

LETÍCIA LUSTOSA

O SENTIDO DA INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL

CURITIBA

2001

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

Faculdade de Direito

O SENTIDO DA INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL

Letícia Lustosa

Monografia apresentada por Letícia Pacheco Lustosa ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Antonio Alves do Prado Filho.

Curitiba

2001

TERMO DE APROVAÇÃO

O SENTIDO DA INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL

Letícia Pacheco Lustosa

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná, pela seguinte comissão:

Prof. Antonio Alves do Prado Filho
Universidade Federal do Paraná

Prof.

Prof.

SUMÁRIO

Resumo	v
Introdução	01
Conceito de dano	02
Distinção entre danos materiais e danos morais	04
Objecções à reparação do dano moral	07
A evolução do instituto do dano moral no Brasil	13
Possibilidade de a pessoa jurídica sofrer dano moral	15
Pagamento decorrente de dano moral como <u>pena civil</u>	18
Observações processuais	23
Pagamento decorrente de dano moral como <u>derivativo</u>	24
Conclusão	28
Referências bibliográficas	29

RESUMO

A doutrina majoritária defende que a reparação do dano moral é uma compensação, e não um ressarcimento. Essa compensação tem duas funções: expiatória e satisfatória.

A expiação está relacionada ao responsável pelo dano e atribui à compensação o caráter de pena, segundo autores autores, tais como Ferraz de Arruda. Nesse sentido, a compensação tem caráter punitivo para o lesionador, que sofre um prejuízo material.

Para outros, porém, a função expiatória da compensação não visa a punir o responsável, mas faz parte de um mecanismo de educação para o desenvolvimento das relações sociais; é um corretivo marcante.

A função satisfatória, por sua vez, está relacionada à vantagem proporcionada ao ofendido para que tenha condições de arcar com derivativos (como diz Augusto Zenun) ou simplesmente para que aplaque seu sentimento de vingança.

Essas duas funções, que fazem da reparação um “misto de pena e satisfação pecuniária”, nas palavras de Maria Helena Diniz¹, são ditas como fundamentais pela doutrina e pela jurisprudência dominantes para que se equilibrem forças antagônicas, ou seja, para que seja alcançada a harmonia almejada pelo Direito.

¹ SILVA, Luís Américo Martins da. O Dano Moral e a sua Reparação Civil. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 63.

INTRODUÇÃO

Superada a fase em que sofria grande relutância por juízes e doutrinadores, o dano moral está hoje consagrado em texto constitucional e enunciado sumular e a possibilidade de sua reparação é questão pacífica.

Como, porém, a questão não perdeu o encanto, o objetivo do presente trabalho é justamente investigar o sentido dessa indenização. Para isso, iniciaremos tratando do dano (elemento essencial à configuração da responsabilidade civil), para depois diferenciarmos os danos morais dos materiais, rebatermos as objeções à reparação daqueles, analisarmos a evolução do instituto do dano moral no Brasil e, por fim, discorrermos sobre o sentido da indenização.

Interessante lembrar, a propósito, a lição de Cahali no sentido de que “o desabrochar tardio da reparabilidade do dano moral em nosso direito fez desenfrear uma “demanda reprimida”, que por vezes tem degenerado em excessos inaceitáveis, com exageros que podem comprometer a própria dignidade do instituto.”

Também Sérgio Bermudes, ao fazer o prefácio do livro “A Reparação dos Danos Morais”, do Des. Artur Oscar de Oliveira Deda, afirma que essa reparação é “tema tanto mais preocupante quanto se considerarem os abusos na postulação e na outorga do ressarcimento dos prejuízos sem conteúdo material”.

CONCEITO DE DANO

Martins da Silva afirma que os indivíduos se diferenciam por suas reações ao meio social, por seus sentimentos, por suas atitudes. Todos têm o dever de não prejudicar seus semelhantes e cada um responde por seus atos. Essa é a idéia de ilicitude. Enquanto *antijuridicidade* diz respeito, tão-somente, àquilo que é contrário à lei, *ilicitude* é algo mais restrito, pois está relacionado à obrigação que têm as pessoas de reparar os danos causados. Ato ilícito, disse Clóvis Beviláqua, “é aquele que, praticado sem direito, causa dano a outrem, seja uma omissão ou uma comissão”.¹

O dano é, na definição de Giovanni Formica, “a diminuição ou subtração de um bem jurídico”.²

Na esfera penal, a preocupação maior está em punir o delinqüente; na área cível, porém, o que se busca é, principalmente, o ressarcimento dos danos.

É possível, no entanto, que o ato ilícito, de tão grave, acarrete conseqüências nas duas esferas, por infringir norma de direito público e causar prejuízo a terceiro. Um homicida, por exemplo, pode, além de sofrer as sanções previstas no art. 121 do Código Penal, ser obrigado a reparar o dano causado à família da vítima, nos termos do art. 1537 do Código Civil.

Mas o que é responsabilidade? Nas palavras de René Savatier³, é “a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam.”

A responsabilidade civil do indivíduo não se limita, portanto, a seus atos dolosos ou culposos, mas abrange também os atos daqueles que estejam sob sua guarda, autoridade e direção (art. 1521 do Código Civil). É a responsabilidade objetiva (ou indireta), ou seja, a que presume a culpa. Essa presunção é, porém,

¹ SILVA, Américo Luís Martins da. O Dano Moral e a sua Reparação Civil. São Paulo, RT, 1999, p. 14.

² SILVA, Américo Luís Martins da. *Op. cit.*, p. 28.

³ SILVA, Américo Luís Martins da. *Op. cit.*, p. 20.

relativa, porquanto há exoneração do dever de indenizar quando o dano provém de caso fortuito, força maior ou fato de terceiro.

O dano, aliás, é elemento essencial à configuração da responsabilidade civil, e esse é um entendimento unânime, pois é evidente que, se essa responsabilidade significa a obrigação de ressarcir, não pode ela se concretizar se não houver o que reparar.

Não mais se sustenta a tese de Ihering no sentido de que a obrigação de reparar decorre da culpa, pois o verdadeiro fundamento da responsabilidade civil está no dano.

“Sem embargo da contribuição das literaturas francesa e italiana, um marco significativo na estruturação dos princípios básicos, com visão científica, sobre o direito de reparação de danos surgiu em 1940 na Alemanha”, explica Antonio Lindbergh Montenegro.⁴

Ludwig Enneccerus escreveu que “dano é toda desvantagem que sofremos em nossos bens jurídicos (patrimônio, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem-estar, capacidade de aquisição, etc)”.⁵

O dano, porém, em seu conceito jurídico, assume caráter subjetivo, ou seja, o fato de um objeto ser destruído ou deteriorado não acarreta dano se não houver um sujeito prejudicado por isso, ou seja, conforme afirmou Francesco Carnelutti, o dano juridicamente relevante é aquele do qual decorre a obrigação de reparar. Em outras palavras, dano é a lesão de interesse juridicamente tutelado.

