

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

HUGO LEONARDO SANTOS DA SILVA

**A BANALIZAÇÃO E A INDUSTRIALIZAÇÃO DO DANO MORAL NO DIREITO
BRASILEIRO EM FACE DOS PRINCÍPIOS QUE O NORTEIAM**

São Luís

2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

HUGO LEONARDO SANTOS DA SILVA

**A BANALIZAÇÃO E A INDUSTRIALIZAÇÃO DO DANO MORAL NO DIREITO
BRASILEIRO EM FACE DOS PRINCÍPIOS QUE O NORTEIAM**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, para a obtenção do
título de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Maria Tereza Cabral Costa Oliveira

São Luís

2016

HUGO LEONARDO SANTOS DA SILVA

Monografia aprovada como requisito para
obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ___/___/___

Prof.^a Maria Tereza Cabral Costa Oliveira
Orientadora

Examinador(a) 01

Examinador(a) 02

AGRADECIMENTOS

Primordialmente, agradeço a Deus, pois não existe graça conquistada sem a sua benção e glória.

Sinceros agradecimentos aos meus pais, Lourenço e Madalena, por não terem medidos esforços para conseguirem garantir uma boa educação para mim, com o intuito de garantir, à mim, uma boa formação acadêmica e cível.

A Thalita e Priscila, minhas irmãs, pelo incentivo para a realização deste árduo trabalho.

Aos colegas de classe, com os quais compartilhei inúmeras horas de estudo durante todos esses anos.

Agradeço a minha banca e aos examinadores.

Por fim, agradeço a minha orientadora, Maria Tereza Cabral Costa Oliveira, sempre disposta a ajudar seus alunos, tendo sido umas das pessoas mais competentes que tive o prazer de conhecer durante o tempo de curso.

RESUMO

O campo da responsabilidade civil é matéria de suma importância dentro do Direito. O trabalho em voga analisa o instituto do dano moral, enfatizando a sua banalização e consequente industrialização. Partindo de suas características próprias, faz-se uma análise de toda a sua trajetória, até ser instituído no Brasil pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, incisos V e X. Mesmo com o passar de quase duas décadas, conclui-se, que o dano moral ainda é motivador de controvérsias, devido à falta de critérios mais objetivos para a fixação quantum indenizável. A partir de análise doutrinária e jurisprudencial, observa-se que cabe ao magistrado tal valoração, contudo, a mesma deve ser pautada com zelo, com observância dos princípios que regem o Direito, assim como devem ser consideradas todo o enfoque e características do caso concreto. E por falta de tais critérios, houve um excessivo aumento da quantidade de ações com o intuito de ganho pecuniário, ações estas, que em sua maioria, não possuem embasamento legal para tanto. Aduz, ainda que a banalização e industrialização de tal instituto, gera prejuízo para toda a sociedade brasileira. Intitula alguns dos fatores que contribuem para a banalização do dano moral.

Palavras-chave: Dano moral. Indenização. Banalização e Industrialização do dano moral.

ABSTRACT

The area of civil responsibility is of a paramount importance within the law. The work in vogue analyzes the institute of moral damage, emphasizing its banalization and consequent industrialization. Starting from its own characteristics, an analysis of its entire trajectory is made, until it is instituted in Brazil by the Federal Constitution of 1988, in its article 5, items V and X. Even with the passing of almost two decades, it is concluded, that moral damage is still motivating controversies, due to the lack of more objective criteria for fixing indemnity quantum. Based on a doctrinal and jurisprudential analysis, it is observed that the magistrate is responsible for such valuation, however, it must be guided with zeal, with observance of the principles that govern the Law, as must all the focus and characteristics of the concrete case. In addition, because of the lack of such criteria, there was an excessive increase in the number of shares with the purpose of pecuniary gain, these actions, which, for the most part, have no legal basis for this. To adduce, although the banalization and industrialization of such an institute, generates prejudice the whole Brazilian society. It names some of the factors that contribute to the trivialization of moral damage.

Key-words: Moral damage. Indenization. Banalization and Industrialization of moral damage.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	07
2. DANO MORAL	08
2.1 Conceito de Dano Moral	09
2.2 Requisitos do dano indenizável	11
3. DADOS HISTÓRICOS RELATIVOS AO DANO MORAL	15
3.1 Evolução histórica do dano moral na antiguidade	15
3.2 Dano moral no direito brasileiro	22
3.3 Danos morais no direito pátrio	30
3.4 Classificação dos danos morais	33
4. INDUSTRIALIZAÇÃO DO DANO MORAL E SUA CONSEQUENTE BANALIZAÇÃO	36
4.1 Crescente banalização dos danos morais	37
4.2 Mediocrização dos danos morais	38
4.2.1 Subjetividade do juiz.....	38
4.2.2 Princípio da gratuidade no primeiro grau de jurisdição.....	41
5. CONCLUSÃO	44
6. REFERÊNCIAS	47

1 INTRODUÇÃO

A vida em sociedade tem sido marcada por atividades contínuas das pessoas, mesmo se tratando de pessoa física, de associação civil, de sociedade comercial ou de entidades estatais de ordem pública ou privada. Tais atividades envolvem um conjunto de fenômenos que são vistos como vitais na existência dos seres organizados e se apresentam variadas quanto à capacidade, possibilidade, habilidade e agilidade na forma como são realizadas pelos indivíduos, os quais praticam os mais variados atos, fato este que diferencia os indivíduos entre si.

As atitudes e reações das pessoas frente ao meio social, a maneira de se conduzirem, o juízo sobre as demais pessoas ou coisas, ou seja, tudo que é feito ou possível de ser feito e os sentimentos constituem os aspectos que definem as diferenças entre os indivíduos. Conseqüentemente, a vida social requer que os indivíduos assumam e respondam por seus atos, atitudes e reações, bem como por atos de terceiros quando se tratar de indivíduos ligados moralmente, como auxiliares ou prepostos.

Assim sendo, todas as pessoas não devem praticar atos nocivos, danosos ou prejudiciais aos outros, que impliquem em prejuízos, pouco importando que se trate de estado doentio em decorrência de uma personalidade confusa, revoltada ou desordenada, conforme o princípio do livre arbítrio, além de outros. Isso significa dizer, que toda pessoa não deve praticar atos ilícitos, mesmo sem se dispor da caracterização deles. Pois, o termo ilícito quer expressa aquilo que se apresenta contrário à lei, no entanto, nem sempre o ato praticado contra a lei é considerado ilícito.

O ato que contraria a regra legal constitui um fato antijurídico configurado pela desconformidade entre ele e a regra legal, sendo, então, caracterizado pela falta de obediência às exigências determinadas na lei que valida o mencionado ato. Nessas situações, a norma jurídica atua expressando a sua nulidade, ou seja, não lhe oferecendo eficácia. Portanto, diante da manifestação da falta de conformidade jurídica como infração de uma norma disciplinadora da atuação essencialmente jurídica de qualquer indivíduo, o ato configura-se como antijurídico, a princípio, não lesando diretamente o direito subjetivo de qualquer pessoa.

2 DANO MORAL

Em razão da Constituição Federal de 1888, ter suplantado a fase das discussões voltadas para a indenizabilidade do dano essencialmente moral, verificou-se que nos pretórios ocorreu uma grande demanda, na qual os litigantes buscavam a reparação de agravos, por se entender que se constituíam dano moral. Na falta de embargo, relativo a ações em que se identifica em toda plenitude a presença do dano moral, outras existem, com base no argumento de que existiu agravo moral que, de nenhuma forma, existiram. Assim, continuam de modo quase que indelével as dificuldades para estremar hipóteses de incidência do dano moral e do dano patrimonial.

A literatura jurídica nacional e a jurisprudência têm contribuído para uma boa compreensão do dano moral a ser indenizado. O indivíduo que sofreu o agravo, quer moral ou patrimonial, não é possível que fique sem ressarcimento. A sensibilidade com a condição das vítimas tem ocasionado uma maior abrangência no aspecto da responsabilidade de indenizar. Atualmente, ampliou-se o conceito de ressarcimento, de tal maneira que as concepções tradicionais não mais atendemos necessidades da vida moderna.

Para Iturraspe evidenciou que, a partir da década de 70, ocorreu com mais intensidade e abrangência a avaliação da situação da vítima, portanto, não mais com a ênfase adotada nos tempos passados, sobre a do agente causador da lesão (SANTOS, 2016). Nos dias atuais, a percepção deslocou-se para o dano injusto e, não para sua existência ou não, da possível reprovação da consciência. Assim, trata-se, portanto, das relações interpessoais, da postura em relação intersubjetiva, da forma de atuação de um diante do outro, e, não do erro e nem da falha ética. O avanço e a evolução do dano moral aconteceram exatamente no momento em que imperava a necessidade de vivência baseada no respeito mútuo, sendo este o apoio e suporte para qualquer convivência e relação jurídica. Todos os homens desejam e exigem dos outros um comportamento com respeito sem a ocorrência de prejuízo no alicerce da relação jurídica.

Toda pessoa molestada defende-se com a resposta do direito de danos, sendo ela imediata. Os povos gregos, como sempre precisos no sentido do significado dos termos, nesse contexto, utilizavam-se dos vocábulos *apnia*, que significa “toda e qualquer ausência de sofrimento” (SANTOS, 2016) e *ataraxia*, que é tranquilidade da alma e o estado de bem-estar integral. A ruptura dessa convivência tranquila e de bem-estar, de maneira dolosa ou culposa, que ocasione alterações e alguma forma de perturbação anímica, atingindo a *apnia* e influenciando na *ataraxia*, pode ser considerado como dano moral.

2.1 Conceito de dano moral

O entendimento do termo dano implica em prejuízo. E, ainda, em redução de patrimônio ou detrimento a afeições legítimas. Assim, todo e qualquer ato que reduza ou gere menoscabo aos bens materiais ou imateriais, pode ser visto como dano. Portanto: “o dano é um mal,

O dano é um mal, um desvalor ou contravalor, algo que se padece com dor, posto que nos diminui e reduz; tira de nós algo que era nosso, do qual gozávamos ou nos aproveitávamos, que era nossa integridade psíquica ou física, as possibilidades de acréscimos ou novas incorporações (ITURRASPE, 1985, p.21).

Ao se traduzir o resultado de uma determinada conduta humano, passível de lesionar um interesse tutelado no aspecto jurídico, pois, dano também é visto como perda. Caso o prejuízo ocorra sobre um ganho, mola que leve ao empobrecimento, atribui-se que se trata de dano emergente. Se, contrariamente, a perda refere-se a uma utilidade prevista, ao impedimento de aumentar o patrimônio ou ganhos que não se concretizaram, tem-se, então, lucros cessantes. O enfoque dessa ideia, apresenta-se claramente na vertente naturalística do dano, visto que concerne à deterioração que sofre um bem em si mesmo, quer moral ou patrimonial.

O termo dano foi empregado tanto pelo Digesto quanto pelas Institutas de Gayo, com o sentido de prejuízo. O teor do termo tem sido visto da seguinte forma: “dá-se ação por quanto vale a coisa pela qual não se houver dado a caução do dano que ameaça. O que se refere não a uma quantidade, senão ao que importa, e serve de utilidade e não de pena” (SANTOS, 2016, p.43).

No Digesto, Livro IX, título III, Gayo abordou a lesão física ao expor o seguinte texto:

Quando, com o que se houver lançado ou derramado, lesionar o corpo de um homem livre, o juiz computa os honorários pagos ao médico e os demais gastos que se fizeram necessários para a cura (*damnum emergens*); e, além do mais, o importe do trabalho de que esteve privado, ou de que tenha de estar privado porque ficou inútil (*lucrum cessans*). Mas não se faz estimação alguma das cicatrizes, porque o corpo de um homem livre não admite estimação alguma (SANTOS, 2016, p.43).

No Código Napoleônico em seus arts. 1.146 e 1.153, a expressão *dommages-intérêts*, é empregada para denominar a falta de cumprimento de uma obrigação decorrente de uma convenção, de um contrato. No momento em que a obrigação dimana da prática de um ato ilícito, a expressão a ser utilizada deve ser *dommage* (Arts. 1382 a 1.386). Tanto no Digesto,

quanto nas Institutas e no Código Napoleônico, o termo dano está sempre vinculada à noção de destruição que alguma pessoa é atingida em seus bens.

A *contrario sensu*, não há dano que não afete o patrimônio econômico ou moral de alguém, tendo em vista que o dano é pressuposto da obrigação de indenizar. Assim, caso não haja dano, não ocorrerá a equivalente responsabilidade jurídica. Se o dano não causar prejuízo na órbita patrimonial, o ressarcimento será efetivado em pecúnia (SANTOS, 2016). Em relação a essa matéria, Zaunoni (1993 apud SANTOS, 2016, p.44) relata que:

existem danos cujo conteúdo não é dinheiro, nem uma coisa comercialmente reduzível a dinheiro, senão a dor, o espanto, a emoção, a afronta, a aflição física ou moral e, em geral, uma sensação dolorosa experimentada pelas pessoas atribuindo à palavra dor seu mais extenso significado. Estamos no umbral do *dano moral*, que, apesar de ser traduzido em ressarcimento pecuniário, não afeta valores econômicos.

