

Dano moral ou quando a dor gera a reparação

A autora esmiúça o conceito de dano moral, seus elementos integrantes, e critérios de avaliação abordando as posições jurisprudenciais recentes e ainda os dispositivos do Novo Codex civil.

GISELE PEREIRA JORGE LEITE

Os pressupostos clássicos da responsabilidade civil em gênero consistem na verificação do dano, do nexos causal e da culpa. Sobre este tripé apóia-se a obrigação de reparar, calcado na teoria subjetiva com fulcro no art. 159 CC art. 186 NCC.

Apesar da regra geral nada obsta a consagração de teorias objetivas onde se prescindir do elemento culpa em uma série de leis especiais.

Caio Mário da Silva Pereira oferece detalhado estudo sobre a evolução da responsabilidade civil, com a migração do sistema da culpa para o da responsabilidade objetiva, não só em nosso Direito, como também em países de orientação romano-cristã como França e Itália.

Sublinha ainda a compatibilidade absoluta entre a regra geral subjetiva e a proliferação de leis especiais que consagram a responsabilidade objetiva ainda como exceção.

Basta a presença do ato (elemento mais essencial e óbvio da responsabilidade) e do nexos de causalidade considerado como o liame que ata a conduta ou atividade, comissiva ou omissiva do agente, em uma relação de causa e efeito com o resultado danoso.

Em atividades de alto teor de risco danoso, visando facilitar a reparação da vítima e estimular a prevenção de danos, estimulando o agente adotar as cautelas mais eficazes possíveis, no intuito de evitar que ocorra a lesão.

É salutar sublinhar a relevância da causalidade adequada (que se destaca por ser a mais idônea e a gerar o evento, de acordo com a experiência comum, dentre as várias condições possíveis).

Sobre o nexos de causalidade, apesar da divergência travada entre os adeptos das teorias da equivalência dos antecedentes (pela qual todas as condições que concorrem para a produção do evento se equivalem, tem o mesmo valor).

Deste modo, com apoio da doutrina característica básica à sua verificação: ser preciso sempre a demonstração de que sem o fato alegado, o dano não se teria produzido.

De fato, a teoria do risco aparece em alguns dispositivos esparsos ao longo do C.C. e nas relações de um consumo, transporte aéreo, responsabilidade do Estado, tabeliões, meio ambiente, processo cautelar, atividade nuclear, etc.

Em sentido diferente da regra subsidiária repete-se, onde além destes, faz-se mister a prova da culpa (elemento subjetivo) definido comumente como falta de diligência na observância da norma de conduta.

Por outro lado, distingue-se classicamente a responsabilidade tanto contratual como a extracontratual, conforme ocorra uma violação a um dever jurídico estabelecido pelo contrato ou lei.

Quer na culpa presumida ou na culpa provada pela vítima, conclui-se que o dano moral pode derivar de qualquer das espécies, podendo advir o dever de reparar da responsabilidade sem ou com culpa, por violação de dever jurídico estabelecido em lei ou em contrato.

Não se deve deixar a vítima sem reparação da dor moral em virtude de eventual ausência de caráter punitivo agregado ao seu valor.

Isto porque a natureza jurídica da reparação de dano moral ganha importância especial em momento posterior ao reconhecimento do direito, vale dizer, em etapa concernente ao cálculo do *quantum debeatur*.

Em primeiro lugar a verificação do direito, quando se apura os pressupostos da responsabilidade civil, em segundo lugar, em que se calcula o valor da reparação.

Nesta segunda investigação, o intérprete guiar-se-á por mecanismo orientador peculiar do dano moral, distinto assim do que diz respeito ao dano material; buscará um valor que atenda aos reclames de uma espécie de punição ao infrator e, sobretudo, de uma certa compensação a vítima.

A ausência de ilicitude da conduta danosa pode, quando tanto, servir para abrandar o valor da reparação, mas não para negá-la.

