

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DANOS MORAIS

CLAYTON REIS

Magistrado em segundo grau aposentado do Tribunal de Justiça do Paraná. Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Central de Lisboa. Doutor e Mestre em Direito pela UFPR. Especialista em Responsabilidade Civil pela UEM. Professor Adjunto IV aposentado da UEM. Professor do PPGD Mestrado e Doutorado do UNICURITIBA. Professor da Universidade Tuiuti do Paraná. Professor da Escola da Magistratura do Paraná. Membro fundador da APLJ - Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Membro do IBERC. Membro do IAPR. Advogado e parecerista em Curitiba, Paraná (Brasil).

RESUMO

Ao prescrever a indenização dos Danos Morais na Ordem Constitucional de 1988, o Brasil abriu importante espaço no mundo jurídico na tutela dos Direitos Fundamentais da pessoa. A partir deste marco civil, a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais conquistaram espaço no processo de valoração do *pretium doloris*. Mesmo após 32 anos da promulgação da “Carta Cidadã”, o tema suscita profunda discussão sobre os critérios de valoração dos danos extrapatrimoniais. Não obstante a *actio injuriari* conhecida no antigo Direito Romano, o tema ainda desperta interesses e reflexões, sobre a magnitude dos seus propósitos na defesa da dignidade e da personalidade do ser humano, mediante a fixação de um valor equivalente à lesão sofrida pela vítima.

PALAVRAS-CHAVE: A Constitucionalização do Dano Moral.

ABSTRACT

Non-material damages have been prescribed by the Brazilian Constitution in 1988, which opened an important space for the safeguard of Fundamental Rights. From this standpoint, doctrine and Courts gained weight in the process of evaluating the pretium doloris. Even 32 years after the Brazilian Constitution has been enacted, the theme rises profound disputes regarding the criteria used for valuing

non-material damages. Nevertheless action injuriari was known in ancient Roman Law, the theme rises interests and leads reflections regarding the depth of the purposes on the defense of human values such as dignity and personality, measuring the amount established for the monetary compensation, which has to be proportional to the damage suffered by the victim.

KEYWORDS: *The Constitutionalisation of Non-material damages.*

“A nova Carta da República conferiu ao dano moral *status* constitucional, ao assegurar nos dispositivos sob referência, a sua indenização quando decorrente de agravo à honra e à imagem ou de violação a intimidade e à vida privada” (In STF – 1ª Turma – RE 192.593 – Relator: Min. Ilmar Galvão – RTJ 170/965).

1. - A EXPRESSÃO DANO MORAL – DANO EXTRAPATRIMONIAL.

A consolidação dos danos morais na doutrina brasileira se operou de forma lenta e gradual. Afinal, se trata de um instituto de magnitude que dependeu da conscientização dos nossos legisladores como igualmente dos magistrados, para compreenderem o alcance dessa importante e significativa indenização. No curso da história a pessoa sempre foi alvo das mais diversas agressões no seu corpo físico e na esfera psíquica. Todavia, em decorrência da excessiva patrimonialização presente no Código Civil de 1916, o legislador deteve-se basicamente na reparação dos danos patrimoniais¹. Nesse sentido, Hans Albrecht Fischer² assinala que, “o direito comum só entendia fundamentalmente por danos os de índole patrimonial. Contudo, nem segundo a linguagem jurídica nem na sua acepção corrente esta palavra ‘dano’ se limita a designar os prejuízos patrimoniais ou de índole material (dano da alma se lê no Evangelho de S. Marcos, 16, 26). Assim, o Código Germânico Prussiano (I, 6, Par. 1º) define o ‘dano’ como a ‘lesão ou ofensa’ que o homem sofre no seu corpo, liberdade, honra ou patrimônio”. Essa linguagem patrimonialística do direito se justifica em razão da vida essencialmente materialista dos povos antigos, bem como, a pouca disseminação dos valores culturais e espirituais – a despeito da forte influência da filosofia cristã. Por outro lado, há ainda, os argumentos para