Pode-se dizer, portanto, que o dano, em linguagem jurídica, apresenta dois elementos. O elemento de fato se manifesta no prejuízo; o de direito, na lesão jurídica.

São três, portanto, os requisitos para a configuração do dever de indenizar:

⁴ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh. *Ressarcimento de Danos*, 2ª ed. Rio de Janeiro, Âmbito Cultural Edições, 1984, p. 2.

⁵ SILVA, Américo Luís Martins da. *Op. cit.*, p. 27/28.

a) a existência do dano ou prejuízo (elemento objetivo ou material)⁶; b) a existência do elemento subjetivo, bipartido nas figuras dos sujeitos ativo (o causador do dano ou aquele que, embora sem culpa, é responsável pela reparação) e passivo (a vítima, ou seja, a pessoa que sofreu a lesão em um dos seus direitos) – neste segundo elemento está implícito, portanto, o ato ilícito ou o risco; e c) o nexo causal, que deve vincular os sujeitos ativo e passivo ao dano efetivamente ocorrido.

DANOS MATERIAIS E DANOS MORAIS

Dano patrimonial ou material é aquele que pressupõe um prejuízo econômico, ou seja, uma efetiva diminuição – e não mera alteração – patrimonial (dano positivo ou emergente) e/ou um obstáculo à incorporação de valores, isto é, uma frustração de ganhos (lucros cessantes ou frustrados).

Já o dano moral pressupõe sofrimento psíquico e, conforme observa Minnozi, não há aqui lesão ao patrimônio da pessoa. O dano moral não tem conteúdo comercial, mas consiste na humilhação, na vergonha, na dor física ou moral. É, nas palavras de René Savatier⁷, “todo sofrimento humano que não resulta de uma perda pecuniária”, sofrimento que pode ser físico ou ter uma origem diversa.

Iago Pimentel diz que “Tanto o prazer quanto a dor podem ser físicos ou morais. São físicos, quando resultam imediatamente de uma excitação em nossos sentidos; são morais, quando a causa que os provoca é uma representação mental.”⁸

O vocábulo “moral”, lembra Agostinho Alvim, não se contrapõe a “físico” no sentido em que ora é empregado, mas sim a “não patrimonial”.

Orlando Gomes, ao precisar o instituto do dano moral, distingue a lesão ao direito personalíssimo que repercute no patrimônio da que não repercute. (Se há

⁶ Augusto Zenun não gosta da expressão *prejuízos*, porque *dano* é abrangente.

⁷ SILVA, Américo Luís Martins da. *Op. cit.*, p. 37.

⁸ ZENUN, Augusto. *Dano Moral e sua Reparação*, 3ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 1995, p. 74.

conseqüência de ordem material, ainda que por repercussão, o dano deixa de ser moral.)

Também denominado, portanto, dano extrapatrimonial, o dano moral é, na verdade, a lesão ao “patrimônio desmaterializado” da pessoa, como disse Daisy Bordon, citada por Martins da Silva, porquanto é possível abstrair o caráter estritamente econômico de “patrimônio” para, de acordo com as concepções mais modernas, abarcar em seu conteúdo os valores imateriais.

Justamente pelo fato de o conteúdo do patrimônio poder ir além da esfera econômica e alcançar bens imateriais, Yussef Said Cahali nega seja a extrapatrimonialidade uma característica do dano moral.

Esse raciocínio, porém, não soluciona o problema, diz o Des. Deda, porquanto se os valores imateriais integram o patrimônio das pessoas, a oposição está não mais entre dano moral e dano patrimonial, porém entre dano moral e dano material ou econômico. E voltamos à questão.

No mesmo sentido que Cahali, no entanto, Augusto Zenun observa que, ao tratarmos de patrimônio, não nos referimos apenas à esfera econômica, mas também aos bens imateriais, ideais. Estes têm, inclusive, valor maior e seria injusto, portanto, deixar de repará-los.

O Prof. Clayton Reis prefere, desse modo, “caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, “como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afestos”; classificando-se, desse modo, em dano que afeta a “parte social do patrimônio moral” (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a “parte afetiva do patrimônio moral” (dor, tristeza, saudade, etc.); dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.) e dano moral puro (dor, tristeza etc).⁹

⁹ REIS, Clayton. Avaliação do Dano Moral, 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 20.

Do mesmo modo como se pode falar em dano patrimonial direto e dano patrimonial indireto (este quando do evento decorre lesão a direito extrapatrimonial, como a saúde), também o dano moral pode ser direto, quando atinge o interesse referente à satisfação de um bem extrapatrimonial dos direitos da personalidade (por exemplo, vida, liberdade, honra, imagem) ou dos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família), ou indireto, quando ocorre depreciação do valor afetivo ou estimativo de um bem patrimonial.

Sendo possível, portanto, que da lesão a um bem patrimonial decorra um dano moral e, da mesma forma, a violação de um bem extrapatrimonial (a honra, por exemplo) acarrete um prejuízo econômico, a classificação do dano em patrimonial ou moral deve ter em vista não a natureza do direito subjetivo atingido, mas o interesse, o efeito da lesão jurídica, ou seja, a repercussão da lesão sobre a vítima.

O Prof. Clayton Reis, porém, prefere distinguir o dano moral do dano patrimonial não com base na repercussão sobre o lesado, mas tendo em vista a forma de reparação. Desse modo, salienta que ocorre dano material quando o bem lesado pode ser repostado ao seu *statu quo ante* ou então a vítima pode adquirir bem semelhante ao destruído, enquanto que no dano moral é reposição das coisas ao estado anterior é impossível e a reparação, no caso, consiste em soma pecuniária capaz de proporcionar satisfação à vítima, de forma a compensar a dor, pelo menos em parte.

A reparação do dano é, portanto, natural ou específica quando o direito violado é, por natureza, reintegrável. Neste caso, a reparação pode ser material, quando a coisa danificada é devolvida ao seu dono no estado em que se encontrava anteriormente, ou econômica, quando, em vez do próprio objeto, o dono recebe outro novo, da mesma espécie.

Diz-se, porém, que a reparação é pecuniária ou por equiparação quando se pretende um estado que se aproxime bastante daquele anterior à lesão jurídica

Vale ressaltar a possibilidade de a violação a um bem jurídico (econômico

ou moral) acarretar, ao mesmo tempo, prejuízo econômico e moral. É o caso, por exemplo, de uma pessoa que, em decorrência de injúria, sofra, além do abalo moral, uma sensível diminuição de sua renda.

Nesse sentido, a Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.”