O sistema do Código Civil Brasileiro possui uma composição que abrange:

regras contidas numa cláusula geral (art. 159 do CC) [art. 186 CC/2002], semelhante ao art. 1.135 do Código Napoleônico, e as disposições específicas a propósito dos atos ilícitos (arts. 1.518 e ss. do CC) [arts. 942, 929, 930, 932, 933, 934, 935, 943, 936, 937, 938, 939, 940, 941, todos do CC/2002]. A questão está em saber se é possível considerar como atos ilícitos, e em consequência, indenizáveis, hipóteses que não estão previstas nos arts. 1.518 e seguintes do Código Civil Brasileiro, que definem as espécies. Pode-se observar o mesmo problema em todas as legislações que temem a atividade jurisdicional nesta matéria, como, por exemplo, o Código Civil alemão (SANTOS, 2016, p.44).

Embora Silva (1991) tenha escrito seus ensinamentos na vigência do Código Civil de 1916, eles continuam pertinentes e aplicáveis ao sistema contido no Código de 2002. No entanto, ocorre que, em razão da norma ampla do art. 5º, inciso X, da Carta Magna, no que se refere aos danos extrapatrimoniais, qualquer que seja o tipo de lesão advinda, pode ser considerada como objeto de indenização.

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, havia um cenário marcado por constantes discussões sobre a indenização ou não do dano moral, visando a compensação do prejuízo causado pelo agente do delito a outrem. Com tal promulgação, esse instituto passou a ser amparado por texto legal, conforme disposto no art. 5º, incisos V e X da Carta Maior e no art. 186 do Código Civil.

Como consequência, a Constituição Federal de 1988, pôs fim a controvérsia existente no tocante à reparação do dano moral, com a admissão, de maneira abrangente e irrestrita, haja vista, que o instituto em questão, foi inserido na categoria de fundamento do Estado Democrático de Direito, ou seja, da dignidade da pessoa humana e, assim, passou a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro.

Vale salientar, que, o dano moral não passa por um processo de reparação, pois, o que ocorre é um processo de compensação, tendo em vista que o dano moral caracteriza-se por uma ofensa com intensa dor, situação vexatória, humilhação ou algum sofrimento, em formas desproporcionais às normais, com consequências severas à vida do indivíduo, que afetam a saúde psicológica, moral e o íntegro das vítimas.

Assim sendo, a ação judicial frente ao dano moral, considera-se como uma ação de indenização com o fim de compensar alguma perda ou dano, uma vez que não é possível estabelecer um valor para a dor, o sofrimento ou a humilhação, ou seja, preço para esses sentimentos e impactos afetivos e sociais. Para Reis (2010, p.9), “o dano moral é, dessa forma, uma agressão que fere nossa intimidade e produz uma verdadeira aflição espiritual”.

A Carta Magna de 1988, em seu art. 5º, inciso X, preceitua em seu texto sobre a proteção aos direitos violados na ocorrência do dano moral: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988, não paginado). Além da proteção a esses direitos, o diploma legal explicita em seu texto o direito ao ressarcimento pelos danos ocasionados.

Nesse sentido, Reis (2010, p.19), enfatiza que:

Todavia, importa saber que a honra e os sentimentos múltiplos dos seres humanos devem ser amplamente tutelados em razão dos valores que constituem o sustentáculo da existência humana, na sua dimensão espiritual e material. Trata-se, segundo demonstrado, de bens extrapatrimoniais que abrangem a somatória de bens que integram o patrimônio psicológico do ser humano na sua dimensão espiritual. Ademais, a reparação desse dano demonstra que o Estado está preocupado em proteger os valores fundamentais da pessoa, consciente de que na medida em que o faz, está possibilitando a construção de cidadãos responsáveis e conscientes dos seus deveres na ordem social – o *bonus pater familiae*. Nesse momento de transição e de esgotamento ético da pessoa, esta situação é decisiva para o futuro da sociedade em que seus membros são valorizados em suas condutas axiológicas.

A partir dessas colocações, verifica-se que se configura como dano moral aquele que ocasiona dor, angústia, além de outras consequências de natureza emocional e psicológica, gerando traumas, sequelas psicossomáticas, condições estas que podem ocasionar mudanças nas vidas das pessoas ofendidas.

2.2 Requisitos do dano indenizável

Determinados requisitos estão claramente na caracterização do dano, dentre os quais, destacam-se: a lesão ou angústia deve vulnerar interesse próprio; o prejuízo deve ser

indispensável, devendo impedir indenização por alguma coisa fantástica e que somente se faz presente na imaginação do lesionado; e, o dano necessariamente, deve estar presente no instante da propositura da ação. Para ser indenizável, a subsistência do dano deve estar presente quando o prejudicado concretizar seu pedido na esfera judicial. Em certos casos, a lesão se protraí no tempo, sem solução até o fim da existência do prejudicado (SANTOS, 2016).

Assim sendo, para que o dano seja reparado, necessário se faz, que ele seja certo, atual e subsistente. Nesse sentido, Aflio Alterini (1992, p.124), salienta que:

nem todo dano é ressarcível, de maneira que somente certos danos alcançam entidade bastante para que juridicamente constituam sustento de uma pretensão. Trata-se de enumerar aqui os requisitos do dano ressarcível, analisado em si mesmo como elemento do ato ilícito civil, sem imiscuir indevidamente outros que pertencem à responsabilidade do devedor da reparação - o descumprimento, a culpabilidade e a causalidade.

O dano deve ser certo quanto à sua existência, ainda que não seja presente, senão tão só futura; conceitualmente, pois, se opõe ao dano certo o eventual, hipotético ou conjectural. Não cabe indenização o mero perigo ou a simples ameaça de dano, que traduziria indevido enriquecimento.

A certeza do dano refere-se a sua existência, mesmo que não esteja presente, podendo ser até futura, baseando-se no aspecto conceitual opõe-se ao dano certo o eventual, hipotético ou conjectural. Não se enquadra nos requisitos da indenização o simples perigo ou ameaça de dano, o que explicita indevido enriquecimento. Ao se afirmar que o dano deve ser certo, tem-se, então, a positividade do dano, ou seja, a lesão tem que ser real, simples conjecturas e ilações deixam longe a certeza.

Nesse mesmo entendimento, Salvat (1958 apud SANTOS, 2016, p.45) preleciona que:

dano deve ser de existência certa; geralmente será um dano já produzido, porém pode também ser um dano futuro, no sentido que seja a evolução ou o desenvolvimento de um dano cuja existência se conhece desde logo; por exemplo, no caso de lesões que produzem uma incapacidade para o trabalho e cuja extensão pode depender das circunstâncias. Porém, um dano eventual, vale dizer, que pode ou não chegar a existir, não basta para fundar a existência do ato ilícito. [...] certeza do dano se refere à sua existência e não à sua atualidade ou ao montante, porque o que lhe empresta aquele caráter é mais que sua realização, o fato de haver-se produzido as circunstâncias que o determinam.

Em relação a certeza do dano, Chironi (1982 apud SANTOS, 2016, p.45) menciona que essa certeza determina o fator de liquidação e de ressarcimento do dano:

Ou bem é certo o dano em sua dependência direta do fato ilícito e em sua extensão, ou é certo que o fato ilícito, não só possa, senão que deva derivar-se um dano, embora não seja ainda avaliada sua extensão, ou é somente certo que possa derivar-se. A certeza, no primeiro desses casos, é atual, e, portanto, atual também é o dano;

não o será no segundo, porque, se bem o dano não tenha acontecido ainda, sem embargo, o fato causai comprovado em Juízo de responsabilidade não pode ter meios de produzi-lo.

Os autores Chironi e Alfredo Orgaz explicitam de maneira bem similar, que o dano deve estar revestido da certeza, haja vista que o dano essencialmente, eventual ou hipotético apresenta-se inservível (SANTOS, 2016). Isso significa dizer que deve haver certeza da própria existência do dano, presente ou futura, apesar de que o montante de indenização ainda não está passível para se determinar. A incerteza não é indenizável diante da falta de segurança de que ela exista, em qualquer medida, não havendo, portanto, de uma simples possibilidade de dano. Assim, a mera ameaça ou perigo de um dano, não é o bastante para a sua configuração (SANTOS, 2016).

Dessa forma, tal situação é denominada de perda de chances, ou seja, trata-se de probabilidade. O fato danoso impossibilitou o ganho pretendido. Nesse caso, não se enquadra mencionar mera possibilidade, pois, o termo provável guarda em si um certo nível de certeza quanto às consequências do dano. Se a perda de chance foi fundada de forma suficiente, surge o dever em indenizar. Com base nessa possibilidade em indenizar, que os Tribunais acolhem a indenização da perda de filhos bem jovens. Assim, o dano pode não ser certo, mas o prejuízo pode não ser eventual, nem impossível.

No tocante a essa questão, Alsina (1992 apud SANTOS, 2016, p.46), preceitua que:

A chance configura um dano atual, não hipotético. É ressarcível quando implica uma probabilidade suficiente de benefício econômico que resulta frustrada pelo responsável, e pode ser valorada em si mesma, prescindindo do resultado final incerto, em seu intrínseco valor econômico de probabilidade

A característica de atual diz respeito ao dano que existe ou já existiu. Nesse ponto, Rodière (apud PEREIRA, 1993), no entanto, chama a atenção para confusão que pode surgir com o uso do vocábulo atual. E, acrescenta o autor: “os tribunais, em face de um acidente que causa uma enfermidade, levam em conta a diminuição da capacidade de trabalho da vítima e fixam renda que, a cada ano, receberá ela do autor do dano” (PEREIRA, 1993, p.40)

De acordo com Alterini (1992, p.126), ao lado da certeza e atualidade, é necessário que o dano deve ser subsistente e ressalta o autor que “o dano não será ressarcível, se já foi reparado pelo responsável. Se a conduta do agente já tiver feito desaparecer a lesão, não mais subsiste o dever de indenizar”.

Vale salientar que, o dano deve ser próprio e pessoal. Até mesmo nas hipóteses em que alguém reivindica direito a ressarcimento por motivo da morte do pai e marido, trata-se

de direito próprio. Não há desconhecimento em se tratando de homicídio, ao prejudicado direto, nada será atendido pela impossibilidade ocasionada pela morte. Mas, o cônjuge, os filhos ou os pais podem ajuizar demanda em interesse próprio, uma vez que a sua subsistência estava condicionada ao falecimento marido e ao pai.

3 DADOS HISTÓRICOS RELATIVOS AO DANO MORAL

3.1 Evolução histórica do dano moral na Antiguidade

Bem antes do Direito romano preocupar-se com o dano e a reparação do mesmo, na Suméria, Babilônia (localizada na Mesopotâmia e na antiga Índia já existiam codificações de leis disciplinando, embora de forma incipiente tal assunto. No entanto, a codificação mais antiga relativa a essa temática, conhecida no decorrer da história da civilização humana foi apresentada no Código de Ur-Nammu, sendo este colocado em vigor por Ur-Nammu, que fora apontado como provável fundador da terceira dinastia de Ur, ou seja, do País, dos primitivos povos sumerianos.

Esse Código em relação ao Código de Hamurabi, é mais antigo cerca de trezentos anos e sua descoberta ocorreu apenas em 1952 pelo assiriólogo e professor Samuel Noah Kramer. Em seu conteúdo estão presentes vários dispositivos que utilizavam o princípio da reparabilidade dos danos morais, como atualmente são denominados.

A expressão “dente por dente e olho por olho” representava para os povos primitivos a melhor forma de reparação de dano, uma vez que, para eles, tratava-se de uma medida mais eficiente para se obter com eficácia o sofrimento da vítima. Dessa forma, as leis antigas aplicadas defendiam o direito de vindita, ou seja, direito de vingança da vítima como sendo esta a pena para o dano causado a vítima. Portanto, nesse Código propugnava-se a reparação por pena pecuniária (SILVA, 2012).

Para Kramer (1957 apud SILVA, 2012), o Código de Ur-Nammu apresenta alguma semelhança à Lei das XII Tábuas dos antigos romanos. Nessas duas codificações, a reparação pelos danos morais parece ser exclusiva aos danos advindos de dores físicas. Contudo, está presente no Código dos sumerianos um perceptível avanço em relação à Lei das XII Tábuas, tendo em vista que, no Código de Ur-Nammu, a regra de talião da lei romana, se encontrar superada por antecipação.

No Código sumeriano, o direito de vingança crua e simples foi substituído pela reparação compensatória, sendo esta efetivada com o pagamento de multa pecuniária. Essa medida tem sido constatada no teor do Código de Ur-Nammu, no qual estão explícitos os seguintes conteúdos:

- a) "se um homem, a outro homem, com um instrumento, o pé se cortou: 10 ciclos de prata deverá pagar";
- b) "se um homem, a um outro homem, com uma arma, os ossos tiver quebrado: uma mina de prata deverá pagar";
- c) "se um homem, a um outro

homem, com um instrumento geshpu, houver decepado o nariz: 2/3 de mina de prata deverá pagar" (SILVA, 2012, p.64).

Nas leis dos antigos hindus e babilônicos, verifica-se a existência bem ampla da reparação estatuída, atingindo todos os danos decorrentes da falta de cumprimento de obrigações contratuais. Nesse sentido, Silva (1983, p.12) ressalta que: “só por isso não se pode pretender que o Código de Manu e o Código de Hamurabi tenham tido a manifesta intenção de se referirem, nessa parte, de modo positivo e expresso, ao dano moral”.