¹ Não obstante Clóvis Bevilacqua já havia se manifestado de forma precisa pela inclusão no Código Civil de 1916 dos danos morais, segundo noticiava Avio Brasil (In O Dano Moral no Direito Brasileiro, Rio de Janeiro, Livraria Jacinto Editora, 1944, p. 59): “Em seus memoráveis comentários ao Código Civil, o maravilhoso mestre Bevilacqua, enfrentando o que dispõe o artigo 1.537, observou, com as seguintes palavras, dentre outras, que bem exprimem o seu pensamento, pensamento que representa, indiscutivelmente, a mais pura teoria jurídica brasileira, no assunto: estabelecendo as bases da indenização, no caso do homicídio, o Código Civil não atendeu ao dano moral, que considera em outros casos, por não haver elementos seguros para a apreciação desse dano, que varia, consideravelmente segundo as hipóteses. É certo que para a exata avaliação do ressarcimento devido pelo homicídio, é necessário considerá-lo econômica e materialmente, como afirmou uma sentença notável do Tribunal de Apelação de Ancona”.

² FISCHER, Hans Albrecht, A Reparação dos Danos no Direito Civil, São Paulo, Livraria Acadêmica Saraiva, 1938, p. 9.

adoção dessa postura centrados nas dificuldades sempre existentes para dimensionar os valores equivalentes às indenizações extrapatrimoniais.

Os romanos já admitiam a possibilidade de indenizações que afetassem a honra e a dignidade da pessoa. A *actio injuriarum* consagrava o direito à indenização decorrente da ofensa perpetrada pelo ofensor à intimidade da vítima, ou, como aponta Hans Albrecht Fischer³, “a *actio injuriarum* tinha em princípio por capital função a de indemnizar o dano não patrimonial, oferecendo uma satisfação ao ofendido pelos desgostos sofridos, os vexames, etc.”. A Lei das XII Tábuas, em sua Tábua VIII – Dos Delitos, em seu par. IV proclamava: “Para a injúria feita a outrem, pena de 25 asses”⁴. Trata-se da lesão ao patrimônio íntimo da pessoa - honra, privacidade, liberdade, equilíbrio psíquico, conceitos éticos e outros valores que compõem a estrutura da personalidade do ser humano. A ofensa a esses valores acarreta perdas de natureza psíquica, capazes de repercutir na esfera material e imaterial da pessoa vitimada pela ação lesiva de terceiros.

A conceituação dessa modalidade de dano não patrimonial – *dano da alma* – tem sido objeto de controvertidas opiniões doutrinárias. Não obstante a legislação e jurisprudência façam referência ao termo dano moral. O artigo 496 do Código Civil Português⁵ alude ao dano não-patrimonial, para expressar o dano extrapatrimonial.

Judith Martins Costa⁶, a esse respeito proclama: “em nossa opinião, o mais conveniente seria acabar de vez com o uso da expressão ‘dano moral’ em caráter genérico, como o faz a doutrina mais recente, para assentar o emprego da expressão ‘danos extrapatrimoniais’ como indicativa do gênero do qual seriam espécies os danos à personalidade’ e os demais danos extrapatrimoniais antes assinalados, inclusive os danos morais em sentido próprio, isto é, os que atingem a honra e a reputação”. A correta opinião fundada nas diferentes circunstâncias em que ocorrem lesões à pessoa, questionada por Miguel Reale, no plano social (dano moral objetivo) e no plano subjetivo (dano moral subjetivo) exigem inequívoca separação. Todavia, essas questões

³ FISCHER, Hans Albrecht, op. cit., p. 242.

⁴ VIEIRA, Jair Lot, Código de Hamurabi, Código de Manu-Excertos e Lei das XII Tábuas, Bauru, Editora Edipro, 1994, p. 155.

⁵ Artigo 496, 1 do Código Civil Português prescreve: “Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereça a tutela do direito”. Artigo 496, 2.:”Por morte da vítima, o direito à indemnização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto ao cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes, na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representem”.

⁶ COSTA, Judith Martins, Comentários ao novo Código Civil, volume V, Tomo II, obra coordenada pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2003, p. 349.

de fundo não têm interferido no sistema de valoração realizado pelos Tribunais brasileiros, quando arbitram o *quantum* indenizatório nos casos julgados. Humberto Theodoro Junior⁷ ensina que, “de maneira mais ampla, pode-se afirmar que são danos morais os ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social). Derivam, portanto, de práticas atentatórias à personalidade humana”. Via de conseqüência, o termo dano moral vem sendo empregado em sua ampla acepção, competindo ao julgador dimensionar os casos concretos, modelando-os à sua especificidade no momento da quantificação do valor correspondente.