Por fim, é oportuno ressaltar a seguinte observação feita pelo Des. Deda: “O problema da conceituação é relevante, porque o critério definitório pode não ser verdadeiro, e, por isso, até mesmo conduzir à negativa da reparação. Assim, por exemplo, se alguém entender como dano moral ressarcível o que seja, na verdade, apenas dano material, estará negando o princípio da indenizabilidade do dano puramente moral que a nossa Constituição consagrou. É o caso dos que sustentam a indenização, exclusivamente, dos “efeitos econômicos dos danos morais”.¹⁰

OBJEÇÕES À REPARAÇÃO DO DANO MORAL

Há o grupo daqueles que negam, absolutamente, qualquer reparação do dano moral. Há também aqueles que só admitem reparação dos danos morais que afetam a parte social do patrimônio moral (a honra, a reputação) e negam essa reparação no que tange à parte afetiva do patrimônio (a dor, o luto pela morte de parentes). Há ainda “o grupo dos que consideram justa a reparação do *dano moral* quando anexa de responsabilidade criminal” e ainda os que apenas admitem a reparação moral quando conjunta de dano material.

Temos, por outro lado, aqueles que consideram a reparação uma necessidade. Estes constituem a grande maioria.

O grande jurista Savigny foi negativista. Entre os positivistas, porém,

¹⁰ DEDA, Artur Oscar de Oliveira. *A Reparação dos Danos Morais*. São Paulo, Saraiva, 2000, p. 3.

encontramos Ripert, Minozzi, Ferrini, Calamandrei, Carnelutti, Mazeaud e Mazeaud, Demogue, Carbonnier, Savatier, Dorville, Karl Laurent, dentro outros.

Zulmira Pires de Lima, professora da Universidade de Coimbra citada por Augusto Zenun, agrupa as objeções à reparação por dano moral em oito. Mencionaremos a seguir cada uma delas, seguida dos argumentos utilizados para rebatê-las, ponto por ponto.

1. Falta de um efeito penoso durável → O dano moral pode ter efeito maior ou menor e é essa duração é um dos critérios para a dosimetria da pena – e aqui vale ressaltar que o dano moral pode ser até mais grave que o dano físico, porquanto não pode ser remediado.

2. Incerteza de um verdadeiro direito violado → Quem tem retirada sua normalidade, sua paz, tem violado seu direito de viver bem e, sendo assim, “caracterizado está o *dano real*”.

Os padecimentos de ordem moral (dor, angústia...) não autorizam a compensação dos danos morais se não ficar demonstrado que a vítima tinha um interesse juridicamente tutelado e que houve privação de um bem jurídico. Exige-se a certeza do dano. Adverte José de Aguiar Dias que “a noção de interesse tem (...) de atender a critério objetivo e não subjetivo (...)”

3. Dificuldade para descobrir a existência do dano → Se fosse tão fácil verificar a existência do dano e de tudo quanto alegado por alguém que propõe uma ação, “o direito perderia sua beleza, deixaria de ser a arte do bem e da equidade, para se tornar brutalizado, sem o mínimo valor”. A dificuldade existe, mas não deve ser confundida com *impossibilidade*.

4. Indeterminação do número de pessoas lesadas → O direito à reparação concedido a apenas alguns lesados fere o princípio da isonomia; no entanto, os legitimados para a reparação são, tão-somente, os pais, os filhos, o cônjuge e os irmãos da vítima; o parentesco não deve ir além do 3º grau; os amigos devem ter o dano comprovado *ex abundantia*.

5. Impossibilidade de uma vigorosa avaliação em dinheiro → É verdade que “a dor não tem preço”, e “não se trata de equivalência em dinheiro, mas de se exigir algo, ainda que pecuniário, para se dar satisfação ao ofendido moralmente”; Cunha Gonçalves diz que “Não é o preço da dor – embora esta expressão esteja sendo usada como inexata autonomasia do dano moral; é o instrumento de alguns confortos e algumas distrações, de lenitivos ao desgosto, de um possível prazer, que amorteça a dor; é o meio de substituir os recursos, os alimentos ou a herança que do morto se recebiam ou poderiam advir em ocasião oportuna. Não é remédio que produza a cura do mal, mas, sim, um calmante. Não se trata de suprir o passado, mas, sim, de melhorar o futuro.”

6. Ilimitado poder que se tem de conferir ao juiz → Cunha Gonçalves ressalta ainda que “O possível arbítrio do juiz na apreciação do dano moral não é objeção séria. Ele é possível, também, na indenização dum dano material.”

Em outras palavras, o arbítrio – que não se confunde com arbitrariedade, porquanto aquele, em se tratando de magistrado, pressupõe prudência – ocorre às vezes, inevitavelmente, no ressarcimento do dano patrimonial. Cabe ao juiz dosar o dano para impedir enriquecimento sem causa.

O arbitrário, diz Aguiar Dias, “é até da essência das coisas” quando se fala em dano moral.¹¹

“Efetivamente, o arbítrio do juiz, o que *nos parece bastante forte, exagerado*, demasiado, pois seria melhor falar em *entendimento, captação, expressão viva dos seus próprios sentimentos diante do que lhe é trazido pelas partes, pois o verdadeiro juiz, probo, honrado, digno, trabalhador, não passa de estátua viva do sofredor em busca de justiça!!!*”

7. Imoralidade de se compensar uma dor com dinheiro → Ainda nas palavras de Cunha Gonçalves, é “preferível uma solução imperfeita à permanência da injustiça não reparada”.

¹¹ DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil, vol. II, 10ª ed. Rio de Janeiro, Forense, p. 739.

Quando a vítima pleiteia uma reparação pecuniária pelo dano moral, não está pedindo um preço para a sua dor, mas apenas reclamando um meio de atenuar, ainda que parcialmente, as consequências da violação a seu interesse juridicamente protegido. Imoral seria manter impune o causador do dano.

Cahali observa, porém, que “No direito soviético, exclui-se totalmente a indenização do dano moral, pois na opinião de Cherchevitch, a transformação do prejuízo moral é resultado do espírito burguês que avalia tudo em dinheiro, a considerar que tudo pode ser vendido.”¹²

Não se trata, porém, não é meio e “venda” de bem moral, pois o bem já foi lesionado e não se pode falar em enriquecimento ilícito ou sem causa quando a vítima certamente preferiria voltar ao estado anterior, ou seja, preferiria, se fosse possível, a reparação em espécie.

O pagamento de um valor ao lesado é apenas um meio de fazer o causador do dano sentir (no bolso) que o direito alheio deve ser respeitado e, ademais, atenuar, pelo menos em parte, o sofrimento, até porque a vítima, já tão depauperada organicamente, terá seu sofrimento agravado se o dano não for reparado. Isso segundo doutrina majoritária, conforme veremos adiante.

Afirma o Des. Deda, a propósito, que “imoralidade verdadeira e injustiça gritante constituiriam deixar impune o ofensor e conspurcado o princípio maior do *neminem laedere*”.¹³

8. Impossibilidade jurídica da reparação → A pessoa tanto pode ser lesada no que tem, como no que é, dizia Ihering, e, da mesma forma como possui direito à liberdade, não se pode contestar que tenha direito a sentimentos afetivos e ao bem-estar. Se os bens morais são, portanto, bens jurídicos, eventual lesão deve ser reparada, o que, aliás, é hoje garantia constitucional (art. 5º, incs. V e X).

