; 227  
 sociológico, 81  
 sofrimento, 90; 91; 137; 145;  
 213; 214; 234; 237; 243; 265;  
 267; 335; 338; 340

## T

teoria, 2; 9; 18; 34; 36; 39; 45;  
 59; 65; 78; 175; 188; 202;  
 234; 246; 254; 272; 292; 304;  
 306; 309; 310; 340; 345; 363;  
 366; 372; 374; 375  
 teórica, 11; 31; 33; 37; 45; 59;  
 67; 175; 244; 302; 307; 309;  
 315; 325; 329; 345; 349; 351;  
 353  
 teórico, 1; 15; 17; 24; 56; 65;  
 66; 81; 83; 176; 185; 186;  
 199; 202; 273; 286; 295; 307;  
 308; 315; 320; 345; 354  
 tese, 58; 88; 153; 190; 206; 229;  
 241; 252; 291; 293  
 texto, 34; 35; 59; 61; 65; 162;  
 209; 264; 318  
 tópica, 47; 48; 200; 206; 316;  
 317; 333; 345  
*topói*, 3; 5; 9; 46; 47; 48; 51; 83;  
 319; 333; 338; 345  
*topos*, 47; 245; 340

## V

vocábulo, 9; 21; 235; 238; 322;  
 323; 359

## ÍNDICE DE MATÉRIAS

|                            |             |
|----------------------------|-------------|
| <b>SUMÁRIO .....</b>       | <b>iv</b>   |
| <b>RESUMO .....</b>        | <b>v</b>    |
| <b>ABSTRACT .....</b>      | <b>vi</b>   |
| <b>RESUMÉ .....</b>        | <b>vii</b>  |
| <b>PRÓLOGO .....</b>       | <b>viii</b> |
| <b>AGRADECIMENTOS.....</b> | <b>xiv</b>  |

### **PARTE I - AS LINGUAGENS**

#### **CAPÍTULO 1 - A LINGUAGEM COMO PONTO DE PARTIDA. ..15**

|  |    |
|--|----|
| 1.1 Hermenêutica e ideologias.....     | 22 |
| 1.2 A linguagem do direito.....        | 36 |
| 1.3 A decodificação da linguagem ..... | 43 |

#### **CAPÍTULO 2 - ELEMENTOS DA ANTROPOLOGIA E DA SOCIOLOGIA PARA A LINGUAGEM DO DIREITO MORAL.....49**

|   |    |
|---|----|
| 2.1 O método antropológico e o sociológico .....            | 49 |
| 2.2 Reinos não-formalizados de significações.....           | 57 |
| 2.2.1 Unidade na diversidade .....                          | 63 |
| 2.3 Mito: fala, forma e conceito .....                      | 68 |
| 2.3.1 Representações coletivas, arquétipos e consenso ..... | 78 |
| 2.3.2 Breve nota sobre argumento biológico .....            | 85 |

## **PARTE II - O DIREITO MORAL**

|   |                |
|---|----------------|
| <b>CAPÍTULO 3 - O DIREITO MORAL.....</b>  | <b>89</b>      |
| <b>3.1 Conceituação básica .....</b>  | <b>90</b>      |
| <br><b>CAPÍTULO 4 - PERSPECTIVA COMPARADA.....</b>                                | <br><b>103</b> |
| <b>4.1 A linguagem do direito moral argentino.....</b>                            | <b>103</b>     |
| 4.1.1 Elementos que se deve ter em conta para fixar a monta<br>de reparação ..... | 108            |
| 4.1.2 Princípios gerais na avaliação .....  | 111            |
| 4.1.3 Outras vozes cordobesas .....   | 112            |
| 4.1.4 Uma síntese portenha .....  | 116            |
| 4.1.5 Uma nova gnoseologia.....   | 119            |
| 4.1.6 Conclusão parcial sobre a linguagem do direito argentino .....              | 124            |
| <b>4.2 A linguagem do direito moral francês .....</b>                             | <b>126</b>     |
| 4.2.1 Métodos de avaliação do prejuízo moral .....                                | 133            |
| 4.2.2 “Pretium doloris” .....   | 137            |
| 4.2.3 “Quantum doloris” (ou avaliação da gravidade da dor).....                   | 138            |
| 4.2.4 Fixação do “pretium doloris” (ou avaliação quantitativa) .....              | 140            |
| 4.2.5 Fixação do prejuízo estético (critérios mistos) .....                       | 141            |
| 4.2.6 Condição do direito na indenização a título de reparação<br>moral .....     | 143            |
| 4.2.7 Princípios gerais na determinação do montante da reparação<br>moral .....   | 145            |
| 4.2.8 Conclusão parcial sobre a linguagem do direito francês .....                | 146            |
| <b>4.3 A linguagem do direito moral brasileiro.....</b>                           | <b>147</b>     |
| <b>4.4 Notas sobre outras linguagens que falam o direito moral.....</b>           | <b>159</b>     |
| 4.4.1 Uma fala do direito moral suíço .....                                       | 159            |
| 4.4.2 Uma fala do direito moral chileno .....                                     | 168            |
| 4.4.3 Uma fala do direito moral mexicano .....                                    | 170            |
| 4.4.4 Uma fala do direito moral italiano .....                                    | 175            |
| 4.4.5 Uma fala do direito moral português.....                                    | 189            |