O Código de Manu, também conhecido como Código de Manava-Dharma Sastra, foi a codificação mais remota surgida na Índia. No contexto da mitologia hinduísta, faz-se presente a figura de Manu, pois, foi ele que possibilitou a sistematização das leis sociais e religiosas de todo o Hinduísmo. As leis antigas são conhecidas como “Código de Manu”, as quais influenciam na vida social e religiosa da Índia, na qual predomina o Hinduísmo como principal religião.

De acordo com Reis (1995), esse Código mantinha determinada semelhante com o Código de Ur-Nammu e com o Código de Hamurabi, no tocante à previsão de reparação de danos nas situações em que ocorriam lesões à vítima. Entretanto, o sentido apontado pelos legisladores de ambos os Códigos mencionados, foi de facultar à vítima eventuais danos, oportunizando condições para que ela seja ressarcida à vista de uma soma pecuniária.

Dessa forma, o elemento diferenciador entre o Código de Hamurabi e o Código de Manu envolve o fato de que, no primeiro, a vítima compensava o dano sofrido à custa de outra lesão levada a efeito no causador do dano, ao passo que o Código de Manu previa que fosse arbitrado pelo legislador um certo valor pecuniário. Nota-se, então uma evolução nesses sistemas, consubstancial na reparação de uma ofensa por outra no primeiro e, no segundo, a substituição de um ato lesivo pelo pagamento de uma importância (REIS, 1995).

A norma sobre o sentido de que o compromisso decorrente de um contrato válido significava um aspecto sagrado o que resultaria no fato de que não se poderia de forma impune, furtar os contratantes que empenhassem sua palavra, está presente no Código de Manu. Assim, o descumprimento da palavra empenhada ou algumas cláusulas de um contrato, obrigaria que o contratante em inadimplência, além do pagamento da indenização dos prejuízos materiais causados a outra parte, ficaria sujeito à pena de desterro, ou seja, expatriação, deportação, degredo ou exílio.

Ademais, vários dispositivos do Código de Manu defendiam a reparação por danos exclusivamente morais, qualquer que fosse a forma de ressarcimento dos prejuízos causados.

Por exemplo, no § 224 do livro VIII, que tratava do ofício dos juízes, das leis civis e criminais, estava prescrito que o próprio rei ficaria autorizado a impor pesada multa àquele que desse, em casamento, ‘uma donzela com defeitos’ sem antes haver prevenido o interessado. Ao contrário, no § 225 do mesmo livro, estava disposto que aquele que por maldade proclamasse não ser virgem uma jovem, estaria sujeito ao pagamento de cem panas. Já o § 237 do livro IX estabelecia que, como reparação pelo dano moral oriundo da maculação, por quem quer que fosse, do leito de núpcias de seu pai espiritual, teria o ofensor impressa em sua face a marca infamante representando as partes naturais da mulher (SILVA, 2012, p.65).

O Código de Hamurabi que foi colocado em vigor em 1.700 a.C. por Hamurabi, rei da Babilônia, não tinha registrado em seu texto normas gerais, bem como princípios amplos e compreensivos de hipóteses várias, no entanto, existiam preceitos relacionados a casos especiais, decorrentes dos hábitos e costumes da civilização babilônica. Partindo desses preceitos relativos a casos singulares, torna-se possível retirar alguns princípios que esse Código não afastou de seu conteúdo, dentre os quais, destacam-se os princípios gerais, tendo-se como mais importante aquele que direciona quase todas as regras do Código de Hamurabi, sendo: “o forte não prejudicará o fraco” (SILVA, 2012). Dentre as normas mencionadas nesse

Código ressalta-se a que se refere à danosa consequência dos bruxedos, sobre a qual Arturo Capdevila (1889-1967):

Se entendia que em tais casos, além do prejuízo econômico, um prejuízo moral se ocasionava ao enfeitado pelo bruxedo. Quem fizesse bruxaria relativamente a um terceiro, desejava-lhe, necessariamente, um mal. Quanto ao terceiro inocente, se nada tivesse feito que justificasse a prática do de tal ato, caracterizaria injusto a ele causado. O prejuízo era visto como incalculável e transcendente. Dessa forma a vítima sofria sob todos os aspectos, já que o dano não tinha um caráter apenas econômico. Para o ressarcimento de tais danos, só uma coisa era considerada possível: a morte do enfeitador. Com isso considerava-se aplacada a dor da vítima do bruxedo (SILVA, 2012, p.66).

Convém salientar que, a reparação do dano moral não se limitava somente à condenação da bruxaria, pois, no Código de Hamurabi consagravam-se quase todos os procedimentos contidos nas legislações dos povos primitivos, conforme se observa na “norma de Talião”. Atendendo-se esse preceito que acolhe o direito de vindita ou vingança como reparação do dano, o Código de Hamurabi em seu § 196 preceituava que:

‘se um homem livre (*awilum*) fizer perder a vista ao filho de outro homem igualmente livre (outro *awilum*), sofrerá a perda de um olho’, ou seja, determinava que fosse aplicada a pena de Talião (“olho por olho”), caso agressor e o agredido pertencessem à mesma classe social. Em seu § 197, o Código estabelecia que ‘se vier a quebrar o membro de um homem livre, sofrerá, também, a ruptura de um membro’. E o § 200 prescrevia que ‘se um *awilum* fizer saltar o dente de um outro *awilum*, se lhe arrancará também um dente’ (SILVA, 2012, p.67).

As ofensas pessoais entre elementos da mesma classe social, no Código de Hamurabi eram reparadas por ofensas idênticas. No Código estava inclusa a reparação do dano à custa de pagamento de valor pecuniário. A imposição, naquela época, de pena econômica significava uma forma para oferecer à vítima uma satisfação compensatória, por meio da redução patrimonial do agente lesionador (caracterizando uma pena por si). Ao lado dessa satisfação, a pena objetivava também excluir o direito de vingança (vingança imposta como castigo), sentimento contrário à unidade e harmonia do grupo social. Assim sendo, naquele Código já surgia a ideia que floresceu nos tempos atuais, ou seja, a “teoria da compensação econômica”, que consiste na satisfação nas situações de dano extrapatrimonial, resultando como uma exceção ao direito de vingança.

Em relação a esse ponto, o § 209 do Código de Hamurabi previa que:

se um homem livre (*awilum*) ferir o filho de outro homem livre (*awilum*) e, em consequência disso, lhe sobreviver um aborto, pagar-lhe-á 10 siclos de prata pelo aborto. Portanto, a reparação deveria ocorrer entre pessoas da mesma classe, mediante uma indenização a favor da vítima, equivalente em valor pecuniário utilizado na época. Todavia, admitia-se também a reparação no caso de pessoas de classes diferentes, porém mediante indenização equivalente em valor pecuniário inferior àquele estabelecido para a reparação entre pessoas da mesma classe. O § 211 do Código de Hamurabi dispunha que ‘se pela agressão fez a filha de um *Muskenun* expelir o fruto de seu seio: pesará cinco siclos de prata’. E o seu § 212 ordenava que ‘se essa mulher morrer, ele pesará meia mina de prata’ (SILVA, 2012, p.67).

A Alcorão, inicialmente, adotou as orientações do Código de Hamurabi que propalavam a Lei de Talião. Porém, Silva (2012), ressalta que nesse contexto existem abrandamentos acentuados que estão introduzidos na aspereza da norma legalizadora do direito de vingança. No Alcorão, as compensações de natureza econômica para a substituição do direito de vendia são inúmeras e as normas que defendem o direito de vingança são, não raramente, não aconselhadas em nome do perdão, isto significa dizer que existem preceitos que persuadem as pessoas a não aceitarem a vingança, como uma condição para amenizar seu ódio, incentivando-as, sobremaneira, ao perdão e a misericórdia (REIS, 1995).

Como exemplo, preceitua o verso 127 do capítulo XVI o seguinte: “se vos vingardes, que a vossa vingança não ultrapasse a afronta recebida. Porém, aqueles que sofrerem com paciência farão uma ação mais meritória” (SILVA, 2012, p.68). No verso 173 do capítulo II está presente o seguinte:

‘Ó Crentes! A pena do Talião está prescrita para o caso de homicídio. Um homem livre (nessa conjectura) será morto por outro homem livre; um escravo, por outro escravo, e uma mulher, por outra mulher. Aquele, porém, que perdoar o matador de

seu irmão, terá direito de exigir uma razoável indenização, que lhe será paga com reconhecimento' (SILVA, 2012, p.68).

Em relação ao Alcorão, Le Bon (141-1931) enfatiza que os comentadores têm feitos ajustes em detalhes relacionados ao preço do sangue:

a) no caso de morte voluntária, a pena é de morte, se o herdeiro do defunto não aceita o preço do sangue; b) no caso de morte involuntária, o preço do sangue é de cem camelos, não podendo o matador recusar-se; o preço da simples ferida varia segundo a sua gravidade; c) devem o preço do sangue os parentes do matador ou todos os indivíduos de sua família e, se o matador não é descoberto, o satisfaz a comunidade a que pertence. Como se vê, estas regras demonstram a estreita solidariedade que deve existir entre os árabes da mesma família ou da mesma sociedade. A morte e as feridas são, no Alcorão, como na maior parte das antigas legislações, a única classe de crimes que dão lugar ao resgate (SILVA, 2012, p.68-69).

Como se verifica nessas normas, existe estreita solidariedade entre os árabes da mesma família ou da mesma sociedade. Portanto, as mortes e as feridas representam no Alcorão, como também na maior parte das antigas legislações, a única classe de crimes que aceitam o resgate (SILVA, 2012).

Determinados fatos históricos ocorridos a demonstram a adoção, no decorrer dos tempos, do direito à reparação do prejuízo moral. E, ainda, na Velha Ática, o direito à reparação por alguns danos morais constava em lei expressa. Dentre esses fatos históricos ressalta-se a:

reprovação pública que o orador ateniense Esquines (390 a. C.-314 a.C.) teria feito ao orador e político grego Demóstenes (384 a. C.-322 a.C.), em virtude de este ter recebido de Mídias certa porção de dinheiro em pagamento como reparação ao dano moral provocado por uma bofetada (SILVA, 2012, p.69).

Na Odisseia, Homero, poeta épico da Grécia Antiga, faz menção a uma assembleia formada por deuses pagãos, a qual tomou decisão sobre a um caso de reparação de danos morais decorrente de adultério. Hefesto, o marido enganado, surpreendera em flagrante a sua amada Afrodite e o formoso Ares, em delito amoroso, no próprio leito do casal, os deuses se reuniram nesse mesmo local, atendendo aos reclamos do marido enganado, ao final da reunião, ficou decidido que Ares pagaria a Hefesto, uma pesada multa. Com base nesses fatos, entende-se que a ideia de recuperação do dado, na Grécia Antiga, apresentava-se evoluída para ser de natureza pecuniária, segundo as regras definidas pelo Estado, superando, então, a conduta do direito de vingança.

No Direito romano não se observa unanimidade entre os autores quanto à questão dos danos morais, no que diz respeito ao conhecimento pelos romanos, como também sobre a

ideia de reparação de tais danos. Segundo Gabba (1991) e Pedrazzi (1892), não existia no Direito romano qualquer referência ao denominado dano moral ressarcido (SILVA, 2012). Ao lado disso, Ihering (1943) e Giorgi (1909), propugnaram, ao relatarem a inconsistência da afirmativa de Gabba, que os antigos romanos possuíam total conhecimento sobre a reparação dos danos morais (SILVA, 2012).

No Direito canônico, que é originário do sistema de regras reunidas no Código de Direito Canônico, também denominado de “Corpus Juris Canonici”, que disciplina a organização da Igreja Católica e os deveres de seus fiéis, também trata de diversos casos configurados exclusivamente, como danos morais, portanto, passíveis de atribuir-lhes a devida reparação. Esse sistema de regras expressa uma concreta significação para os brasileiros, uma vez que, antes da vigência da Lei n. 3.071/1916 (Código Civil Brasileiro), por imposição da Lei de n. 06.10.1784 e pela forte influência da Igreja Católica no País, adotava-se as normas indicadas naquele Código.

Como exemplo dessa realidade, ressalta-se a promessa de casamento no Código canônico, a qual caracterizava-se como um instituto gerador de obrigações precisas àqueles que se comprometeram na contração esponsalícia¹. Assim, para o rompimento da promessa de casamento requer a previsão de uma condenação especial, ou seja, o Código canônico impõe a reparação, por parte daquele que cansou a ruptura, visto que, para a Igreja Católica essa atitude implica em uma vulneração ao direito que fundamenta todo o Cristianismo. No § 3º do cânone 1.017 está previsto que:

não se origina, contudo, da promessa de casamento, embora válida e sem nenhuma justa causa escusadora de seu não cumprimento, uma ação com força bastante para levar à celebração do matrimônio. Tal ação existe, no entanto, para o direito de pedir-se a reparação de danos (SILVA, 2012, p.81).

No entendimento de Charles Aubry e Charles-Frédéric Rau, para que ocorra reparação, necessário se faz a presença de um delito, no entanto, o Código canônico não impõe às pessoas que se casam, a obrigação de cumprimento da promessa feita no momento do casamento, mas exige que quem descumprir o ajuste anteriormente feito, qualquer que seja a situação, repare os danos e prejuízos advindos do rompimento, causados a outra parte (SILVA, 2012).