A Prof.^a Zulmira, favorável à ressarcibilidade dos danos morais, afirma que

¹² CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*, 2ª ed., RT, São Paulo, 1998, p. 32.

¹³ DEDA, Artur Oscar de Oliveira. *Op. cit.*, p. 30.

as objeções mencionadas constituem, na verdade, meras dificuldades práticas, porém, e também o Des. Deda ressalta que “mera dificuldade de ordem prática não se deve erigir em impossibilidade jurídica”.¹⁴

Também Aguiar Dias rebate as objeções à reparação do dano moral.

Argumenta que, com relação à falta de efeito penoso durável, objeção de Gabba, principalmente, Minozzi ressalta a duração da dor só pode influenciar a avaliação do dano (e nunca o reconhecimento da sua existência).

No que tange à incerteza de uma verdadeira violação a um direito e da dificuldade de verificar a existência da lesão, salienta que os danos não são necessariamente patrimoniais e que “o dano moral é consequência irrefutável do fato danoso”¹⁵. Afirma, apenas para exemplificar, que não se pode deixar de reconhecer a dor que sente uma pessoa ao ser agredida em sua honra ou, o que é ainda pior, ao ver a morte de seu filho.

Neste segundo caso, aliás, a dor é evidenciada pelo próprio motivo:

“A lesão moral de um pai pela perda de filho é presumida porque decorre da própria relação humana de pai para filho, tornando-se desnecessária qualquer prova adicional...” (TARS, 9ª Câm. Cív., Apelação Cível n 194.144-73, rel. Juiz Leonello Pedro Paludo, j. 26.04.1995.)

Também Cahali sustenta que o dano moral perturba direitos inerentes à personalidade. A reparação tem por objeto interesses juridicamente definidos e tutelados (vida, saúde, integridade física e moral, honra).

Quanto à alegada indeterminação das pessoas lesadas, Aguiar Dias argumenta que o mais prudente é deixar que o juiz verifique se houve realmente dano moral.

A objeção, porém, mais forte à reparação dos danos morais é aquela que diz respeito à impossibilidade de equivalência entre o dano e o ressarcimento.

¹⁴ DEDA, Artur Oscar de Oliveira. *Op. cit.*, p. 27.

¹⁵ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 738.

Equivalência, no entanto, não significa igualdade, mas aproximação do estado anterior (estado ideal), e isso é possível.

Não é reclamada aqui, diz Cahali, equivalência em termos absolutos, pois a reparação do dano moral tem caráter simplesmente satisfativo.

O Des. Deda afirma que, “Reconhecendo a impossibilidade de equivalência objetiva entre a dor e o dinheiro, Minozzi a substitui pela equivalência subjetiva, empregando, em lugar da palavra “dor”, a expressão “conjunto de sensações dolorosas”, e, em lugar do termo “dinheiro”, a expressão “conjunto de sensações agradáveis”.”¹⁶

Zulmira de Lima, a propósito, esclarece que, com relação ao dinheiro, a noção que nos interessa não é a objetiva (a moeda em si), mas a subjetiva, ou seja, a possibilidade de trocarmos a moeda por sensações agradáveis.

Augusto Zenun diz que a dor não é paga nem indenizada; o que acontece é que lhe é dado “um sucedâneo, que venha suprir os males causados na alma e no corpo, não no sentido de se apagarem esses males”.¹⁷ Em outras palavras, o dinheiro serve para que a vítima se ocupe com algo que lhe proporcione divertimento, a fim de que esqueça um pouco a dor ou a recordação triste, ou melhor, usufrua de meios lenitivos para suas dores e tenha condições de se submeter a um tratamento adequado.

Justamente por esse fato de a reparação cobrir despesas com derivativos, alguns autores afirmam que ela só seria devida às pessoas que não tivessem condições de arcar com esses lenitivos para a dor. Há que se ressaltar, no entanto, que a Justiça não deve fazer distinção entre lesado rico e lesado pobre, pois a sensibilidade ao sofrimento moral (físico ou psíquico) não tem qualquer relação com os recursos do ofendido, muito embora haja jurisprudência em sentido contrário:

“É de ser reformada a sentença que conclui pela indenizabilidade do dano

¹⁶ DEDA, Artur Oscar de Oliveira. *Op. cit.*, p. 25.

¹⁷ ZENUN, Augusto. *Dano Moral e sua Reparação*, 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1995.

moral pleiteada pelos pais de vítima falecida em consequência de acidente de trânsito, quando as circunstâncias revelam que o autor varão é homem de posses, economicamente bem-sucedido, não lhe podendo trazer, decerto, a indenização referida, na forma de pagamento em dinheiro, qualquer satisfação ou compensação pela grave ofensa que sofreu – ‘atentado à personalidade afetiva’ – com a prematura morte de seu filho” (TAPR, 2ª Câm., AC 1.199/83 – Cascavel, rel. Juiz Franco de Carvalho, v.u., j. 20-3-1984).¹⁸

Urge destacar também que a reparação não depende de o dano ser oriundo de relação contratual ou extracontratual.

A dificuldade (e não impossibilidade) de se apurar o dano moral não torna a ação antijurídica, mas “vivifica e a torna salutar para o direito, que é informado e conformado pela moral”.

A EVOLUÇÃO DO DANO MORAL NO BRASIL

Clayton Reis afirma que ainda pesa sobre os magistrados a herança da idéia adotada antes da Constituição de 1988, inclusive pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, em decorrência da impossível avaliação da *pretium doloris*, os danos morais são de difícil indenização. “Não é admissível que os sofrimentos morais dêem lugar à reparação pecuniária, se deles não decorre nenhum dano material” (*in tf*, 138/452).

Quando a solução para o problema do dano moral estava ainda limitada à doutrina e à jurisprudência (porque o ordenamento ainda era tímido em relação a essa questão), Pontes de Miranda fez o seguinte apelo: (pág. 19)

“... que mal entendida justiça é esta que dá valor ao dano imaterial ligado ao material e não dá ao dano imaterial sozinho? Ademais, o maior vulgarizado

¹⁸ DEDA, Artur Oscar de Oliveira. *Op. cit.*, p. 32.

fundamento para se não conceder a reparação do dano imaterial é o de que não seria completo o ressarcimento. Mas não é justo, como bem pondera Kohler, que *nada se dê, somente por não se poder dar o exato*”.

Essa “herança” foi deixada de lado, porém, com a Constituição de 1988 (art. 5º, incs. V e X), que deu um passo importantíssimo ao proteger a moralidade e a dignidade humana, campo em que “o homem realiza a maior construção no curso de sua existência”.

Yussef Said Cahali¹⁹ ensina que o instituto do dano moral “atinge agora a sua maturidade e afirma a sua relevância, esmaecida de vez a relutância daqueles juízes e doutrinadores então vinculados ao equivocado preconceito de não ser possível compensar a dor moral com dinheiro”. Diz ele que “a presente fase é de superação das antinomias anteriores, com sua consagração definitiva, inclusive em texto constitucional e enunciado sumular que a asseguram”.