### **PARTE III - AS LÓGICAS E OS MÉTODOS**

#### **CAPÍTULO 5**

|  |            |
|--|------------|
| <b>AS LÓGICAS DO TRATAMENTO .....</b>  | <b>196</b> |
| <b>5.1 A lógica do mito é a linguagem .....</b>  | <b>196</b> |
| <b>5.2 A lógica do direito também está na linguagem.....</b>                             | <b>200</b> |
| <b>5.3 Torre de Babel jurídica? .....</b>  | <b>207</b> |
| 5.3.1 Aspectos da linguagem pericial.....  | 210        |
| <b>5.4 O raciocínio jurídico se faz pela argumentação .....</b>                          | <b>216</b> |
| <b>5.5 Direito moral é o direito falando a moral.....</b>                                | <b>228</b> |
| <b>5.6 Os códigos lingüísticos da moral jurídica: compromisso e<br/>afetividade.....</b> | <b>233</b> |
| <b>5.7 O direito moral é eudemonista .....</b>   | <b>236</b> |

#### **CAPÍTULO 6**

|  |            |
|--|------------|
| <b>O PROBLEMA DA LÓGICA .....</b>  | <b>246</b> |
| <b>6.1 A lógica do conhecimento da realidade.....</b>                    | <b>246</b> |
| <b>6.2 A razão das quantidades .....</b>                                 | <b>259</b> |
| <b>6.3 Qualidades, modos e relações.....</b>                             | <b>264</b> |
| <b>6.4 Para pensar a espessura da linguagem: outra função lógica....</b> | <b>273</b> |
| <b>6.5 O paradoxo das lógicas paraconsistentes .....</b>                 | <b>278</b> |

#### **CAPÍTULO 7**

|  |            |
|--|------------|
| <b>OS MÉTODOS.....</b>                         | <b>282</b> |
| <b>7.1 O discurso do método jurídico .....</b> | <b>282</b> |
| <b>7.2 Metodologia e Hermenêutica.....</b>     | <b>291</b> |
| 7.2.1 Aspectos da Teoria Hermenêutica.....     | 292        |
| 7.2.2 Aspectos da Filosofia Hermenêutica ..... | 302        |
| 7.2.3 Aspectos da Hermenêutica Crítica .....   | 305        |

|  |                |
|--|----------------|
| <b>7.3 A autopoiesis e o mito do método .....</b>  | <b>311</b>     |
| 7.3.1 Pensamento tópico e sistemático: perplexidade? .....   | 316            |
| <b>7.4 A opção metodológica em “sentido aberto” .....</b>  | <b>322</b>     |
| <b>7.5 A essência do fundamento e as aventuras da diferença (ou a liberdade de pensar) .....</b>             | <b>324</b>     |
| 7.5.1 Algumas tendências da metodologia contemporânea.....   | 327            |
| <br><b>CONCLUSÕES .....</b>  | <br><b>332</b> |
| <b>Observação final.....</b>   | <b>348</b>     |
| <br><b>EPÍLOGO.....</b>  | <br><b>355</b> |
| <br><b>ANEXO 1 - UM PROCEDIMENTO PARA COLABORAR COM A AVALIAÇÃO DO DANO MORAL .....</b>                      | <br><b>356</b> |
| 1.1 Considerações Preliminares.....  | 356            |
| 1.2 Advertência.....   | 360            |
| 1.3 Método sugerido: avaliação modal e relacional do dano moral - contribuição à espessura da linguagem..... | 363            |
| <br><b>ANEXO 2 - POESIA: LINGUAGEM .....</b>   | <br><b>370</b> |
| <br><b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>   | <br><b>371</b> |
| <br><b>ÍNDICE ONOMÁSTICO.....</b>  | <br><b>388</b> |
| <br><b>ÍNDICE REMISSIVO .....</b>  | <br><b>395</b> |
| <br><b>ÍNDICE DE MATÉRIAS .....</b>  | <br><b>401</b> |