No Brasil, não há necessidade de ficar caracterizado o delito para que se faça jus à recuperação, tendo em vista que o não cumprimento da promessa de casamento consiste em

¹ Este instituto é oriundo da sponsalia do antigo Direito romano. Para Florentino se definia sponsalia como a proposta e promessa solene recíproca de futura núpcia (Livro I, D. 23 - “sponsalia sunt mentia et promisso futurarum nuptiarum”) (SILVA, 2012).

um ilícito civil, não podendo ser visto como um delito. Nesse sentido, Gutierrez (apud GOMES, 1983, p.76) ressalta que:

a responsabilidade do *sponsus* pela ruptura da promessa de casamento feita é tão grave, que nem mesmo se " poderia escusar do seu cumprimento sob a alegação da superveniência de impedimento impediante (*impedimenta impediendit*) ou dirimente perpétuo e indispensável (*impedimenta dirimentia juris publici*), uma vez que, para tanto, tenha contribuído com qualquer parcela de culpa. Inclusive August Knecht informa que já se decidiu ficasse o *sponsus*, em hipóteses de *impedimenta ligaminis*, conseqüentes de casamento levado a efeito por ele com terceira pessoa, em nome da 'equidade canônica', ilimitadamente responsável, perante o noivo inocente, por todos os danos que lhe houvesse, por qualquer forma, ocasionado.

Por imposição da Lei de 06.10.1784, era adotada esse princípio no País quando não se trocavam, no momento do ajuste de promessa de casamento as denominadas "arras esponsalícias", que representavam a verdadeira cláusula penal desses contratos, pois, o noivo que, sem causa justa, não quisesse mais casar assumiria a reparação de perdas e danos. A reparação desse dano moral, já é reconhecido há muito tempo, pela Igreja Católica, poderia ser civil ou espiritual, segundo o que está prescrito pelo Código canônico em seus vários cânones.

Ao vigorar a Lei n. 3.071/1916 (Código Civil Brasileiro), banuiu-se o instituto dos esponsais. Em 1917, foi retirado dos noivos o direito de ação para cobrarem entre si, o cumprimento do ajuste ou a aplicação da pena convencional ou legal. E, ainda, não se tem notícia a respeito da vigência do antigo Direito, se este obrigava o faltoso, no término de tudo, a pagar alguma coisa, além do prejuízo material ocasionado do seu incorreto procedimento, ao descumprir a promessa de casamento. Vale salientar que, apesar da vigência do Código Civil Brasileiro de 1916 e, *a posteriori*, do Código Civil Brasileiro de 2002, não se eliminou de todo a fonte geradora de possíveis danos morais, ou conhecido noivado ou promessa de casamento, portanto, até os dias atuais, vem sendo a reparação por danos morais resultantes da suspensão do casamento pelo noivo, que se comprometeu e não mais aceita cumprir com a promessa, desde que seja provada a ocorrência do efetivo dano, ficando, então, em tais casos, não reparada a ruptura da promessa sem dano.

No Código Canônico encontra-se também em seu § 1º do cânone 2.354, ao lado de danos materiais comuns, advindos de incêndios ou destruições de coisas materiais, outros danos, com características de morais, tais como: atentados à integridade física das pessoas e à dignidade humana, os quais, da mesma maneira, geram a obrigação do ressarcimento à vítima. Esse mesmo § 1º dispõe que:

o secular que tiver sido legitimamente condenado por crime de homicídio; de rapto de impúberes de um ou de outro sexo; de venda de uma pessoa destinada à escravidão ou a qualquer outro fim mau; de usura, de roubo, de furto qualificado, ou não, em matéria de grande importância; de incêndio ou de destruição maliciosa de coisas, se em grande quantidade; de mutilações, de lesões ou violências graves, será, por isso mesmo, excluído de todos os atos eclesiásticos legítimos, bem como de qualquer cargo que possa ter na Igreja, permanecendo, contudo, de pé, a sua obrigação de reparar os danos (SILVA, 2012, p.83).

Esse Código ainda regulamenta os danos oriundos da calúnia e da injúria, que são reparados duplamente, da forma a seguir: a) sanções de ordem material; e b) sanções de ordem espiritual. No cânone 2.355 está definido que:

se alguém, não com atos, mas por meio de palavras ou escritos, ou de qualquer outra forma, injúria um terceiro, ou o prejudica em sua fama ou reputação, não só se obriga, nos teores dos cânones 1.618 e 1.938, a dar a devida satisfação e a reparar os danos, como, também, se torna passível de penas e penitências proporcionadas, inclusive se trata de clérigo a quem, se for o caso, se deve impor a suspensão ou a privação de ofício e benefício (SILVA, 2012, p.83).

De acordo com a classificação romana, ou era feita verbal (falada ou escrita) ou era real. A injúria verbal diferenciava-se da injúria real em que a ofensa se realizava, de maneira física (*quotiens manus inferuntur*), por atos que não se restringiam somente a palavras, pois o agente chega às vias de fato, assim, a injúria verbal se fazia por palavras ou por escrito, ao passo que a injúria real ocorria através de ações. Portanto, como se evidencia no conteúdo transcrito do cânone 2.355, o Código Canônico prioriza somente as injúrias verbais, não fazendo referência às injúrias as verbais.

3.2 Dano moral no direito estrangeiro

Durante a Confederação Alemã ou Confederação do Reno, juridicamente, prevalecia para o Direito, o império do Particularrecht (legislação originária do Estado membro). A assembleia dessa Confederação era formada por Estados soberanos e as leis votadas nas reuniões dos delegados somente vigoravam dentro de cada um dos Estados confederados, após ratificadas e sancionadas. Dessa forma, era muito difícil encontrar nesses Estados soberanos uma legislação unificada.

Assim, nos Estados soberanos vigoravam em seu território independente duas legislações bem diferentes: “uma legislação originária ou própria (*Particularrecht*), ao lado de outra legislação, votada nas assembleias da Confederação do Reno e aceita pelo Estado membro, que tanto podia acolhê-la como recusá-la” (SILVA, 2012, p.89).

No regime da federação conhecida como Confederação da Alemanha do Norte, em relação ao Direito, a realidade era diferente, pois, as leis eram federais, com aplicação extensiva a todo o território dos Estados confederados. Nesse regime de legislação unificada era um pouco incipiente, ou seja, apenas a parte do Código Civil relativo às obrigações era da competência do Poder Legislativo federal, mesmo depois de 1871, época em que foi fundado o Império Alemão. Em 1873, tal competência se ampliou para todo o conteúdo do Código Civil, continuando até 1.900, quando o Código Civil Alemão passou a vigorar.

Antes existiam Estados em que se aplicava o Direito Civil codificado e outros em que vigorava o Direito Civil não codificado. Nestes últimos, prevaleciam as normas do Direito científico fundamentado no Direito romano. De acordo com Silva (2012), antes de 1900, ainda quando vigorava o *Bürgerliches Gesetzbuch* - B.G.B., nesses Códigos regionais da Alemanha e mesmo no *Gemeines Recht* dos países sem codificação, já havia uma adesão forte à doutrina da reparação dos danos morais. No entanto, sobre a dor moral, no sentido do sofrimento interior (angústia da alma ou aflição espiritual da doutrina italiana), os doutrinadores alemães, de forma diversa da orientação pragmática dos doutrinadores anglo-americanos, sempre deram preeminência à pura dor física.

No velho Direito, a doutrina da indenização do dano moral vigorava com mais sentido do que no B.G.B. ou Código Civil Alemão², visto que, no *Gemeines Recht* foi idealizado, para tais sofrimentos físicos, o instituto do *Schmerzensgeld*, pelo qual as feridas e lesões físicas ficaram sujeitas a uma reparação econômica (*pecunia doloris*) preço da dor. Contudo, Silva (1983, p.52):

isto não quer dizer que o *Schmerzensgeld* só abrangia a reparação por feridas e dores exclusivamente físicas. Para ele, se, por um lado, é indiscutível que os danos morais, em sua ampla acepção, compreendem toda sorte de sofrimento, seja ele puramente físico ou simplesmente interior, e que os alemães manifestam sua preferência, na reparação, pelas dores físicas, negar não se pode, por outro lado, que tenham rejeitado os *paterna d'animo*.

O *Schmerzensgeld* em sentido amplo, ao lado da dor física, envolvendo também os sofrimentos interiores, fez-se sempre presente no *gemeines Recht* e nos Códigos anteriores ao

² Von Buchka atesta que não há menor dúvida a respeito da qualidade do velho Direito quando escreveu que, "conforme um costume do Direito comum, ao ofendido por um ato ilícito pertence a ação para cobrança do *Schmerzensgeld*, a qual não tem caráter de ação penal, e sim de uma indenização pela dor sofrida, não tendo sido, pois, abolida pelo Código Penal. O Código Civil não reconhece tal ação como o Direito comum a reconhece, mas concede ao ofendido, em caso de lesão corporal ou à saúde ou de privação de liberdade, também uma ação para a reparação do dano não patrimonial, como outrossim a concede à pessoa do sexo feminino, vítima de crime ou delito contra os bons costumes, ou que, por engano, ameaça ou abuso de relação de dependência, for levada a consentir em coabitação extraconjugal (SILVA, 2012, p.90).

B.G.B., como no mesmo. A reparação por danos morais já era adotada pelo Código da Prússia, conforme livro 6, §§ 112-114. No Código Civil da Saxônia, a reparação por dano moral foi de forma efetiva, referenciada no seu § 490. O § 253 do B.G.B. ou Código Civil Alemão, no qual está previsto que: “por um dano que não é um dano patrimonial, a compensação em dinheiro não pode ser demandada fora dos casos fixados pela lei” (FISCHER, 1938, p.262). Assim, “o B.G.B. somente obriga indenizar, em dinheiro, os danos morais previstos nos seus §§ 847 e 1.300” (FISCHER, 1938, p.262).

No § 847 do B.G.B. está expresso que:

no caso de golpe no corpo ou no espírito, assim como no caso de privação da liberdade, a parte lesada pode igualmente exigir uma compensação equivalente em dinheiro em razão de um dano que não constitui um dano patrimonial. A pretensão não pode ser cedida e não pode ser transferida para os herdeiros, a menos que já tenha sido reconhecida em um ajuste ou já tenha sido deduzida em juízo. Semelhante pretensão cabe a toda pessoa do sexo feminino, com relação àquele que comete um crime ou um delito contra os bons costumes, ou que, por engano, ameaça ou abuso de relação de dependência, for levada a consentir em coabitação extraconjugal (SILVA, 2012, p.91).

E, ainda, no § 1.300 do Bürgerliches Gesetzbuch - B.G.B. determina que:

se entrega uma mulher de procedimento irrepreensível a seu futuro esposo, uma vez que ocorram, no caso, os requisitos dos §§ 1.298 e 1.299, poderá exigir que se lhe indenize, em dinheiro, na medida do equitativo ou do justo, pelo dano moral sofrido. Esse dinheiro, no entanto, é personalíssimo e não se transmitirá a seus herdeiros, a menos que já tenha sido reconhecido em um ajuste ou já tenha sido deduzido em juízo (SILVA, 2012, p.92)

Entretanto, para Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda Ferreira, o B.G.B. manda indenizar, em dinheiro, não somente os casos previstos em seus §§ 847 e 1.300, mas também com reservas, as hipóteses inclusas no seu § 343. De acordo com esse autor, inclui-se nesse caso, a reparação com natureza específica de pena contratual, podendo-se referir a qualquer interesse legítimo do credor. As lesões pessoais estão previstas no § 249 do B.G.B. Tal realidade mostra que o número de situações em que são permitidas reparações por dano moral no Direito Civil germânico apresenta-se limitado (SILVA, 2012).

Da forma que aconteceu no direito germânico, em relação à reparação do dano moral, ocorreu também na Itália. Neste país, essa reparação direcionou-se para uma evolução negativa, ou seja, o texto legal explícito no art. 2.059 do Código Civil Italiano, vigente desde 1942, atualmente aborda sobre essa questão, dando prioridade ao sistema limitativo da concessão dessa reparação, tal sistema não se fazia presente no período de 1865 a 1942.

Consequentemente, aduz-se que ocorreu um retrocesso no Direito Italiano quanto à questão da reparação dos danos morais.

O art. 1.151 desse Código dispõe em seu conteúdo à semelhança do art. 1.382 do Código Napoleônico, pois, deste, sofreu influência direta, de que: “qualquer fato do homem que acarreta dano a outro, obriga aquele, por culpa do qual aconteceu, a ressarcir o dano” (SILVA, 2012, p.95). Esse dispositivo do Código Civil Italiano vigorou simultaneamente ao art. 185, do Código Penal Italiano de 1930, de acordo com o qual “todo crime obriga a restituição pela norma da lei civil. Todo crime, que venha ocasionar um dano patrimonial ou não patrimonial, obriga ao ressarcimento o culpado e a pessoa que, pela norma da lei civil, deve responder por este fato” (SILVA, 2012, p.95). Assim sendo, a melhor doutrina considerava que, da interpretação concomitante desses dois dispositivos legais (art. 1.151 do Código Civil Italiano de 1865 e art. 185 do Código Penal Italiano de 1930), decorria a norma abrangente que os danos morais seriam sempre reparáveis, fossem eles decorrentes ou não de delitos penais ou de ilícito civil. Porém, nem sempre foi dessa forma, uma vez que, por força do antigo Código Penal, revogado em 1930, os casos de reparação por dano patrimonial reduziam-se a um número bem pequeno. O art. 38 do antigo Código Penal Italiano que:

além da restituição e do ressarcimento do dano, o juiz, por todo delito que ofenda a honra da pessoa ou da família, ainda que não haja ocasionado dano, pode assegurar a parte ofendida, que tenha requerido, uma soma determinada a título de reparação (SILVA, 2012, p.96).