Por outro lado, é importante registrar que o artigo 5º, inciso V alude à indenização do dano material, moral ou à imagem, estabelecendo distinção entre o dano objetivo e subjetivo; ao passo que o inciso X se refere exclusivamente aos danos subjetivos da pessoa – intimidade, vida privada, honra e imagem que são atributos da personalidade da pessoa⁸. Ao passo que o artigo 186 do Código Civil alude em sua parte final “...*ainda que exclusivamente moral*, comete ato ilícito”, ou seja, sem identificar a natureza se objetiva ou subjetiva do dano imaterial. De Plácido e Silva⁹ em seu dicionário jurídico refere-se ao dano moral ensinando, “assim se diz da ofensa ou violação que não vem ferir os bens patrimoniais, propriamente ditos, de uma pessoa, mas os seus bens de ordem moral, tais sejam os que se referem à sua liberdade, à sua honra, à sua pessoa ou à sua família”. Por conseguinte, o referido dano decorre da violação de um direito subjetivo à pessoa com reflexos na sua área psicológica (honra, intimidade, vida privada, etc) ou no ambiente social (imagem, reputação, nome, etc) que são efeitos da mesma causa. O que se considera nesse caso, como assinalado por De Plácido e Silva¹⁰ é o *quantum* indenizatório: “mas a indenização

⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto, Comentários ao Código Civil, Volume III, Tomo II, obra coordenada pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2003, p. 38.

⁸ Nesse sentido, Wanderlei de Paula Barreto, Comentários ao Código Civil, vol. I, obra coordenada por Arruda Alvim e Thereza Alvim, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005, p. 107 ensina que, “A pessoa é, pois, o sujeito, o titular dos direitos da personalidade; a personalidade é o fundamento ético, é a fonte, é a síntese de todas as inúmeras irradiações, da pletora de emanções possíveis dos direitos da personalidade (direito à vida, à liberdade, à honra, etc.). Tais direitos prescindem de um reconhecimento casuístico pela ordem jurídica, porquanto promanam, ou melhor, estão contidos no conceito de personalidade ou, se preferir, conformam o direito geral de personalidade, que é insito à noção de personalidade”.

⁹ SILVA, De Plácido e, Vocabulário Jurídico, 27ª. Edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2006, p. 410.

¹⁰ SILVA, De Plácido e, op. cit., p. 410.

dele decorrente (dano moral) implica necessariamente a evidência de uma perda efetiva, conseqüente da ofensa moral, ou dos lucros cessantes que advieram do fato ilícito”.

Assim, poderemos deduzir que a idéia-força contida na expressão dano moral consiste na ofensa a um bem de natureza não patrimonial, com notórios reflexos na esfera da intimidade (artigo 5º, inciso V da CF/88: “...intimidade, a vida privada, a honra...”), bem como, repercussões no meio social em que a pessoa se encontra integrada (artigo 5º, inciso X, da CF/88: “... a imagem das pessoas”).

A ofensa aos referidos bens constitui uma modificação depreciativa no espírito da vítima, com imediato reflexo nas diversas esferas que compõem a estrutura pessoal e social do ser humano. Nesse sentido, a lição de RAMON DANIEL PIZARRO¹¹ é precisa quando pontifica: “El detrimento se traduce en una modificación disvaliosa del espíritu, expresión que al decir de Mosset Iturraspe “... destaca que la persona humana es cuerpo y espíritu ...” , lo que es comprensivo de múltiples aspectos de sua personalidad que son dignos de protección. La modificación disvaliosa del espíritu proyecta sus efectos com amplitud hacia ámbitos específicos de la subjetividade del damnificado, com sua capacidad de entender, querer o sentir.”

A esse respeito é imprescindível destacar a lição valiosa de JOSÉ DE AGUIAR DIAS¹², o príncipe da Responsabilidade Civil no Brasil, quando acentua o caráter eminentemente valorativo dos danos morais: “Releva observar, ainda, que a inestimabilidade do bem lesado, se bem que, em regra constitua a essência do dano moral, não é critério definitivo para a distinção, convindo, pois, para caracterizá-lo, compreender o dano moral em relação ao seu conteúdo, que “... *não é o dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha a injúria física ou moral em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado*”.