É imperioso distinguir os conceitos de direito e moral, a fim de se estudar o dano moral na acepção técnica-jurídica, assinalando que nem todas as dores morais que ensejam sanção da ordem jurídica, mas apenas aquelas especialmente qualificadas pela norma e que interessam ao Direito.

Não se confere, destarte, direito à reparação por danos morais, por exemplo, a todos os

transeuntes que presenciarem uma cena de morte de uma determinada pessoa por atropelamento, ainda que algumas restem profundamente tocadas e traumatizadas com a brutalidade da cena.

Não se verificam, aqui os efeitos jurídicos danosos, não há relevância jurídica a justificar a tutela.

Porém, aos familiares do falecido é devida a correspondente indenização por danos morais; entende-se existir, neste hipótese, o dano a justificar o acionamento e a proteção da ordem jurídica em socorro à vítima.

O vocábulo direito é dotado de múltiplos significados como bem acentua **Serpa Lopes**. Na segunda acepção, direito corresponde as faculdades e prerrogativas, com base na lei, que o indivíduo pode exercer em face dos demais membros daquela sociedade, como o direito de propriedade, direito da personalidade.

Já numa terceira acepção, é o direito tomado como ciência, é a apreciação do movimento jurisprudencial em torno dos processos interpretativos, e seu estudo doutrinário nas faculdades e cursos de direito.

A moral diz respeito ao foro íntimo, a relação do sujeito consigo mesmo, sendo portanto autônoma. A moral ao contrário do direito, não goza do atributo de exigibilidade.

Ao passo que o direito possui a marca da coercibilidade: cada comando da norma jurídica corresponde a uma sanção.

A obediência ao preceito do direito dá-se, destarte, obrigatoriamente, através deste mecanismo de coerção, derivado do monopólio estatal do uso da força.

Cumpra deixar claro que a responsabilidade civil não tem nada a ver com a responsabilidade moral. É evidente que o domínio da moral é mais abrangente do que o do direito, a este escapando muitos problemas subordinados àquele, porque a finalidade da regra jurídica se esgota com manter a paz social, e esta só é atingida quando a violação se traduz em prejuízo. Daí resulta que não se cogita da responsabilidade jurídica enquanto não há um prejuízo.

O conceito de dano, genericamente pode ser sintetizado pela lição de **Aguiar Dias**, calcada particularmente em **Carnelutti**: "lesão de interesse juridicamente tutelado."

Não é a natureza do interesse juridicamente tutelado que caracteriza o dano moral como tal, e sim o efeito da lesão na pessoa do ofendido, vítima.

Desta forma, o interesse juridicamente ofendido pode ser a honra, e de uma lesão ao direito da personalidade decorrer dano patrimonial, como por exemplo, uma imputação de calúnia que, abalando a reputação, o bom conceito, de um indivíduo lhe frustrar determinados negócios em mas de lhe ser lucrativo.

Dano moral é a dor em função de conduta contrária ao direito, ou tecnicamente, como o efeito moral da lesão a interesse juridicamente protegido.

A noção de dano moral é de reparação dos danos causados por lesão aos direitos da personalidade.

A personalidade como qualidade jurídica é um produto de direito positivo, sendo geralmente definida com uma suscetibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas (**Adriano De Cupis**, "Os Direitos da Personalidade", Lisboa, Morais editora, 1961).

Constitui a personalidade a pré-condição – no dizer de **Ferrara**, ou o fundamento e pressuposto, para **De Cupis** – dos direitos e obrigações jurídicas.

A personalidade seria uma ossatura destinada a ser revestida de direitos e obrigações. Direitos esses que serviam os direitos subjetivos, entendidos como a possibilidade de fazer valer certas posições de proeminência, conferidos pelo ordenamento, relativamente a outras pessoas através da manifestação de vontade.

Os direitos da personalidade são aqueles direitos subjetivos cuja função relativamente à personalidade, é especial, constituindo o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo.