Pezzela (1935), ressalta que nos julgados de tribunais italianos, destaca-se um alto espírito de solidariedade e de humanização do Direito, por parte dos juízes, na concessão do ressarcimento de danos resultantes de ofensas à personalidade humana, em se tratando da reparabilidade do dano moral.

Nesse sentido, destacam-se a seguir, alguns trechos de uma decisão do Tribunal de Milão:

O Direito foi criado e existe para tutelar e garantir a existência, a integridade e o desenvolvimento da personalidade humana, é esta, como sujeito de direito, considerada no complexo da sua existência física, moral e intelectual, que, de outro modo, o Direito seria defeituoso na sua função. O direito da personalidade humana não pode, por conseguinte, exaurir-se com o direito patrimonial: este é somente uma parte daquela, a outra parte constitui o direito moral ou ideal, aquele que se relaciona com a parte espiritual da pessoa, na qual e pela qual a personalidade humana exerce a sua atividade moral para a conquista do bem moral. Aquela forma o conteúdo daquele que pode se chamar o patrimônio jurídico moral, e é a integridade da pessoa física e moral, a honra, o pudor, a virgindade, a consideração pública etc. Não se pode negar a este bem o caráter de direito, visto que este é a legítima pretensão no sentido de que outra pessoa não pode lhe lesar ou causar dano. Como reconhece aqueles autores que negam a ressarcibilidade do dano moral, a respeitabilidade e a inviolabilidade da

pessoa humana são os mais fundamentais de todos os direitos, que presidem todas as relações jurídico-privadas. Qualquer bem guarda o fundamento primeiro e verdadeiro da obrigação jurídica de não se lesar o patrimônio de ou tremer e reintegrá-lo caso se venha lesá-lo; é a apontada obrigação jurídica de respeitar a personalidade humana no exercício da sua faculdade. Se a causa de uma lesão qualquer se refere a uma permanente debilitação intelectual, a indenização deve ser admitida; segundo a tese contrária, no caso em que o indivíduo houver usado da sua inteligência para o exercício de uma arte ou profissão do qual tira o meio de vida, não no caso em que ele houver exercido o intelecto para o deleite ou satisfação do seu estudo ou para o bem da humanidade. Para esses, qualquer uma lesão que não constitua deformação e imobilização na sua cadeira, há indenização daquela espécie de tratamento, da enfermidade e da muleta que impele a sua pessoa mutilada; não há direito a indenização alguma pela sua juventude e pela sua mobilidade destruída. Ele deverá ficar todo o dia espectador inerte e desgostoso pela sua enfermidade, só, em companhia da saudade da perdida vantagem de gozar da sua íntegra personalidade física e moral, e da dor, por abstração metafísica, para que o doutor do Direito não negue uma indenização que, por um lado, tenha o amplo poder de valer o suficiente para o autor do dano fazer sentir o peso material da sua culpa e da sua expiação com o fim de aquietar o senso de justiça do ofendido, e, por do outro, deve proporcionar a este uma boa soma suficiente para lhe dar condições de agirem de obter prazeres e satisfações, os quais podem afastá-lo da sua amargura. Caso se negue a indenização por parte daquele que aqui matou a idosa mulher que alegre e conforta, como numa tutela, a nossa casa, só porque essa é motivo de despesa e não de ganho, e por isso nada vale e não se considera a profunda amargura da alma, a essência que é arrancada da nossa vida moral e é uma parte integrante dessa, por isso traz assim grave ofensa aos nossos sentimentos e afeto mais caro, isto acabará por constituir quase que um prêmio ao assassino por haver ele aliviado o nosso orçamento de valores da espécie passiva. O fato mesmo de o Direito Público Penal intervir para punir quem lesa o direito de inviolabilidade da pessoa humana, demonstra que este é um direito por excelência (SILVA, 2012, p.96-97).

Convém salientar que, apesar do rigor da lei italiana, no decorrer do tempo, não foi possível impedir o surgimento acentuado da jurisprudência e doutrina, as quais passaram a considerar que o dano não patrimonial se concretiza tanto com a dor física quanto a dor moral, que, de forma objetiva, não encontra no dinheiro um equivalente, mas que, pela equidade (critério de moderação e igualdade, mesmo em detrimento do direito objetivo), pode-se encontrar, de maneira aproximada, um equivalente subjetivo (SILVA, 2012).

Por esse motivo, na Itália, a orientação dos julgados dos tribunais e a orientação dos doutrinadores venceram a limitação legislativa (COLOMBO, 1947). Assim, nos tribunais italianos, tem prevalecido o requisito da equidade, ou seja, do sentimento de justiça avesso ao requisito de julgamento ou tratamento rigoroso e estritamente legal. E, ainda, a postura italiana priorizada quanto à reparabilidade do dano moral foi e continua proporcionando substancial contribuição aos países do mundo ocidental, haja vista que a reparação do dano moral, naquele país, está calcada na absoluta consciência do interesse social e da solidariedade humana.

No Direito Francês, a limitação dos danos morais não se encontra de forma expressa consignada em lei, tendo em vista que depende do conceito da expressão *dommage* (dano), podendo ser entendido como abrangente ou restrito. O Código Civil Francês, que vigora na

íntegra desde a época de Napoleão, outorgado em 1804, preceitua no art. 1.382, que: “todo e qualquer fato do homem, que cause a outro um *dano*, obriga aquele, por culpa do qual ele aconteceu, a repará-lo” (SILVA, 2012, p.99).

Como se percebe através da interpretação literal do conteúdo disposto no art. 1.382 do Código Civil Francês, pode ocorrer a indução para se entender tal expressão em sentido abrangente, incluindo-se de maneira irrestrita todos os bens, incluindo-se os materiais (patrimoniais) e os imateriais (não patrimoniais), que realmente sejam possíveis de lesão de direitos garantidos por lei. Contudo, o princípio da reparabilidade do dano moral ou da reparabilidade abrangente e sem limites dos danos está consagrado em disposições esparsas da legislação francesa, como também no art. 446 do Código de Instruções da legislação francesa, como também no art. 446 do Código de Instrução Criminal e nos arts. 301 e 311 do próprio Código Civil, advindos do Código de Napoleão e, logo depois, reformados.

Como exemplo, cita-se o art. 301 do Código Civil de Napoleão que dispõe:

se os esposos não estão se proporcionando qualquer vantagem, ou se as estipulações não parecem suficientes para assegurar a subsistência do esposo que obteve o divórcio, o tribunal poderá conceder-lhe, sobre os bens do outro esposo, uma pensão alimentícia, que não poderá exceder a terça parte dos rendimentos desse outro esposo. Esta pensão será revogada no caso em que ela deixar de ser necessária (SILVA, 2012, p.99).

No entanto, a Lei de 02.04.1941, sendo esta validada pela Ordenação de 12.03.1945, que o reformulou com a seguinte redação:

Independente de todas as outras reparações devidas pelos esposos em razão do divórcio a ser pronunciado, os juízes poderão conceder uma indenização, ao cônjuge que obteve o divórcio, por perdas e danos ou pelo prejuízo material ou moral causado por esta dissolução do casamento -Civ. 311,1382 (SILVA, 2012, p.99).

Todavia, o art. 311 do Código Civil de Napoleão, preceituava que:

a separação de corpos importa sempre a separação de bens. Se ocorre a cessação da separação de corpos em virtude da reconciliação dos esposos, a capacidade da mulher é modificada na posteridade e regulada pelas disposições do artigo 1.449. Esta modificação não é oponível aos terceiros que continuam a vida em comum a ser constatada pelo ato passado diante do notário com minuta, do qual um extrato deve ser publicado na forma indicada pelo artigo 1.445, e, além disso, deve se fazer menção na margem: 1.º do ato de casamento; 2.º do julgamento ou da sentença que pronunciou a separação. E, enfim, para a publicação do extrato, um jornal da província receberá as publicações legais (SILVA, 2012, p.99).

A Lei de 29.05.1948, reformulou o art. ora mencionado, com a seguinte redação:

Independente de todas outras reparações devidas pelos esposos em *razão* da separação de corpos a ser pronunciada, os juízes poderão conceder uma indenização, ao cônjuge que a obteve, por perdas e danos ou pelo prejuízo material ou moral causado por esta separação - Civ. 299, 301, 1.441, 1451 (SILVA, 2012, p.100).

Além disso, o princípio da reparabilidade dos danos extrapatrimoniais, há muito está mencionado em preceitos legais expressos que o propalam, dentre os quais, destacam-se:

(por exemplo, art. 446 do Código de Instrução Criminal), seja em preceitos que, implicitamente, o acolhem (por exemplo, arts. 68 & 179 do Código Civil francês; arts. 246, 314, 361, 390, 513 e 516 do Código de Processo francês; e art. 117 do Código Penal francês) (SILVA, 2012, p.100).

Na jurisprudência dos tribunais franceses encontra-se um grande número de julgados, que tratam sobre a abrangente reparabilidade dos danos morais. Com efeito, os juízes franceses têm acolhido as reparações por danos morais envolvendo inúmeras hipóteses: atentados aos sentimentos religiosos, violação de correspondência, atentados à reputação e outras.

Assim, infere-se, que o termo *dommage* abrange as lesões dos bens de ordem econômica, como também os de natureza moral ou ideal, ficando consagrada no elemento histórico da exegese, visto que, há muito tempo, tem sido dada essa interpretação aos arts. 1.382 e 1.383 do Código Civil Francês.

No Direito espanhol, o Código Civil em vigor sem alterações desde 1890, reafirmou o conteúdo disposto no art. 1.382 do Código Civil Francês. Conseqüentemente, o art. 1.902 do Código Civil Espanhol prescreve que: “aquele que, por ação causa dano a outro, intervindo culpa ou negligência, está obrigado a reparar o dano causado” (SILVA, 2012, p.102).

Contrariamente, ao que aconteceu na França, na Espanha não existia um componente histórico que oferecesse um suporte para a interpretação do vocábulo dano de forma ampla, ou seja, no sentido de dano material e dano imaterial. Portanto, na doutrina e na jurisprudência espanhola sempre se compreendeu que a única lesão referenciada pela lei civil espanhola tem sido o dano patrimonial.

Assim, para os espanhóis, somente se faz menção no caso da presença de redução efetiva do patrimônio. Por esta razão, o Tribunal Supremo da Espanha (criminal), em julgamento realizado em 06.12.1882, não concedeu indenização a um cidadão espanhol “por não ser valorizável a honra”; e, em outro julgamento, realizado em 1889, ao reafirmar o princípio da tese negativista, esclareceu que “não eram indenizáveis os desgostos. Daí, os tribunais e juristas espanhóis passaram a se manter irreduzíveis. Mas, apesar dessa

irredutibilidade dos tribunais e juristas espanhóis, esse contexto recebeu influência em sua mentalidade jurídica, da doutrina do Bürgerliches Gesetzbuch - B.G.B., do Código Civil Francês (Código Napoleônico) e do Direito Civil da Itália.

Assim, o Tribunal Supremo da Espanha, em julgamento realizado em 06.12.1912, reconheceu o direito de indenização do dano moral. Em relação a esse julgamento histórico Salisachs (1947, p.111) salientou que “a estréia do Tribunal Supremo na discutida questão de se eram indenizáveis os danos morais foi, pois, consagrada”.

Nesse sentido, Silva (2012) pontuou que, diante dessa decisão, mesmo sem uma doutrina que não acolheu a reparação dos puros danos morais, tal julgado tinha valia, em especial, por representar um chamado para despertar a conservadora Espanha, para quem vivia um conservadorismo tradicional, a inovação mencionada adquiriu importância significativa, o que já era doutrina em alguns países vizinhos. Em relação ao Direito anglo-americano, Carpenter (apud SILVA, 2012, p.108), ressalta que na Inglaterra e nos Estados Unidos:

a doutrina jurídica não tem os surtos e os vôos como na Alemanha e nos países latinos: aqui a razão eleva-se alto no mundo das abstrações e constrói teorias amplas, dentro das quais os casos concretos são como gotas d'água no oceano; ali o espírito prático voeja sobre os casos concretos decididos nos tribunais e, agrupando-os por pequenos grupos, constrói teorias dentro das quais certo número de casos práticos se ajusta tão bem como se fossem elas um caixilho adrede preparado.

Nesses países mencionados não existem regras legais uniformes, ou seja, norma escritas, com normas gerais para todos os casos de dano moral e de sua reparação, tendo em vista que, ao invés de sancionarem normas com muita fecundidade em efeitos, das quais se pudesse deduzir as aplicações aos casos concretos, mas, segundo Carpenter (apud SILVA, 2012), a preferência tem sido partir dos próprios casos reais. Tal fato, em outras palavras, significa dizer que os tribunais reúnem em grupos as espécies que lhes parecem semelhantes e, no momento da decisão, são feitas consultas às coleções-séries dessas espécies análogas. Ao detectar o grupo símile, solucionam a pendência de acordo com o mesmo. Tem-se, assim, o direito consuetudinário atuando em sua plenitude (SILVA, 2012, p.108).