Esses atributos da pessoa humana representam o “humus” que fertiliza o espírito do ser humano, conferindo-lhe condições para germinar as sementes, que simbolizam valor, lançadas no seu solo. No rumoroso caso de Marcos Mariano da Silva, que permaneceu preso por 13 anos sem processo regular, o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial número 802.435/PE (In DJU de 30.10.2006) invocando a lição de Arnaldo Marmiti aduziu na página 22 do V. Acórdão: “os atributos do ser humano, as virtudes que o adornam e dignificam, são os seus valores

¹¹ PIZARRO, Ramon Daniel, Dano Moral – Prevención/Reparación/Punición, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., 1996, p. 48.

¹² DIAS, José de Aguiar, Responsabilidade Civil, XI edição, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2006, p. 993.
Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 18, N. 3, pp. 907-945, Set.-Dez. 2017.

espirituais, os valores da honradez, do bom nome, da personalidade, dos sentimentos de afeição, enfim, todo um patrimônio moral e espiritual de valia inestimável. Qualquer atentado a esse patrimônio deve ser ressarcido na melhor forma possível”.

Portanto, estamos perante um dano de inestimável valor da pessoa, a merecer a indenização equivalente no caso das ofensas perpetradas aos seus sentimentos e valores. São danos extrapatrimoniais porque não interfere nos bens patrimoniais da vítima¹³. Mas, se trata da maior lesão perpetrada contra os seres humanos, porque nada nos fere de forma tão profunda como aquelas agressões que atingem a região mais nobre das pessoas, retratada nos seus sentimentos e valores que estão conforme à razão e ao sentido da existência física e espiritual do ser humano.

2. VERTENTES HISTÓRICAS DO DANO MORAL.

No curso da história, as ofensas aos bens juridicamente tutelados sempre tiveram como repressão um caráter eminentemente patrimonial. O Código de Hamurabi¹⁴ retrata essa situação ao prescrever em seu artigo 204: “Se um homem vulgar agrediu a face de outro que lhe é igual, pagará um terço de uma mina de prata”.

Posteriormente, segundo relata Jair Lot Vieira¹⁵, “Manu, progênie de Brahma, pode ser considerado como o mais antigo legislador do mundo a data da promulgação do seu Código não é certa, alguns estudiosos calculam que seja aproximadamente entre os anos 1.300 e 800 a.C”. No Livro XIV – Das Injúrias, o artigo 266 prescreve que: “Por ter injuriado um homem da mesma classe que ele, um Dvija será condenado a doze panas de multa; por juízos infamantes, a pena em geral deve ser dobrada”.

Na seqüência, Jair Lot Vieira¹⁶ ainda preleciona, “por proposta do tribuno Tarentílio Arsa, em 462 a.C, é nomeada uma comissão encarregada de redigir uma lei, dando origem à primeira redação da Lei das XII Tábuas - *Legis XII Tabularum ou Lex Decenvirallis*. A importância da Lei

¹³ Segundo leciona Jose Jairo Gomes (In Responsabilidade Civil e Eiticidade, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2005, p. 276), “Nessa esteira, acentua Diniz que o caráter patrimonial ou moral do dano não advém da natureza do direito subjetivo modificado, ‘(...) mas dos efeitos da lesão jurídica, pois do prejuízo causado a um bem jurídico, econômico pode resultar perda de ordem moral, e da ofensa a um bem jurídico extrapatrimonial pode originar dano material (...)”.

¹⁴ VIEIRA, Jair Lot, Código de Hamurabi/Código de Manu – Excertos/Lei das XII Tábuas, Bauru, Editora Edipro, 1994, p.36.

¹⁵ VIEIRA, Jair Lot, op. cit., p. 45.

¹⁶ VIEIRA, Jair Lot, op. cit., p. 135

das XII Tábuas é incontestável. Os próprios romanos, aceitando a observação do historiador Tito Lívio, consideravam-na como a *fons omnis publici privatique júris*, fonte de todo direito público e privado”.

Todas essas disposições normativas foram importantes na construção de um sistema jurídico que contribuiu de forma precisa para delinear os contornos da responsabilidade civil. Os textos apontados indicam de forma patente a tutela dos valores íntimos da pessoa, defesa da honra, do nome da pessoa, da sua imagem, enfim uma gama de tutela jurídica dos bens de valor da pessoa, com o propósito de constranger os ofensores às práticas ofensivas. Para atingir esse objetivo o legislador estabeleceu o pagamento de uma determinada importância, para inibir o ofensor e oferecer à vítima uma compensação pelos desgostos sofridos.