Se tais direitos não existissem, a pessoa não existiria como tal, por isso são direitos essenciais. Cada meio social tem uma sensibilidade particular relativamente à essencialidade dos direitos, não é possível chamar os direitos da personalidade como "direitos inatos", entendidos no sentido de direitos respeitantes, por natureza à pessoa, como pretende a escola do direito natural e que sustenta a preexistência dos direitos subjetivos ao Estado, que posteriormente seriam apenas reconhecidos por ele. Essa escola teve como seu grande monumento triunfal a Declaração dos Direitos do Homem da Revolução Francesa.

Em verdade tais direitos subjetivos descendem do ordenamento positivo, mas existem os

direitos derivados ou adquiridos – que requer além do pressuposto da personalidade jurídica, e a verificação de determinados requisitos, relativamente a outros – e estes são os direitos inatos, ou originários.

Quanto ao objeto dos direitos da personalidade, pode-se afirmar que possui dupla característica : 1. o estreito nexos com a pessoa, a ponto de ser um poder orgânico; 2. de identificar-se com bens de maior valor suscetíveis de domínio jurídico. Os bens da vida como a integridade física, a liberdade, como bens máximos. O objeto não é exterior ao sujeito, mas também não se confunde com ele, pois o modo de ser da pessoa não é a mesma coisa que “a pessoa”.

A individualização do bem segue a necessidade porém para **Perlingieri** não se pode reduzir os direitos da personalidade à estrutura patrimonialista, noutra categoria também se inserem como os direitos potestativos, poderes ou faculdades jurídicas.

São direitos não patrimoniais posto que sem utilidade imediata de ordem econômica, diferentemente dos direitos de crédito e dos direitos reais. São direitos absolutos, ou *erga omnes* bem como os direitos reais.

Não se pode esquecer que, na prática de nossos tribunais, se verifica uma tendência ou pelo menos uma facilidade maior, em reparar o dano moral decorrente da lesão aos direitos da personalidade, onde a vítima é a própria pessoa que sofre as consequências da injúria perpetrada.

A irrenunciabilidade dos referidos direitos de personalidade significa que tais direitos não podem ser eliminados pela vontade do seu titular, devido à seu caráter essencial.

O que define o dano moral é o efeito da lesão na pessoa do ofendido, de sorte que uma lesão a direito da personalidade pode gerar tanto dano moral como também material ou patrimonial.

Um infortúnio que mutile e decepe uma perna inteira de uma pessoa, produzirá tanto dano patrimonial(perdas e danos e lucros cessantes) bem como dano moral(a dor, o trauma e os sofrimentos suportados pela vítima).

Nem sempre o dano moral decorre de violação aos chamados direitos da personalidade. Também o dano moral em função de lesão a bem patrimonial com valor de afeição e da perda de ente querido.

Mesmo a coletividade faz jus a reparação dos danos morais, o que seguindo **Maria Helena Diniz** a chama de dano moral indireto por derivar de fato lesivo a interesse patrimonial.

O Professor **Alcino de Paula Salazar** sustentava ser moral o dano que não tem reflexo no patrimônio econômico, consistente no sofrimento humano em seus variados aspectos ou na lesão dos chamados direitos da personalidade em suas diversas manifestações – deve em regra, ser reparado pecuniariamente, a despeito das dificuldades práticas da aplicação do princípio.

A lesão estética não é um *tertium genus* do dano moral. É lesão a integridade física e a imagem e, a princípio, pode gerar dano patrimonial e extrapatrimonial na esfera de interesses da vítima.

Não se mostra imprescindível que a lesão perdure no tempo como se sustentou em doutrina. A Professora **Ancona Lopez** definiu o dano estético “seria qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa da pessoa, que lhe acarreta “enfeamento” e lhe causa humilhações e desgostos, dando origem portanto a dor moral.

Aduz ainda que o dano estético passageiro não é dano moral e, sim dano material facilmente indenizável e superável. Porém, hoje mesmo que provisório o dano estético enseja reparação como dano moral.

Quanto a referida cumulação de verbas indenizatórias, não é pacífico o entendimento, e há posicionamentos em todos os sentidos.

A própria expressão lesão estética conduz a um errôneo entendimento pois estética é a lesão e não propriamente os efeitos do dano.