Convém salientar que, não somente os prejuízos materiais exigem a prestação de perdas e danos, pois, também essa prestação é devida em casos de puros danos morais, dando-se como exemplo, a injúria. “Toda injúria implica um prejuízo ainda que isto represente uma quantia ínfima; para um prejuízo meramente não pecuniário, a injúria significa um dano no qual o homem fica impedido de algum de seus direitos” (SILVA, 2012, p.108).

No Direito Anglo-americano, norma geral, os danos (damages), apresentam-se divididos em duas classes: a primeira envolve os chamados danos substanciais; e a segunda abrange os danos nominais. A reparação dos danos nominais acontece quando “o valor em dinheiro pode ser estabelecido, mas não tem equivalência com dimensão quantitativa” (SILVA, 2012, p.108).

Nos Estados Unidos e na Inglaterra, os danos morais são chamados, ou ainda *exemplary damages*, *vindictive damages* ou, ainda, *punitory damages*. Na Escócia existe o instituto da indenização particular de solatium (alívio, conforto ou consolação). Ademais, o dinheiro da indenização correspondente a esses danos é denominado de *smart-money*, que em geral, tem sido fixado de forma exorbitante. Como exemplo, cita-se o caso em que só por atirar ao chão o chapéu de um indivíduo, o atirador foi obrigado a pagar cerca de 500 libras como indenização.

Em uma outra situação, uma Companhia da estrada de ferro foi condenada a pagar 4.500 dólares a um passageiro, porque um condutor dessa Companhia o conduziu, de forma intencional, cerca de 400 jardas além da estação de destino, ou seja, “da condução arbitrária do passageiro, além da estação, pela estrada de ferro” (SILVA, 2012, p.109).

Tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos, a difamação e os atentados às pessoas, à liberdade e à reputação, podem ocasionar, de maneira excepcional, direito à reparação por danos morais. Nos dois países, geralmente, atende-se à reparação por danos morais nas hipóteses de privação de afeição.

3.3 Danos morais no direito pátrio

Durante o tempo em que vigoraram as Ordenações do Reino de Portugal, no Brasil Colonial, a existência de qualquer regra que tratasse do dano moral e sua reparação, era plenamente questionável, ocasionando dúvida quanto à possibilidade de sua existência naquela época.

Com o primeiro Código Civil Brasileiro (Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, que passou vigorar em 1º de janeiro de 1917, tratou sobre essa questão em seus arts. 76 e parágrafo único, 79 e 159, que abordaram as defesas de reparabilidade do dano moral, com os seguintes termos:

Art. 75. A todo o direito corresponde uma cação, que o assegura.

Art. 79. Se a coisa perecer por fato alheio á vontade do dono, terá este ação, pelo prejuízos contra o culpado.

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano (BRASIL, 1916, não paginado).

Embora se verifique previsão contida no Código Civil de 1916, em recepcionar apenas o dano patrimonial e o texto legal disposto no Código mencionado tratar sobre a questão processual, os pedidos de indenização por danos morais eram negados, visto que, segundo a doutrina e a jurisprudência nacional daquela época, as duas vertentes, entendiam que, em razão da inexistência de previsão essencialmente legal, em relação ao direito de reivindicar ressarcimento por danos extrapatrimoniais, os pedidos realizados eram considerados improcedentes, consubstanciados pelo Min. Rel. Leitão de Abreu, em julgado ocorrido em 1980 (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010).

Apesar de não existir no Código Civil de 1916, recepção para indenização extrapatrimonial, surgiram leis específicas, de forma própria em cada seara desse Código, de maneira que preenchesse as lacunas deixadas pelos legisladores do projeto de lei, sendo elas:

Em meu sentir, o sistema do Código Civil, nas suas linhas gerais, relativamente ao ponto questionado, é o seguinte: a) Todo dano, seja patrimonial ou não, deve ser ressarcido, por quem o causou, salvante a escusa de força maior que, aliás, algumas vezes não aproveita, por vir precedida de culpa. É regra geral sujeita à exceção; b) Com razão mais forte, deve ser reparado o dano proveniente de ato ilícito (artigos 159 e 1.518); c) Para a reparação do dano moral, aquele que se sente lesado dispõe de ação adequada (art. 76, parágrafo único); d) Mas o dano moral nem sempre é ressarcível, não somente por se não poder dar-lhe valor econômico, por se não poder apreçá-lo em dinheiro, como, ainda, porque essa insuficiência dos nossos recursos abre a porta a especulações desonestas, acobertadas pelo manto nobilíssimo de sentimentos afetivos. Por isso, o Código afastou as considerações de ordem exclusivamente moral, nos casos de morte e de lesões corpóreas não deformantes (art. 1537 e 1538); atendeu, porém, a essas considerações nos casos de ferimentos, que produzem aleijões ou deformidades (art. 1538, §§ 1 e 2); tomou em consideração o valor da afeição, providenciado, entretanto, para impedir o arbítrio, o desvirtuamento (art. 1543); as ofensas à honra, à dignidade e à liberdade são tantas formas de dano moral, cuja indenização o código disciplina; f) Além dos casos especialmente capitulados no código civil, como de dano moral ressarcível, outros existem que ele remete para o arbitramento, no art. 1553, que se refere, irrecusavelmente, a qualquer modalidade de dano, seja patrimonial, ou meramente pessoal. [...]. Ao contrário, a irreparabilidade do dano moral aparece no código como exceção, imposta por considerações de ordem ética e mental. A reparação é a regra para o dano, seja moral, seja material. A irreparabilidade e exceção (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p.106).

Como autor do projeto do Código Civil de 1916, Beviláqua, ressalta o seguinte:

o Código Brasileiro de Telecomunicações, de 27 de agosto de 1962, Lei nº 4.117; o Código Eleitoral, de 15 de julho de 1965, Lei nº 4.737; a Lei de Imprensa, de 9 de fevereiro de 1967, Lei nº 5.250; a Lei dos Direitos Autorais, de 14 de dezembro de 1973, Lei nº 5.988; e, depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990; o Código de Defesa do Consumidor, de 11 de setembro de 1990, Lei nº 8.078, todas

versam sobre o dano extrapatrimonial (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p.107).

Inicialmente, todos os pedidos de indenização eram aceitos quando a solicitação estava prevista em lei, ou seja, possuía respaldo legal e taxativo. Caso não existissem normas que atendessem a hipótese de configuração do dano moral, o pedido correspondente seria julgado improcedente.

No tocante à aceção dos danos morais, esta somente alcançou pacificidade com o advento da Constituição Federal, o que ocorreu em 5 de outubro de 1988, sendo este direito enquadrado entre os Direitos e Garantias Fundamentais, especificamente em seu Título II, dessa Constituição Federal. Ademais, o legislador constituinte, partindo da elaboração do Código Civil de 2002, sancionado depois da Carta Magna de 1988, apresenta claramente e sem equívocos a possibilidade da postulação em juízo com pleito indenizatório em caráter extrapatrimonial, em seu art. 186, recepcionando o dano particularmente dito, sendo ele validado no art. 927, com caráter de reparação do dano.

Assim, o dano moral pode ser considerado como “a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa natural ou jurídica (CC, art. 52; Súmula 227 do STJ), provocada pelo fato lesivo” (CARVALHO, 2011, p.28). Com base na teoria, a caracterização do dano moral não resulta da natureza do direito subjetivo danificado, pois sua decorrência advém dos efeitos jurídicos que a lesão pode gerar, visto que, o dano material pode ocasionar ofensa de ordem extrapatrimonial, ou de forma inversa poderia decorrer o mesmo.

Para Gonçalves (2011, p.377):

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

Portanto, a tutela desses direitos está respaldada no ordenamento jurídico pátrio nos art. 186, do Código Civil, art. 5º, V e X e art. 1º da Carta Magna de 1988. Tem-se a ressaltar, que a nomenclatura apresentada, apesar de consagrada na doutrina e na jurisprudência, não é imutável, tendo em vista a terminologia também utilizada: dano moral, dano extrapatrimonial e dano não material.

Salienta-se, ainda, o dano moral sofrido por pessoa jurídica, antes da redação dada ao art. 52 do Código Civil, *in verbis*: “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade” (CARVALHO, 2011, p.28). Tal reparabilidade não era aceita

pelos doutrinadores e magistrados, pois estes baseavam-se no pressuposto de que a pessoa jurídica não possuía alma, portanto, seria incapaz de sofrer qualquer dano de ordem moral por não ter sentimentos e nem a dor da humilhação, da ofensa e lesão não-patrimonial.

3.4 Classificação dos danos morais

Em geral, cada autor apresenta classificação própria dos danos morais. Neste estudo, será apresentada uma classificação baseada em Santos (2016). No entendimento desse autor, classificar será “sempre necessário para joear, ordenar e estremar conceitos díspares, procurando disciplinar entidades conhecidas e auxiliar na identificação de outras, mas sempre com um fundo comum que é a melhor compreensão do dano” (SANTOS, 2016, p.47).

A seguir será descrita a classificação de danos morais mencionada anteriormente.

Dano patrimonial e moral - baseia-se na maneira como se projeta concretamente o dano no mundo fenomênico. Caso o prejuízo afete o bem material, configura-se o dano patrimonial, que se caracteriza com base na apreciação pecuniária dos impactos produzidos. Adriano de Cupis (1975 apud SANTOS, 2016, p.47) ressalta que a patrimonialidade:

se refere a uma necessidade econômica. Patrimônio é qualquer bem exterior com relação ao sujeito e que seja capaz de classificar-se na ordem da riqueza material, quase sempre valorável em dinheiro, idôneo para satisfazer uma necessidade econômica. Somente o dano que atinge bens que tenham valoração pecuniária é considerado patrimonial.

Contrariamente, quando a lesão atinge sentimentos, vulnera afeições legítimas e afeta o equilíbrio espiritual, surgindo angústia, humilhação, dor e outros, tem-se, então, o dano moral.

Danos previstos e não previstos-adotados pelo Código Francês em seu art. 1.150, aborda o dano gerado de forma culposa (previsível) e de maneira dolosa (voluntariamente). Conforme Colmo (apud SANTOS, 2016, p.47),

os danos previstos, ou que podiam sê-los, aqueles que segundo as circunstâncias poderiam ser antevistos pelos contraentes. Por exemplo, o vendedor de máquina agrícola sabia que ela foi adquirida para levantar a colheita do comprador; daí que deva responder pela possível perda da colheita em caso de descumprimento de sua parte, ainda que não tenha agido de forma puramente culposa e não dolosa. Se o credor não demonstra essa possibilidade de previsão, o devedor não responderá por outros danos que, segundo as circunstâncias, devia ou podia prever qualquer devedor (ou vendedor, no caso), e que correspondem aos danos comuns, que são aqueles que ocorrem em situações ordinárias e de que emerge a culpa do devedor.

Danos intrínsecos e extrínsecos - essa nomenclatura é atribuída a Pothier:

os danos são intrínsecos, relativos à coisa em si mesma que tenha sido objeto da obrigação, ou extrínsecos, vale dizer, que se estendem a outras coisas conexas com aquela. É clássico o exemplo de Pothier, acerca da vaca acometida por alguma peste: o dano intrínseco é o do valor da vaca inutilizada ou morta; o dano extrínseco é o do contágio que sofreram outras vacas que conviveram com aquela empesteada (SANTOS, 2016, p.48).

Dano certo e incerto - considerando que a certeza constitui um dos requisitos do dano reparável, portanto, apenas a existência do dano, em sua efetividade, oferecer certeza ao mesmo. Quando não existe segurança da ocorrência da lesão, há a incerteza, tendo-se, então, uma simples hipótese de dano.

Dano emergente e lucro cessante - essa classificação aplica-se na área do dano patrimonial, no entanto, é possível existir no dano essencialmente, moral. Atribui-se que o dano é emergente quando o prejuízo, de maneira efetiva, ocorreu. Significa a redução, do ponto de vista econômico, do patrimônio do sujeito. O lucro cessante, de acordo com o entendimento adotado, é aquilo que o sujeito deixou de ganhar, ou seja, o ganho que a vítima não ganhou por conta do dano.

Sobre essa matéria, González (apud SANTOS, 2016, p.48) comenta que:

de forma semelhante ao que ocorre com o dano patrimonial, o dano moral pode exteriorizar-se como um empobrecimento que decorre do dano moral efetivo ou a perda de um enriquecimento que ela considera como benefício espiritual cessante. É dano moral tanto a deformação do sentido do gosto, como sua perda; o medo de dirigir automóveis como a privação da aptidão de reflexos para realizar essa atividade por afetação de um centro nervoso. 'Com efeito, devemos insistir em que existe um capital moral do ser humano, que se compõe por tudo o que este é, em substância; não só seus bens espirituais presentes, como também os futuros previsíveis'.

Dano compensatório e moratório - aplica-se no campo da indenização do dano originado de contrato, denomina-se compensatório quando a falta de cumprimento do pacto é definitivo. Caso essa falta seja parcial e o contrato é cumprido com atraso, isto é, fora do tempo previsto, o dano é moratório abrangendo o prejuízo ocasionada pela demora.

Dano direto e indireto - refere-se ao sujeito legitimado processualmente a fim de requerer indenização. Configura-se direito quando o autor da demanda é a própria vítima. O dano indireto ocorre quando a pessoa distinta da vítima, mas foi quem sofreu o prejuízo, podendo ajuizar a demanda ressarcitória. Como exemplo, cita-se o caso do pai de família que faleceu em acidente de trânsito, ocorreu, assim, o dano direto, é a vítima. No entanto, por conta da morte, são a mulher e os filhos os atingidos de maneira oblíqua e possuem legitimidade ativa para a ação de reparação de danos.