O Prof. João Casillo ressalta que, embora a Constituição não seja, tecnicamente, o texto legal mais adequado para tratar da responsabilidade civil, “há um momento em que o legislador constituinte tem a obrigação de levar para a Lei Maior os anseios dos seus representantes e, efetivamente, foi isto que ocorreu”.²⁰

Antes mesmo, porém, da Constituição de 1988, muitos autores, dentre os quais se destacam Clóvis Beviláqua e Pontes de Miranda, argumentavam que a reparabilidade do dano moral encontrava guarida, dentre outros dispositivos, no art. 76 do Código Civil, *verbis*: “Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral.”

Para Eduardo Espínola, porém, a reparação não encontra respaldo nesse artigo, pois não se pode confundir interesse de agir com interesse que forma o conteúdo do direito subjetivo a ser assegurado com a ação (ou seja, aquele cujo reconhecimento se demanda). Para Espínola, a tutela da reparação está nos arts.

¹⁹ CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 03.

²⁰ CASILLO, João. Dano e Indenização na Constituição de 1988. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 660, p. 39.

1547 a 1551, que tratam da indenização por injúria ou calúnia, do agravo à honra de uma mulher, dos crimes de violência sexual ou ultraje ao pudor e da ofensa à liberdade pessoal.

Também entendendo que o art. 76 apenas reiterou a idéia já pacífica no sentido de que interesses de ordem moral podem fundamentar a ação, Costa Manso, citado por Martins da Silva²¹, sustenta que, ainda que admitido o argumento de que esse dispositivo refere-se à indenização do dano moral, não há ali a obrigatoriedade da reparação pecuniária. Segundo ele, ademais, a indenização do dano moral só ocorre nos casos expressos, ou seja, o rol de danos que ensejam a reparação é taxativo.

POSSIBILIDADE DE A PESSOA JURÍDICA SOFRER DANO MORAL

Ferraz de Arruda conceitua dano moral puro como “todo fato resultante de um ato contrário ao Direito, que afete de alguma forma a integridade psíquica do indivíduo, provocando-lhe a infelicidade, transitória ou não no tempo, no plano jurídico”.²²

Apenas as pessoas naturais podem, segundo ele, sofrer dano moral puro, porquanto as pessoas jurídicas (sociedade, associações e fundações) têm existência apenas no mundo jurídico, ou seja, sua capacidade está restrita ao exercício dos direitos compatíveis com sua realidade formal estatutária. Em outras palavras, há direitos próprios e exclusivos da pessoa natural, já que esta é dotada de razão e sentimento.

“(...) quando se atinge a reputação de que goza o indivíduo, no meio social, está atingindo-se o sentimento de prazer íntimo que este possui em desfrutar do

²¹ SILVA, Américo Luis Martins da. *Op. cit.*, p. 171.

²² ARRUDA, Augusto F. M. Ferraz. *Op. cit.*, p. 29.

conceito de boa reputação.”²³

Em se tratando de pessoa jurídica, porém, não se pode falar em honra; o que se pode é dizer que “a acusação, a aleivosia, a depreciação dolosa, a propagação de boatos” podem “comprometer o exercício da atividade-fim estabelecida no estatuto de constituição” e, assim, acarretar-lhe prejuízo econômico. Havendo esse prejuízo, o autor da alegação ou conduta responderá não por dano moral puro, mas por dano patrimonial comum.

Pode acontecer, porém, que as acusações acarretem dano moral puro nas pessoas físicas dos sócios e dirigentes. Nesse caso, são esses indivíduos legitimados à ação em benefício deles próprios, mas não da pessoa jurídica.

Wilson Mello da Silva, mencionado pelo advogado Álvaro Couri Antunes Souza²⁴, afirma também que “dano moral é aquele que diz respeito às lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural (não jurídica) em seu patrimônio de valores exclusivamente ideais, vale dizer, não econômicos”.

Essa tese vai de encontro, porém, com a jurisprudência.

Com efeito, embora a sensação de angústia, de mágoa – de sofrimento, enfim – não atinja a pessoa jurídica, o Superior Tribunal de Justiça, após muita discussão jurisprudencial (em que ficaram vencidos, inicialmente, os Ministros Eduardo Ribeiro e Carlos Alberto Menezes Direito), pacificou a questão nos seguintes termos: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.” (Súmula 227.)

Também o Des. Deda, afirmando que hoje predomina a tese segundo a qual o dano moral é caracterizado com base na natureza do direito subjetivo afetado (e não tendo a vista o resultado da lesão jurídica), defende a possibilidade de a pessoa jurídica figurar como sujeito passivo do dano moral.

O mesmo posicionamento assumem Carlos Alberto Bittar, Limongi França e Rui Stoco, este sustentando que não cabe ao intérprete distinguir entre pessoa física

²³ ARRUDA, Augusto F. M. Ferraz. *Op. cit.*, p. 37.

²⁴ SOUSA, Álvaro Couri Antunes. O valor da causa nas ações indenizatórias por danos morais. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Brasília, v. 64, p. 36.

e pessoa jurídica no que tange à indenização por dano moral, pois a Constituição não fez qualquer ressalva nesse sentido.

A propósito, Fernando Vasconcelos²⁵, professor da UFPB, analisa caso em que um condomínio residencial comprou materiais no valor de R\$ 818,58 e, não obstante ter efetuado o pagamento na data combinada, teve título protestado pela empresa com a qual mantinha relações de consumo. Esse fato acarretou restrições em seu crédito, e o condomínio, constituído com a responsabilidade de proceder à construção de vinte apartamentos, deparou-se com a recusa das empresas em fornecer materiais e com a negação de crédito pelos bancos, razão pela qual ajuizou ação de reparação de danos cumulada com indenização por perdas e danos contra a empresa protestante.

Após processamento regular do feito, o pedido foi julgado improcedente sob o argumento de que “somente existe a obrigação de reparar se comprovada a culpa do agente provocador do suposto dano e o nexo de causalidade”.

Em seu parecer, Fernando Vasconcelos, após afirmar que as justificativas apresentadas na sentença não encontram qualquer respaldo, por estar evidente a responsabilidade da empresa contratante, e não da empresa de *factoring*, já que foi o *sacador* quem contratou com o condomínio (e não a empresa que teria sido encarregada da cobrança), defende a tese de que “A pessoa jurídica também tem honra, embora *objetiva*. Quem de qualquer modo abale ou afete essa honra tem de ser responsável civilmente, tem de indenizar. Ao contratar com o condomínio, a empresa vendedora assumiu todos os riscos e responsabilidades decorrentes desse contrato e, por se tratar de *contrato de consumo*, essa responsabilidade passa a ser *objetiva*, sem necessidade de investigação de culpa.”

Vasconcelos argumenta que o protesto indevido do título e o registro do nome da pessoa jurídica no SPC acarretaram dano moral ao condomínio.