Nada obsta a acumulação de verbas reparatórias por danos materiais e morais provenientes do mesmo fato, como já enunciou o STJ em Súmula 37.

No mesmo sentido, enfocando o dano estético como espécie de dano moral, proclamava o verbete 15 da Súmula do extinto TA do Rio de Janeiro: “É cumulável a indenização por danos materiais e morais, estes compreendidos os estéticos decorrentes do mesmo fato”.

Bem ressalta o Ministro **Costa Leite** ao enfatizar que o dano estético é, sem dúvida, modalidade do dano moral.

A ausência de dispositivo na lei substantiva brasileira foi um dos fatores que mais contribuíram para a polêmica em torno do tema dano moral.

Há quem entenda não consagrada a reparação desta espécie de dano como regra, mas como exceção, somente e em algumas hipóteses previstas. Há outros que procuram no art. 76 C.C. a sustentação legal.

O Novo Codex Civil em sua Parte Geral prevê em seu artigo 186 produto da elaboração de **José Carlos Moreira Alves** oferece uma definição de ato ilícito a incluir expressamente a noção de dano moral.

Com a previsão expressa constitucional presente nos incisos V e X do art. 5º, institui-se uma tutela geral do dano moral. O que veio consagrar importante passo para reconhecer sua autonomia.

O dano moral possui portanto enumeração taxativa dizendo respeito tão-somente respeito aos direitos de personalidade maculada por meio de veículo de comunicação ou decorrentes da violação de direitos tais como intimidade, honra e imagem.

Apesar de que a enumeração no inciso V seja imperfeita por aglutinar num mesmo dispositivo um direito subjetivo e os efeitos de uma lesão. Aliás, o Novo Codex Civil prevê a definição no art. 181 de lesão.

A imagem não constitui uma terceira espécie de dano, ao lado do material e moral. O direito à imagem é espécie de direito da personalidade cuja violação pode acarretar danos materiais ou morais.

Há quem não enxergue tal sentido restritivo do texto maior como Caio Mário, *in verbis*:

“ Não obstante estamos convencidos de que os comandos constitucionais apesar se referem ao agravo através dos meios de comunicação e à violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, aos quais se assegurou, além do direito à resposta, proporcional ao agravo, a indenização pelo dano material ou pelo dano moral decorrentes da violação”.

O dano moral, entende a maior parte da doutrina, pode ser ressarcido, nos casos contemplados nos arts. 1.547, 1.548, 1.549 e 1.550 CC (art. 953 do NCC), bem como nos casos previstos nas Leis 2.681/12, 4.117/62, 5.250/67, 5.988/73, 4.737/65, 8.078/90 (CDC), nas quais se encontra expressa menção à reparação dos danos morais, a serem fixados por arbitramento.

Outra questão complicada é tocante a própria vítima, a questão é mais simples cabendo ao juiz apreciar até onde o lesado é atingido além do dano material que sofreu.

E quanto a terceiro que pretende ressarcimento por dano moral (em consequência de lesão sofrida por outrem) (como pai em relação ao filho, marido em relação a esposa, e, etc).

O primeiro elemento a considerar é o grau de relacionamento entre a vítima e o demandante. A existência de dor real e profunda a que se referem **Mazeaud e Tunc** que **Yves Chartier** qualifica como “necessariamente subjetiva”.

Registre-se ainda que a honra tem dois aspectos: o subjetivo (ou interno) e o objetivo (ou externo). A primeira se caracteriza pela dignidade, decoro, auto-estima, é exclusiva do ser humano.

A segunda é a honra objetiva, refletida na reputação, na fama, no bom nome e imagem perante a sociedade e/ou mercado, comum à pessoa natural e à jurídica.

Indiscutivelmente toda empresa tem que zelar pelo seu bom nome comercial, daí reconhecer a existência do dano moral para pessoas jurídicas.