De acordo com Mazeud e Tunc (apud SANTOS, 2016, p.49),

a jurisprudência se mostra unânime em declarar que não pode haver responsabilidade sem um dano; e a imensa maioria da doutrina se contenta em registrar essa regra. Com efeito, esse requisito aparece como integrando a essência da responsabilidade civil. Posto que se trata de reparar, deve ser mostrado desde logo que existe algo que reparar

Como se observa nessas considerações, o dano enquanto ente jurídico representa o principal componente da responsabilidade civil.

4 INDUSTRIALIZAÇÃO DO DANO MORAL E SUA CONSEQUENTE BANALIZAÇÃO

É cediço que durante um longo período foi colocado em pauta se o dano exclusivamente moral, isto é, aquele sem repercussão patrimonial, poderia vir a ser indenizado. O seu reconhecimento só foi pacífico com o advento da Carta magna de 88.

No período do Brasil Colônia, não existia regra expressamente definida sobre a reparação do dano moral, o que faz-se concluir pela sua impossibilidade naquele momento histórico. Com o advento do Código Civil de 1916, que previa de forma simplória algumas hipóteses de indenização por dano moral, passou a haver primeiras defesas sobre tal possibilidade.

Diante da omissão do Código Civil de 1916, debates foram travados em relação à possibilidade de se obter indenização por lesão ao seu objeto, qual seja a honra, a dignidade e a integridade psicológica, haja vista que são bens incorpóreos, abstratos, aos quais era impossível a atribuição de um valor exato que os definia.

Em tais Confrontamentos intelectuais, existiam aqueles que defendiam e aqueles que eram contrários à possibilidade jurídica do pedido de indenização por danos morais. A doutrina nacional majoritária, acompanhando o Direito Comparado, defendia a indenização do dano moral, enquanto a jurisprudência, em descompasso, capitaneada pelo STF, negava tal possibilidade.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ficou estabelecido aquilo que os Tribunais e a maioria da doutrina reclamavam, acabando com a resistência existente até então, da impossibilidade da reparação do dano moral. Em seu artigo 5º, incisos V e X, foi contemplada a questão, passando a admiti-la de forma ampla e irrestrita. Colaborando ainda mais com o direito à reparação do dano moral em seu artigo 1º, inciso III, a Constituição Federal de 1988 erigiu à categoria de fundamento do Estado Democrático de Direito, “a dignidade da pessoa humana”.

Posteriormente, foi editado o Código de Defesa do Consumidor, que também admitiu expressamente o dano moral em favor do consumidor, nos termos do seu artigo 6º, inciso VI.

No ano de 2002, depois de mais de duas décadas de tramitação, finalmente foi aprovado o Novo Código Civil Brasileiro (Lei n.º 10.406), o qual, em seu artigo 186, da mesma forma, consagrou o instituto jurídico do dano moral de maneira direta e objetiva, bem como a sua reparação no artigo 927.

Assim, a reparação do dano moral integrou-se definitivamente no nosso ordenamento jurídico, colocando um ponto final sobre a sua possibilidade, sendo direito garantido a todos.

Portanto a partir da Constituição Federal de 1988, passando pelo Código de Defesa do Consumidor, e pelo Novo Código Civil (em vigor a partir de 2003), o instituto do dano moral veio gradativamente ganhando ênfase e sendo difundido através dos diversos doutrinadores.

4.1 Crescente banalização dos danos morais

A banalização, e conseqüentemente sua industrialização, do dano moral consiste em desprestigiar, vulgarizar, desviar a verdadeira razão de existir do instituto. Com a conscientização da sociedade sobre seus direitos, aliada ao grande amparo jurídico e atenção dispensados à matéria a partir do ano de 1988, vem se observando, no passar das décadas, um abusivo aumento de ações buscando indenizações por danos morais ou cumuladas com dano moral.

Nesse tipo de demanda observa-se que, em muitos casos, são ajuizadas ações forçosamente fundamentadas em fatos que não as justificam, deixando clara a intenção de enriquecimento fácil. Somam-se a isso, os valores exigidos, os quais não guardam proporcionalidade com o dano alegado, tendentes a ser sempre altos.

Em um país paupérrimo como o Brasil, com desigual distribuição de renda, onde a mudança de patamar social é difícil, não é de se ignorar que esse tipo de demanda seja visto como um meio, senão de enriquecimento, mas de melhoria de condições de vida.

Ocorre que meros aborrecimentos, dissabores, mágoas, irritações ou mesmo sensibilidades exacerbadas estão fora da órbita do dano moral, pois este só deve ser reputado existente quando espelha uma dor intensa, um vexame, um sofrimento ou uma humilhação que foge à normalidade, interferindo no comportamento psicológico do indivíduo. Logo, não é qualquer caso que se enquadra como sendo de dano moral.

Não bastasse a imoralidade contida em uma ação que visa lucro sem causa, isso aumenta consideravelmente o número de processos em tramitação no Judiciário e, conseqüentemente, de serviço. Logo, falta celeridade à solução final dos processos já em andamento, corroborando para o caos em que se encontra o Poder Judiciário, abarrotados de processos em tramitação há anos, e sem decisões definitivas.

Trata-se de um problema de suma importância, devido ao fato, de tentar induzir em erro o juiz na busca pela vantagem indevida, acabam por banalizar, por desprestigiar um instituto tão importante e tão tardiamente reconhecido, benéfico a toda a sociedade.

Sendo que, a crescente demanda processual, faz com que ocorra a chamada Industrialização, ocasionando inúmeros pedidos de indenização, por fatores esdrúxulos do cotidiano social, prejudicando toda a cadeia principiológica que rege o Direito processual, principalmente no que tange a celeridade e economia processual.

4.2 Mediocrização dos danos morais

Muitas são as causas que contribuem para a banalização do dano moral, contudo, cabe ressaltar de forma objetiva e resumida sobre três delas, as quais podem ser apontadas como as principais a contribuir para esse fenômeno, quais sejam: a subjetividade do juiz para constatação e valoração do dano moral, a Lei dos Juizados Especiais (Lei n.º 9.099/95) e a assistência jurídica gratuita.

4.2.1 Subjetividade do juiz

Diante da omissão da lei em fixar elementos objetivos, a dosagem e mensuração da indenização por dano moral têm caráter basicamente subjetivo, recaindo sobre os magistrados a difícil tarefa de quantificarem o valor da indenização, utilizando-se do princípio do livre convencimento do juiz, da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, conforme prevê o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro – LICC, sem deixar de lado ainda, as circunstâncias de cada caso em concreto.

Além de considerar as normas dos artigos 927 e s.s. do Código Civil, incumbe ao magistrado também, agindo com consciência e equidade para dar um tratamento justo à matéria, considerar na fixação do *quantum debeat* indenizatório os seguintes requisitos:

- a) a posição social e cultural, o estado emocional e psicológico, e o grau de escolaridade das partes;
- b) a verificação da intensidade do ânimo de ofender e de culpa;
- c) a gravidade e a repercussão da ofensa, bem como o prejuízo sofrido pela vítima;
- d) a análise da situação econômica das partes, a fim de que a
- e) indenização não se torne tão elevada, que prejudique a própria subsistência do lesante, e nem sirva como fonte de enriquecimento ao lesado;

- f) a teoria do desestímulo, pela qual deve ser estabelecido um valor
- g) que desestímule o autor do dano a praticar novamente aquele ato;
- h) a fixação de uma quantia que possa amenizar a dor sofrida pelo
- i) ofendido;
- j) os demais fatores concorrentes para a fixação do valor do dano.

Conforme já dito anteriormente, “meros aborrecimentos” não induzem o dano moral. Mas o que serão esses meros aborrecimentos? A resposta a essa pergunta é também tarefa subjetiva do juiz que, na análise do caso concreto, deverá averiguar, detidamente, quais os percalços sofridos pelo indivíduo, a situação em que se deu o ato causador do dano, as consequências, e ainda investigar e estudar como essa pessoa reagiu internamente àquele dano que lhe fora infligido, uma vez que há o aspecto subjetivo do dano.

Essa carga de subjetividade, infelizmente, possibilita a ocorrência de decisões injustas, proferidas de forma não criteriosa, o que contribui ainda mais para a banalização do dano moral. Possibilita ainda, a ocorrência de decisões díspares em casos semelhantes.

Às vezes, causa perplexidade ao jurisdicionado verificar uma pessoa recebendo uma indenização de valor considerável, pelo fato do nome ter sido registrado indevidamente no cadastro de inadimplentes, enquanto outra, pelo mesmo fato, ter direito a uma indenização insignificante. Os valores mudam de ser humano para ser humano; aquilo que para um juiz é gravíssimo, para outro pode não ser tão grave.

Já foi dito que a lei não estabelece ou fixa critérios previamente definidos, objetivos e claros para se apurar o valor em indenizações por dano moral. Por isso, as balizas têm sido traçadas por nossas Cortes de Justiça, em especial, pelo Superior Tribunal de Justiça, órgão responsável pela missão de uniformizar a aplicação do Direito infraconstitucional.

Contudo, cada vez mais percebe-se decisões de diferentes tribunais rompendo o paradigma da banalização, como se vê nos julgamentos a seguir:

DANO MORAL - BANALIZAÇÃO - INDENIZAÇÃO INDEVIDA. Está havendo verdadeira banalização do dano moral, que passou a ser pedido que de praxe acompanha quase todas as ações trabalhistas. Por qualquer situação menos agradável que ocorra na convivência entre empregados de vários escalões em locais de trabalho, qualquer atrito, qualquer mau humor, qualquer palavra mais áspera, fica-se à espreita para tentar obter indenização patronal, situação que não pode ser tolerada pelo Judiciário. (TRT-2 - RO: 00007168820145020023 SP 00007168820145020023

A28, Relator: MARIA JOSÉ BIGHETTI ORDOÑO REBELLO, Data de Julgamento: 04/03/2015, 1ª TURMA, Data de Publicação: 13/03/2015).

DANOS MORAIS. Tese de constrangimento por ocasião do ingresso da autora em estabelecimento comercial. Disparo de alarme. Não comprovação de qualquer conduta do preposto da ré hábil a ofender os direitos da personalidade da consumidora (art. 333, I, do CPC). Meros tédios, aborrecimentos ou mesmo desconfortos que são insuscetíveis de gerar rasura a personalidade civil. Banalização do dano moral que deve ser evitada. Improcedência mantida. Recurso desprovido. (TJ-SP - APL: 10031310520138260068 SP 1003131-05.2013.8.26.0068, Relator: Rômulo Russo, Data de Julgamento: 16/12/2015, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 19/12/2015).

Dano moral. O fato de o empregador não ter efetuado o pagamento oportuno das verbas resilitórias não pode dar azo ao pleito de reparação por dano moral, que decorre de fatos que denigrem e ofendem a intimidade e a honra das pessoas, a ponto de causar situação vexatória insustentável. Entendimento diferente propiciaria a banalização do dano moral, ensejando ações judiciais em busca de reparações por aborrecimentos decorrentes do rompimento de um contrato de emprego. Sentença de primeiro grau mantida nesse particular.

(TRT-1 - RO: 00112575420145010074 RJ, Relator: JORGE FERNANDO GONCALVES DA FONTE, Data de Julgamento: 11/05/2015, Terceira Turma, Data de Publicação: 21/05/2015).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRETENSÃO DE QUITAÇÃO ANTECIPADA DE FINANCIAMENTO E OMISSÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA NO FORNECIMENTO DOS BOLETOS. SIMPLES INCÔMODO QUE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS DO ARTIGO 186 DO CÓDIGO CIVIL. DEVER DE INDENIZAR AFASTADO. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. DEVER DO JUIZ DE EVITAR A PROPALAÇÃO DE "DEMANDAS FRÍVOLAS" (ANDERSON SCHREIBER) OU O SURGIMENTO DE "UM MUNDO DE NÃO-ME-TOQUES" (FÁBIO ULHOA COELHO). RECURSO DESPROVIDO. É do Judiciário a tarefa de desestimular a banalização do dano moral, reservando a aplicação do instituto a situações de real interesse e que ultrapassem o simples desconforto. (TJ-SC - AC: 20120004603 SC 2012.000460-3 (Acórdão), Relator: Jânio Machado, Data de Julgamento: 10/07/2013, Quinta Câmara de Direito Comercial Julgado).

Observa-se que os Tribunais estaduais vem manifestando-se também no sentido de preservar o instituto do dano moral, evitando sua banalização e contribuindo para sua não industrialização.

Em casos assim, além da total improcedência da ação, deveria o juiz submeter o autor da demanda judicial aos efeitos da litigância de má-fé, o que serviria, concomitantemente, como indenização à parte requerida e punição ao requerente, por mover a máquina judiciária injustificadamente.

4.2.2 Princípio da gratuidade no primeiro grau de jurisdição

Presente na lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), cuja a finalidade dos mesmos é o processamento e o julgamento de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo.

Mas, para efeito deste trabalho, o que nos interessa da referida lei é a parte que trata dos Juizados Especiais Cíveis, mais detalhadamente um de seus princípios, qual seja, o princípio da gratuidade no primeiro grau de jurisdição, isso porque ele possui algumas características que entendemos contribuir para o aumento de ações totalmente infundadas, buscando indenização por dano moral.