O ilustre professor afirma ser pacífica a jurisprudência no que tange à

²⁵ VASCONCELOS, Fernando. Pessoa Jurídica: Dano Moral, *in* RT 781, novembro de 2000, p. 111 a 117.

possibilidade de sofrimento de dano moral por pessoa jurídica e invoca a Súmula 227 do STJ, além de ensinamento de Pontes de Miranda no seguinte sentido:

“Também é indenizável o dano não-patrimonial às pessoas jurídicas; desde que, com o dinheiro, se possa restabelecer o estado anterior que o dano não-patrimonial desfez, há indenizabilidade do dano não-patrimonial; se houve calúnia ou difamação da pessoa jurídica e o efeito não-patrimonial pode ser pós-eliminado ou diminuído por algum ato ou alguns atos que custam dinheiro, há indenizabilidade.”

PAGAMENTO DECORRENTE DE DANO MORAL COMO PENA CIVIL

Ferraz de Arruda, Juiz do 2º TACívSP, afirma ser preciso distinguir o fato resultante do ato ilícito (fato-causa, que pode ser tanto material – morte, lesão física, perda ou estrago de um bem material... – como simplesmente ideal ou formal – ofensas, que, podem ser verbais ou escritas, à honra da pessoa) e o fato dano moral, expresso por qualquer sentimento ou estado lesivo à integridade psíquica da pessoa.

O fato-causa é objetivo, externo à vítima, enquanto o fato-efeito é subjetivo, interno, ou seja, ocorre no íntimo do indivíduo, pois se trata de um sentimento, bastante dependente, portanto, da estrutura psíquica da pessoa. Isso significa que pode haver o fato-causa sem que se produza o fato-efeito.

“O prejuízo resulta, na realidade, da receptividade da vítima. É a sua sensibilidade que está em causa”, diz Ripert.

É elemento caracterizador do dano moral puro a ausência de prejuízo econômico. Os bens jurídicos de significado ético e moral não integram a esfera do comércio jurídico, porquanto, pelo seu caráter ideal, não são passíveis de transferência de um indivíduo para outro, ou seja, não podem ser negociados.

Quando o dano moral acarreta prejuízos patrimoniais, trata-se da

responsabilidade civil em sentido estrito. É o caso, por exemplo, do advogado que, atacado na sua reputação profissional, sofre sensível diminuição de sua clientela.

Ferraz de Arruda entende que o pagamento devido em pecúnia pelo causador do dano moral puro se trata de uma pena civil, porque, segundo ele, no sistema jurídico brasileiro só o prejuízo econômico é indenizado, e os bens morais são insuscetíveis de avaliação econômica.

Afirma Ferraz de Arruda, ademais, que “a responsabilidade civil por dano patrimonial segue o princípio da recomposição patrimonial ao lesado ao *status quo ante*. O lesado não lucra com o dano sofrido, mas apenas é ressarcido, recuperando economicamente, nem mais nem menos, o prejuízo experimentado.” No dano moral puro, contudo, não há como fixar uma “indenização” justa, diz ele, porquanto não há prejuízo econômico.

Ferraz de Arruda critica ainda o fato de grande parte da doutrina e da jurisprudência afirmar que a pena civil decorrente do dano moral “funciona como um lenitivo para o espírito do ofendido ou mesmo uma espécie de compensação”. Diz ele que esses argumentos não têm qualquer respaldo jurídico.

O dinheiro que receba um homem em decorrência da morte de seu filho em um acidente automobilístico jamais será capaz de compensar a dor sofrida, razão pela qual estaria equivocada aquela tese.

Se, porém, e apenas para argumentar, a quantia recebida fosse capaz de solucionar ou amenizar a infelicidade advinda dessa tragédia, o que se poderia dizer é que esse homem não amava seu filho. Não o amando, não se poderia falar em dano.

Ferraz de Arruda argumenta que “a pessoa dotada de um pouco de sensibilidade e consciência não iria desfrutar de uma importância que lhe veio às mãos mercê de um infortúnio, de uma tragédia”. Seria imoral um enriquecimento material “às custas da própria infelicidade”, diz ele, ressaltando ser necessário cuidado “para que não se banalizem valores espirituais, transformando-os em coisas passíveis de serem trocadas por dinheiro”.

Os sentimentos não podem ser resolvidos com dinheiro. Fosse assim os ricos não teriam problemas. Bens materiais não são capazes de solucionar dramas internos, nem amenizá-los.

A recuperação da integridade psíquica, ou a amenização do sofrimento, ocorre com a estrutura mental da vítima do dano, e não com o dinheiro.

Ferraz de Arruda afirma ainda que, se o lesado utiliza a quantia recebida para conforto material, é porque não tinha antes condições para tanto e, sendo assim, lucrou indevidamente. Se, porém, já era abastado, “a importância por ele percebida não fará diferença, a não ser de somar mais riqueza”.

Finaliza Ferraz de Arruda reiterando a idéia de que o pagamento devido pelo dano moral puro “se trata, exclusivamente, de uma *pena*, de natureza civil, revertida em benefício do próprio acusado”.

Não sendo esse pagamento, portanto, indenização, compensação ou lenitivo, mas tão-somente pena, qual é a sua natureza? “No caso do *dano moral puro*, não excluída a hipótese do concomitante interesse público punitivo do Estado, em razão do ilícito cometido, subsiste, exclusivamente, o interesse privado, já que o objeto da lesão é a integridade psíquica própria e particular do ofendido, revertendo-se, por isso, a pena pecuniária em seu exclusivo interesse.”

Sendo assim, diz aquele autor, é desnecessário indicar a finalidade da quantia percebida pelo lesado, pessoa que pleiteia a indenização por “razões íntimas, que podem ir da satisfação do desejo de desagravo público, da realização de justiça, de castigo mesmo, de vingança, humilhação do agente causador, até o de exclusivo interesse de proveito material, enfim, enriquecimento.”

Quanto à quantificação da pena, não há um critério legal objetivo, o que faz com que a fixação seja resultado do “arbítrio judicial” (“uma das formas mais iníquas de se perpetrar uma injustiça”).

Arruda considera que seria necessário pelo menos um limite para a pena. Não havendo esse teto, diz ele, não se pode falar em dosimetria.

Esse problema é, aliás, resultante de uma lacuna legislativa. O legislador ordinário ainda não disciplinou o que a Constituição Federal denominou “indenização” por *dano moral puro*.

“A idade-limite para o recebimento, pelos dependentes da vítima de infortúnio fatal, da pensão VITALÍCIA indenizatória”²⁶ – 75 anos – é um exemplo de lacuna preenchida pela jurisprudência, porquanto essa fixação tornou-se parâmetro objetivo, eliminando grandes discussões a respeito do assunto.