Os parâmetros para arbitramento para o juiz estabelecer o quantum indenizatório, segundo por exemplo o Código Brasileiro de Telecomunicações é a posição social ou a política do ofendido; a situação econômica do ofensor; a intensidade do *animus* de ofender; a gravidade e repercussão da ofensa.

Também a Lei da Imprensa aponta iguais parâmetros. A determinação do prejuízo de afeição cumpre ter em vista o limite do razoável, a fim de que não se enverede pelo rumo das pretensões absurdas ao indicar dois pólos extremos(...)

Alguns critérios básicos devem orientar a fixação do quantum indenizatório por dano moral, como a intensidade e a repercussão da ofensa relativamente à vítima e o grau de culpa ou intensidade de dolo, do agressor.

Outrossim, relacionam-se punição ao infrator e compensação ao ofendido como duas faces da mesma moeda a integrar a natureza da reparação do dano moral. O cálculo do valor deve ter somente caráter compensatório a vítima e não punitivo ao infrator.

O incremento do instituto da responsabilidade civil data de período relativamente recente da história das civilizações, coincidindo não por acaso evidentemente com o desenvolvimento urbano verificado significativamente a partir do 1800, fruto do progresso tecnológico oriundo da Revolução Industrial.

De maneira que o crescimento das cidades pode ser considerado, a um só tempo, agente provocador e palco dos conflitos que tornaram a ocorrer em face do aumento do risco social com o advento de atividades potencialmente causadoras de danos.

Já no século XXI entretanto, já não há mais lugar para discussões as mesmas que vêm perdurando desde o século passado. Assim, a reparação do dano moral, graças aos esforços dos juristas, seja nas decisões dos casos concretos, seja na publicação de obras doutrinárias, obteve enfim consagração expressa no direito positivo brasileiro: antes em determinadas leis especiais, e desde 1988 em sede constitucional.

Depois de quase cem anos, em face do silêncio do Código Civil quanto ao tema, para amadurecer a idéia de que todo dano deve ser reparado, ou que a reparação deve ser a mais ampla possível.

Silêncio inocente do legislador de 1916, pois das disposições literais da norma não exclui os danos morais da responsabilidade civil por ato ilícito. Assim ambas, as espécies de danos, materiais e morais, geram igualmente o direito à reparação.

Na seara do dano moral o retorno ao status quo ante mostrar-se mais delicado, senão impossível, pela dificuldade intrínseca em apagar os efeitos extrapatrimoniais da lesão do direito. Tal fator, todavia, de maneira nenhuma indica haver impossibilidade de reparação. Mesmo assim não pode a vítima restar desamparada, portanto há de haver efetiva reparação.

Aliás mesmo no que tange aos danos patrimoniais, ainda que oriundos da morte, se faz possível a indenização através de calor equivalente ao que pagava o *de cuius* aos seus dependentes.

Assim se justifica o papel desempenhado pelo dinheiro na reparação do dano moral, que não apresenta, como danos materiais, os característicos de um equivalente e, sim o de um valor que atenua, ao menos em parte, as conseqüências dos efeitos do dano suportados pela vítima em face da atitude ilegal de outrem – natureza (mista) compensatória e punitiva; ou, na hipótese de responsabilidade por ato lícito – natureza compensatória.

É de se destacar a importância da sistematização de alguns critérios indispensáveis, a serem sempre observados portanto, tais como, gravidade da lesão, grau de culpa, e capacidade econômica do ofensor, para que, a crescerem de um coeficiente de punição, se for o caso (ato ilícito), resultem em condenações que reflitam e espelhem a hierarquia dos valores (bens da vida) protegidos pelo direito brasileiro.

A lesão mais grave (valores tutelados de grande importância), cujos efeitos sejam mais severos, condenações maiores; à lesão a bens jurídicos menos relevantes, na qual os efeitos na vítima sejam mais brandos, condenações menores.

Incumbe-nos, por derradeiro, o dever de um alerta: a nova face das teorias negativistas encontra-se no arbitramento em valores baixos de reparação.

É lógico o comprometimento da função preventiva da norma jurídica, de influir positivamente na conduta das pessoas a ela subordinados.