O artigo 2º da Lei n.º 9.099/95 indica os princípios que norteiam o sistema dos Juizados Especiais Cíveis, os quais visam facultar o amplo acesso ao Judiciário, a conciliação entre as partes, e a solução da lide o mais rápido possível, que são os objetivos da própria lei citada: princípio da oralidade, da simplicidade, da informalidade, da economia processual e da celeridade, todos indicados de forma explícita.

Pois bem, *ipsis literis*, o conteúdo do referido dispositivo: “Art. 2.º. O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”.

O artigo 54 da referida lei inclui mais um princípio de relevante importância a ser observado, para se atingir os fins almejados pela lei, o da gratuidade no primeiro grau de jurisdição, que, como já nos referimos, será o centro de nossa atenção no estudo da referida lei.

Já o artigo 3º, também da mesma lei, fixa a competência do Juizado Especial Cível, indicando o que a lei considera como causas de menor potencial ofensivo, ou seja, causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo e as enumeradas no artigo 275, inciso II do Código

de Processo Civil, sendo que estas últimas também não deverão ultrapassar o valor de quarenta salários mínimos.

Observa-se que, nos termos do artigo 9º da referida lei, em causas cujo valor não ultrapasse a quantia correspondente a vinte salários mínimos, a assistência das partes por advogado é facultativa e não compulsória, regra que prevê o inciso I, do artigo 1º da Lei n.º 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB), que diz que a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos Juizados Especiais deverá ser privativa de quem exerce a advocacia, ou seja, neste caso específico, não há necessidade do *jus postulandi*.

Embora existindo todos aqueles princípios já mencionados e sendo eles de igual importância a orientar os Juizados Especiais Cíveis, trataremos apenas do princípio da gratuidade no primeiro grau de jurisdição, de suma importância ao tema proposto.

Pois bem, por este princípio, desde a propositura da ação até o julgamento pelo juiz de primeiro grau, em regra, as partes estão dispensadas do pagamento de custas, taxas ou despesas processuais. Nestes termos, é o conteúdo do artigo 54 da Lei n.º 9.099/95: “Art. 54. O acesso ao Juizado Especial independará, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas e despesas”. Contudo, caso a parte queira recorrer da decisão do juiz singular, salvo nos casos de assistência judiciária gratuita, deverá recolher as custas (no percentual de dois por cento do valor da causa), taxa de porte e remessa, e o mais que for necessário.

Porém, mesmo em primeiro grau de jurisdição, nos termos do artigo 55 da lei supracitada, o princípio da gratuidade no primeiro grau de jurisdição não será observado quando se verificar litigância de má-fé: “Art. 55. A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogados, ressalvados os casos de litigância de má-fé [...]”.

Sendo que, a litigância de má-fé, é verificada, toda vez que uma pessoa deduz pretensão em juízo ou defesa em processo judicial contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, que alterar a verdade dos fatos, que usar do processo para conseguir objetivo ilegal, que interpor recurso meramente protelatório, dentre outros.

Da análise do artigo 51, parágrafo 2º, verifica-se mais uma exceção, que poderá ocorrer ao princípio da gratuidade no primeiro grau de jurisdição, ocasionada também pela conduta da parte. Nos casos de extinção do processo, em razão da ausência do autor devidamente intimado a qualquer das audiências do processo, a lei determina que ele pague as custas processuais, caso não comprove justo motivo para a sua falta.

Outra característica do princípio em estudo é a faculdade de assistência das partes por advogado em causas de valor até vinte salários mínimos, conforme já mencionado anteriormente. Todavia, se a complexidade da causa o exigir, o juiz alertará as partes da conveniência do auxílio de um advogado.

Ainda sobre a assistência advocatícia, uma observação que deve ser feita é que, em caso de recurso, qualquer que seja o valor da ação, as partes obrigatoriamente deverão estar representadas por advogado.

No entanto, entendemos que o princípio da gratuidade no primeiro grau de jurisdição, juntamente com a sua função nobre de facilitar o acesso da população ao Judiciário, em especial daquelas pessoas de classes menos abastadas, contribuiu para este aumento de ações de indenização por danos morais fundadas em casos que não o caracterizam e que comumente vemos hoje.

A explicação é simplória. O fato do autor da demanda não ter nenhuma custa em primeiro grau de jurisdição faz com que ele conclua que não terá nada a perder, prejuízo algum, caso a sua ação seja julgada improcedente, isso porque o juiz não poderá condená-lo em custas e honorários advocatícios da parte contrária, salvo em havendo condenação por litigância de má-fé, o que não acontece com muita frequência. Assim sendo, dá-se ao luxo de arriscar-se em uma ação com grande chance de perder, visto que fundamentada em fatos que não ensejam danos morais.

Com relação aos honorários advocatícios, é notória, nesse tipo de demanda, a existência dos contratos vulgarmente chamados de “contrato de risco”. O autor da ação e o advogado acordam que somente serão devidos honorários advocatícios, caso seja positivo o resultado da demanda; normalmente se fixa uma porcentagem não superior a trinta por cento sobre o valor da condenação, a título de honorários advocatícios, pois estes nunca poderão ser superiores ao proveito financeiro do cliente.

5 CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico brasileiro adota, como regra geral, a responsabilidade subjetiva, ao exigir o elemento da culpa do agente, como se observa do artigo 186 do Código Civil. No entanto, há previsão da responsabilidade objetiva baseada nas teorias do risco e do dano objetivo, conforme regra dos artigos 927, parágrafo único, 933, 936, 937 e 938 do Código Civil, bem como do Código de Defesa do Consumidor.

Os elementos essenciais da responsabilidade civil são: ação ou omissão, culpa,nexo causal e dano, todos extraídos da análise do artigo 186 do Código Civil. É de observar que para a responsabilidade objetiva, o elemento culpa é dispensável.

O dano material e o dano moral são institutos diversos, uma vez que este é caracterizado pela lesão a interesses não-patrimoniais.

Com a postulação da Constituição Federal de 1988, acabou a resistência existente até então, da possibilidade da reparação dos danos morais, uma vez que em seu artigo 5º, incisos V e X, foi expressamente acolhido o instituto.

A indenização pelo dano moral tem a finalidade de buscar restaurar a dignidade da vítima, amenizar a sua dor, compensando a lesão por meio de um valor pecuniário, isso porque, na maioria das vezes, é impossível obter a reparação in natura. Ao lado da função compensatória, ela possui também, caráter punitivo, funcionando como desestímulo à prática de novos ilícitos e deixando público que condutas semelhantes não serão toleradas.

Se do dano moral ocasionar reflexos de natureza material, a indenização será do dano patrimonial decorrente da lesão à esfera moral da vítima e não somente do dano moral propriamente dito. Atualmente, é pacífico que são cumuláveis as indenizações por dano moral e por dano material provenientes do mesmo fato, tendo a súmula 37 do STJ colocado fim a qualquer dúvida com relação ao assunto, com o que contribuiu também o artigo 6º, inciso VI do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90).

No Brasil, é do juiz a competência para, subjetivamente, fixar o valor da indenização do dano moral, face à inexistência de leis ou parâmetros legais. Trata-se de uma tarefa difícil, que exige do magistrado preparo técnico, formação cultural, consciência e noção de equidade, suficientes para dar uma resposta justa à sociedade. Deverão ainda ser utilizados, a analogia, os costumes, os princípios gerais do direito, bem como ser levadas em conta as circunstâncias de cada

caso em concreto, o grau de culpa, a condição social da vítima e do ofensor, os padecimentos causados à vítima, etc.

Nesta década, observa-se uma ampliação do número de ações buscando indenizações por danos morais, ocorrência que talvez esteja ligada ao grande amparo jurídico e atenção dispensada à matéria a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Ocorre que uma parte considerável dessas ações é baseada em situações que não caracterizam o dano moral.

Considerando o aumento desse tipo de demanda nos últimos anos e os valores atribuídos a elas – em grande número, valores demasiadamente altos, que não fazem correspondência alguma em matéria de proporcionalidade com o dano alegado – chega-se, em muitos casos, sem sombra de dúvida, à conclusão de que, por trás, existe um grande interesse econômico por parte de quem as promove.

É algo de extrema consternação a industrialização e a banalização de um instituto tão importante e tão tardiamente reconhecido, benéfico a todos os cidadãos, por assegurar a reparação de danos causados a bens incorpóreos.

Em outras épocas, alguém que tivesse, de qualquer forma, abalada a sua honra, moral e dignidade, certamente manifestaria apenas um intenso sentimento de tristeza e injustiça, não vislumbrando a possibilidade de obter lucro algum. Hoje, no entanto, em certas situações, aqueles sentimentos ruins, não apenas são amenizados, mas substituídos pela expectativa de auferir algum lucro. Não é exagero dizer que os sentimentos de tristeza e injustiça foram substituídos pelo senso de recompensa.

A subjetividade do juiz contribui para a banalização, por permitir decisões diferentes em casos semelhantes. O juiz, antes de tudo, é um ser humano, passível de erros e falhas, embora sabendo os caminhos pelos quais deva trilhar para julgar e fixar um valor justo. Dessa forma é que se torna possível obtermos uma decisão favorável, onde seja fixado um valor acima do razoável para aquele determinado caso, o que, sem dúvida, estimula certas pessoas a se arriscarem nessas “loterias jurídicas”.

Com relação à Lei n.º 9.099/95, nas ações sob o seu rito, em função de um de seus princípios (princípio da gratuidade no primeiro grau de jurisdição), não haverá nenhuma custa em primeiro grau de jurisdição, o que certamente estimula o ajuizamento dessas ações infundadas, pois o autor não terá nada a perder caso sua demanda seja julgada improcedente, ressalvado se condenado em litigância de má-fé.

Por último, vale arguir, que são preocupantes os critérios de valoração do dano moral, para satisfação compensatória da pessoa lesada. Isso porque a dor, as angústias, assim como todo e qualquer sentimento com repercussão negativa à personalidade de alguém, são lesões difíceis de se atingir um valor exato para a sua reparação. Soma-se a essa particularidade do dano moral, o fato de a legislação pátria ser omissa quanto a regras objetivas para a fixação do quantum.

Não é viável que sejam fixados pela lei valores máximos e mínimos para a compensação do dano moral, mas a norma jurídica deveria, sim, indicar critérios objetivos ou bases que oferecessem ao magistrado margens de avaliação judicial, para uma reparação equitativa. Se assim fosse, por certo se diminuiria extraordinariamente a ocorrência de diferenças em decisões sobre casos semelhantes; as decisões seriam mais justas e o instituto não estaria tão vulgarizado.

REFERÊNCIAS

ALTERINI, Atílio Anibal. **Responsabilidade civil**: limites de la reparación civil. 3. Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

BRASIL, 1988, **Constituição da República Federativa do Brasil**.

BRASIL. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho-RO: 00007168820145020023SP0007168820145020023 A28, Relator: MARIA JOSÉ BIGHETTI ORDOÑO REBELLO, Data de Julgamento: 04/03/2015, 1ª TURMA, Data de Publicação: 13/03/2015. Acesso em 15 de Dezembro de 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça-SP - APL: 10031310520138260068 SP 1003131-05.2013.8.26.0068, Relator: Rômulo Russo, Data de Julgamento: 16/12/2015, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 19/12/2015. Acesso em 18 de Dezembro de 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho-RO: 00112575420145010074 RJ, Relator: JORGE FERNANDO GONCALVES DA FONTE, Data de Julgamento: 11/05/2015, Terceira Turma, Data de Publicação: 21/05/2015. Acesso em 15 de Dezembro de 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça-SC - AC: 20120004603 SC 2012.000460-3 (Acórdão), Relator: Jânio Machado, Data de Julgamento: 10/07/2013, Quinta Câmara de Direito Comercial Julgado. Acesso em 16 de Dezembro de 2016.

CARVALHO, Ronan Luís de. **Normatização do quantum indenizatório do dano moral**. 2011. 58p. Monografia (Bacharel em Direito) - Universidade - Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, Barbacena, 2011.

COLOMBO, Leonardo A. **Culpa aquiliana (cuasidelitos)**. 2. ed. Buenos Aires: Tipografia e Editora Argentina - TEA, 1947.

FISCHER, Hans Albrecht. **Reparação dos danos no direito civil**. Tradução de Antônio Arruda Férreir Correia. São Paulo: Saraiva, 1938.

GAGLIANO, Pablo S.; **FILHO**, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidad civil del médico**. Buenos Aires: Astrea, 1985.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

REIS, Clayton. *Dano moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

REIS, Clayton. *Dano Moral*. 5. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SALISACHS, Santiago Gubern. *La ruptura de promessa matrimonial y seducción de la mujer ante el derecho y la ley*. Barcelona: Bosch, 1947.

SANTOS, Antonio Jeová. **Danos moral indenizável**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

SILVA, Wilson Melo da. *O dano e sua reparação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SILVA, Clóvis V. do Couto. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. **Revista dos Tribunais**, v. 667, maio 1991.

SILVA, Américo Luís Martins da. **Dano moral e sua reparação civil**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2012.

Silva, Hugo Leonardo Santos da.

A banalização e a industrialização do dano moral no direito brasileiro em face dos princípios que o norteiam/ Hugo Leonardo Santos da Silva. – São Luís, 2016.

50f.

Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão – UFMA, 2016.

Orientadora: Prof^a. Maria Teresa Cabral Costa Oliveira.

1. Dano moral. 2. Indenização. 3. Banalização e Industrialização do dano moral. I. Título.