Galeno Lacerda, citado por Ferraz de Arruda, propõe, com base nos “vários preceitos do Código Civil que remetem à aplicação do mesmo princípio do Código Penal vigente”, que, na fixação da pena decorrente de dano moral, seja utilizado o critério previsto na legislação criminal para aplicação de penas pecuniárias, com a ressalva, feita por este magistrado, no sentido de que na pena civil não deve ser considerada a situação econômica do réu.

A única diferença, então, entre esses dois tipos de pena é que na criminal o recolhimento se dá aos cofres públicos, enquanto na civil a quantia recolhida é entregue à vítima.

Não há razão, salienta o magistrado, que, em se tratando da satisfação de um interesse privado, imponha-se ao infrator civil pena pecuniária mais elevada.

Quanto aos pressupostos para a dosimetria da pena, Ferraz de Arruda diz serem eles os seguintes: (1) a natureza do dever descumprido e os bens jurídicos violados; (2) a extensão ou intensidade do dano moral, que será avaliada pelas “circunstâncias fáticas que demonstrem, de forma objetiva e efetiva, com uma razoável pertinência com o *fato-causa*, a existência do dano moral na proporção alegada pela vítima ou ofendido”; (3) o tempo de persistência do dano.

Não se considera, para a dosimetria, o grau de culpa do agente, pois, “em se tratando de dano moral, o que importa é o dano sofrido, seja ele decorrente de culpa

²⁶ ARRUDA, Augusto F. M. Ferraz. *Op. cit.*, p. 51.

grave, leve ou levíssima”.²⁷

Também não são levadas em conta as situações econômicas do agente ou do ofendido (idéia contrária à doutrina e à jurisprudência dominantes). Isso porque o único objetivo da pena civil é satisfazer o interesse exclusivamente privado da vítima, sendo afastada qualquer pretensão de se educar o réu, castigá-lo ou fazer com que ele sirva de exemplo, visto que é de exclusivo foro íntimo o motivo que leva alguém a intentar a ação por dano moral.

“(...) levar em consideração a riqueza econômica do réu, ou mesmo do autor, para dosar a pena é o mesmo que estabelecer uma prévia avaliação do valor da pena fundada em situação pessoal, portanto, discriminatória, ao mesmo tempo que incentiva aos desprovidos de senso ético, sem dúvida, aproveitarem-se dessa ação para obter um enriquecimento certo e sem causa”, afirma Ferraz de Arruda.²⁸

Não nos parece, porém, correto esse entendimento.

Com efeito, se o pagamento decorrente do dano moral é uma pena civil, é razoável que um dos parâmetros para a fixação do valor seja justamente a culpa. Quanto maior a intenção do agente em provocar a lesão, maior deve ser a pena.

Também causa certa perplexidade o fato de o magistrado afirmar que a situação econômica do responsável não deve ser considerada. Se levado a rigor esse entendimento – contrário, aliás, à jurisprudência dominante –, a pena imposta poderia representar um encargo para uma pessoa de poucos recursos e, por outro lado, uma quantia praticamente insignificante para uma pessoa abastada.

Por fim, no que tange à alegação de que a desconsideração da condição econômica do agente funcionaria como incentivo à propositura de ações contra os ricos, pode-se argumentar que cabe ao magistrado verificar se o dano alegado está devidamente comprovado, valendo lembrar que existem as providências cabíveis no caso de litigância de má-fé.

²⁷ ARRUDA, Augusto F. M. Ferraz. *Op. cit.*, p. 55.

²⁸ ARRUDA, Augusto F. M. Ferraz. *Op. cit.*, p. 58.

OBSERVAÇÕES PROCESSUAIS

Ferraz de Arruda tece algumas observações com relação ao processo: (1) a petição inicial deverá relatar com objetividade em que consistiu o efeito moralmente danoso, como a dor física ou psíquica, traumas, neuroses, reputação abalada, dignidade ofendida, descrédito profissional; (2) o pedido deve ter valor certo e determinado, observando Ferraz de Arruda que como o pedido mantém íntima ligação com os ônus da sucumbência, porquanto o magistrado decide em relação ao valor pleiteado, o dever processual de indicar na inicial o *quantum* certo da pena evita que, propositadamente, o autor indique valores extravagantes e desproporcionais, transformando o processo em uma forma de comércio.

Sendo o autor beneficiário da justiça gratuita, há o problema de ele se prevalecer dessa situação para que o réu, querendo recorrer, desembolse, a título de custas, quantia muito elevada. Para evitar essa injustiça, a solução está “na limitação objetiva do valor da causa por *dano moral puro* ao teto estabelecido para a fixação da pena”.²⁹

André Gustavo Corrêa de Andrade³⁰, Juiz de Direito do Rio de Janeiro e professor, argumenta, porém, que a indenização por dano moral está enquadrada na hipótese do inc. II do art. 286 do CPC, que estabelece a possibilidade de formulação de pedido genérico “quando não for possível determinar, de modo definitivo as conseqüências do ato ilícito”.

Tendo em vista o subjetivismo na valoração do dano moral, Andrade sustenta que o ônus de formular pedido certo de indenização acarretaria, quase sempre, acolhimento apenas parcial do pedido, ou seja, o autor sucumbiria

²⁹ ARRUDA, Augusto F. M. Ferraz. *Op. cit.*, p. 61.

³⁰ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dano Moral e Pedido Genérico de Indenização, *in* RT 781, novembro de 2000, p. 33 a 49.

parcialmente na demanda, de modo que teria que arcar com a distribuição proporcional das custas processuais e dos honorários advocatícios. A vitória do autor seria, portanto, diminuída pelo simples fato de que a valoração pessoal de seu sofrimento não corresponderia à quantificação, também subjetiva, feita pelo juiz.

Muito embora esta seja a jurisprudência minoritária, há julgados no sentido de que, em se tratando de dano moral, a condenação em montante inferior a pedido certo não acarreta sucumbência parcial.

Também já se decidiu que, nas ações de indenização por dano moral, o valor pode ser complementado ao final da causa ou quando da execução do julgado, sendo possível, ainda, que, tanto por reputar insignificante quanto por considerar excessivo o valor da causa, o réu apresente impugnação em incidente autuado em apartado.

Quanto ao argumento no sentido de que a possibilidade de formulação de pedido genérico funcionaria como incentivo à “indústria do dano moral”, Andrade afirma ser essa alegação “injurídica”, porquanto, para evitar ações temerárias, ajuizadas em decorrência de fatos banais e com o objetivo de enriquecimento, a solução “não está na criação de obstáculos *processuais* ou *econômicos*” – atitudes essas que violariam a garantia do amplo acesso à jurisdição; o combate a esse tipo de ação deve vir da formação de magistrados que saibam rejeitar pretensões desarrazoadas e aplicar as normas que tratam da litigância de má-fé. (p. 43)

Andrade sustenta, por fim, ser equivocada a idéia de que o pedido genérico viola os princípios da ampla defesa e do contraditório por impossibilitar que o réu discuta o valor da reparação. O professor diz que esse argumento parte da falsa premissa de sonegação de informação essencial à ampla defesa, quando, na verdade, o montante da indenização é imprevisível para ambas as partes.

PAGAMENTO DECORRENTE DE DANO MORAL COMO DERIVATIVO

Augusto Zenun afirma que “o dano moral não corresponde à *dor*, em si e por

si, mas ressaltava os efeitos marcados pela *dor*, pelo *sofrimento*, que invade e domina a alma, provocando apatia, morbidez mental, deixando marcas indeléveis no ofendido”. É o desgaste dos nervos, a depauperação orgânica, a depressão nervosa.

O vocábulo “sucedâneo”, de Cunha Gonçalves, não é, porém, o adequado. Zenun prefere “derivativo”, “para se aplicar à reparabilidade daquilo que a *dor* causa ou deixa gravado em cada qual, num somatório de males invadindo a alma”³¹, ou seja, “derivativo” refere-se à tristeza, à tensão...

“(…) não se trata de dar preço à *dor*, aos *sofrimentos*, aos *sentimentos* (…)

Também não há como falar em enriquecimento ilícito por parte do ofendido, que apenas recebe o indispensável para cobertura dos custos com os meios de recuperação (…)

Derivativo é o “divertimento com que se procura fugir a estados melancólicos, uma derivação”.³²

Montenegro, em obra de 1984 – anterior, portanto, à atual Constituição – já reconhecia a reparação do dano moral (na época, mera tendência do Direito Civil brasileiro) como “uma compensação ou satisfação simbólica, visto que nela domina a idéia de pena privada, de manifesta incompatibilidade com a sistematização dos princípios que forma o arcabouço da teoria da indenização de danos”.³³

O pagamento de uma soma em dinheiro estaria destinada, segundo esse autor, a servir como exemplo e, além disso, proporcionar meios de a vítima ter amenizada a dor moral. Em outras palavras, a tentativa seria de fazer com a vítima retornasse ao estado de ânimo anterior ao do dano.

Quanto ao arbitramento dos danos morais, Avio Brasil, mencionado por Zenun, formula as seguintes regras:

“que a satisfação pecuniária não produza um enriquecimento à custa do empobrecimento alheio; equilíbrio entre o caso em exame e as normas gerais, de um

³¹ ZENUN, Augusto. *Op. cit.*, p. 2.

³² ZENUN, Augusto. *Op. cit.*, p. 83

³³ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Op. cit.*, p. 129.

caso em equivalência, tendo em vista: I – curva de sensibilidade: a) em relação à pessoa que reclama a indenização; b) em relação ao nível comum sobre o que possa produzir, numa pessoa normal, tal ou qual incidente; c) grau de educação da vítima; d) seus princípios religiosos; II – influência do meio considerado: a) repercussão pública; b) posição social da vítima do dano; considerar-se a espécie de fato, se é de ordem puramente civil, se comercial, ou se envolve matéria criminal; que a extensão da repercussão seja um triplo à repercussão da notícia que causou o dano; constatar-se nos casos de simples acidentes, se, além do prejuízo físico da perda do órgão ou membro, há prejuízo de ordem estética...”³⁴

Augusto Zenun critica essas regras, que, segundo ele, “levam o juiz à impossibilidade de julgar, tal a complexidade de seus enunciados”. Salienta ainda que a posição social do lesado não deve ser considerada.

Em sentido contrário, Maria Helena Diniz³⁵ afirma que, na fixação do dano cujo *quantum* não foi estabelecido em lei, o juiz deve considerar a posição social ou política do ofendido, a intensidade do ânimo de ofender (culpa ou dolo), a situação econômico do ofensor, o risco criado, a gravidade e as conseqüências da ofensa.

A desconsideração da situação econômica do ofendido deve ocorrer, segundo Zenun, porque “Só um tartufo não sente dor moral, sentimentos, sofrimentos pela ofensa dessa espécie, e não se abala, e não se tortura, e não sofre, e não fica inerte, enquanto tudo isso se dá com a pessoa sensível diante de uma fatalidade e, por conseqüência, só se alivia por meio de *derivativos*, que têm custos e devem ser reparados.”³⁶

De qualquer maneira, a reparação dos danos morais requer a observância de critérios de bom senso e discernimento. Aliás, esses critérios são fundamentais em qualquer decisão judicial, para que não ocorra o que freqüentemente acontece nos Estados Unidos, país em que se verificam verdadeiros absurdos na reparação do

³⁴ ZENUN, Augusto. *Op. cit.*, p. 97.

³⁵ SILVA, Luís Américo Martins da. *Op. cit.*, págs. 61-62.

³⁶ ZENUN, Augusto. *Op. cit.*, p. 102.

dano moral, com a fixação de valores elevadíssimos para compensar fatos praticamente insignificantes.

Sem critérios previamente estabelecidos, bom senso e algumas limitações legais, a fixação da compensação do dano moral tende ao exagero.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 não só garantiu, no art. 5º, incisos V e X, a indenização dos danos morais, como erigiu esse direito à categoria de garantia fundamental, dando cabo a discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito dessa possibilidade.

Mas qual é o sentido disso?

Para a doutrina majoritária, o pagamento decorrente do dano moral é uma forma de não apenas punir e corrigir o responsável – e, assim, evitar a repetição de atos ilícitos, por ele ou por outras pessoas –, mas também proporcionar ao lesionado condições de arcar com derivativos, de forma a compensar a dor moral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARANTE, Aparecida I. Responsabilidade Civil por Dano à Honra. Belo Horizonte, Del Rey, 1991.
- ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dano Moral e Pedido Genérico de Indenização, *in* RT 781, novembro de 2000, p. 33 a 49.
- ARRUDA, Augusto F. M. Ferraz. Dano Moral Puro ou Psíquico. São Paulo, Juarez de Oliveira, 1999.
- CAHALI, Yussef Said. Dano Moral, 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.
- CASILLO, João. Dano e indenização na Constituição de 1988. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 660, p. 37-39, outubro de 1990.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade Civil Constitucional. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Curitiba, nº 40, p. 52-58, julho a setembro de 1999.
- _____. Programa de Responsabilidade Civil, 2ª ed. São Paulo, Malheiros, 1999.
- DEDA, Artur Oscar de Oliveira. A Reparação dos Danos Morais. São Paulo, Saraiva, 2000.
- DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil, vol. II, 10ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro, Forense, 1996.

REIS, Clayton. Avaliação do Dano Moral, 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2000.

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

SOUSA, Álvaro Couri Antunes. O valor da causa nas ações indenizatórias por danos morais. Revista de Doutrina e Jurisprudência. Brasília, v. 64, p. 33-49, set/dez 2000.

STOCO, Rui. Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial., 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

VALLE, Christino Almeida do. Dano Moral. Rio de Janeiro, AIDE, 1999.

VASCONCELOS, Fernando. Pessoa Jurídica: Dano Moral, *in* RT 781, novembro de 2000, p. 111 a 117.

ZENUN, Augusto. Dano Moral e sua Reparação, 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1995.