Para Hans Albrecht Fischer¹⁷, “entre as *actiones poenales* do direito romano merece particular estudo a *actio injuriarum*¹⁸, em conseqüência da posição de relevo que ocupa naquele sistema jurídico e conserva depois no direito comum. A *actio injuriarum* tinha por missão proteger a personalidade contra ofensas intencionais e antijurídicas. Estas ofensas podiam afectar diretamente a pessoa do lesado, ferindo-a na sua honra, corpo, ou liberdade”. Portanto, estamos diante de uma lesão de natureza extrapatrimonial – verdadeiro dano moral, que afetava direta e injustamente a intimidade das pessoas.

De acordo com a lição de HUMBERTO THEODORO JUNIOR¹⁹, “a partir da LEI AQUILIANA (286 a.C) e principalmente com a legislação de Justiniano, houve uma ampliação no campo da reparabilidade do dano moral. Há, contudo, enorme controvérsia entre os pesquisadores do Direito Romano acerca da extensão de tal ampliação, não sendo poucos os que, como GABBA, afirmam ter inexistido, em Roma, a regulamentação do dano moral, cuja reparabilidade teria surgido de fato, como teoria moderna, nunca cogitada entre os antigos²⁰.”

¹⁷ FISCHER, Albrecht Hans, A Reparação dos Danos no Direito Civil, São Paulo, Saraiva & C. – Editores, 1938, p.240.

¹⁸ Para Hans Albrecht Fischer, em sua obra citada, página 242: “A *actio injuriarum* tinha em princípio por capital função a de indemnizar o dano não patrimonial, oferecendo uma satisfação ao ofendido pelos desgostos sofridos, os vexames, etc.”.

¹⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto, Dano Moral, 1ª. Edição, São Paulo/SP, Editora Oliveira Mendes Ltda., 1998, p. 4.

²⁰ Segundo o ensinamento de HUMBERTO THEODORO JUNIOR (in obr. cit. p. 5), “após a descoberta dos chamados direitos de personalidade, avolumou-se a corrente dos defensores dos direitos essenciais da pessoa humana, em cujo seio assumiu posições de destaque a plena reparabilidade das lesões à pessoa, na esfera extrapatrimonial. Várias leis, em diversos países tomaram providências tutelares em defesa de direitos autorais, de imagens, etc.. Em 1942, finalmente, o tema veio a figurar no bojo do novo Código Civil Italiano.”

Na linha da história o dano moral somente encontrou espaço para seu reconhecimento e indenização, a partir do momento em que o homem começou verdadeiramente a tomar consciência da realidade psicológica dos seus valores. Foram necessários imensos sacrifícios e sofrimentos descomunais dos seres humanos – o holocausto é uma prova inequívoca dessa realidade – para despertar o sentimento de solidariedade e elaboração de uma tutela geral da dignidade da pessoa humana. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi o primeiro passo nessa direção, podendo ser considerado, ao lado da Revolução Francesa de 1789, marcos que delinearão a história do dano moral nos ordenamentos jurídicos mundiais.

Para Hans Albrecht Fischer²¹, “o direito comum manteve-se pouco inclinado à proteção dos bens jurídicos imateriais. Apesar de aí terem sido recebidas, as penas privadas romanas não gozavam nunca na Alemanha de grande favor. A idéia de que todo o dano, para ter verdadeiro caráter jurídico, havia de ser patrimonial, junta ao dogma da patrimonialidade da obrigação formulada pela Escola Histórica em princípio do século XIX, sobre uma referência de Gaio (IV, 48), tinham necessariamente de se opor a toda indemnização do dano moral²²”.

Mas, é certo que os fatos ocorridos no transato da história foram determinantes nos contornos e princípios que sedimentaram os ensinamentos doutrinários, legislativos e jurisprudenciais a respeito dos danos extrapatrimoniais.

Wilson Melo da Silva²³ aponta trechos históricos que determinaram, na Grécia antiga, posições em defesa da honra das pessoas quando cita, “Na Grécia, um fato histórico, em virtude do qual LALOU pode afirmar o reconhecimento, em todos os tempos, do direito à reparação do prejuízo moral, atesta que os filhos da Hélade tinham ciência da questão. Este fato histórico, por várias vezes lembrado, prende-se à reprovação pública de Eschine, feita a Demóstenes, por haver este recebido, de Mídias, uma certa porção de dinheiro em pagamento de uma bofetada”.

Na verdade, o patrimônio moral da pessoa foi objeto de uma construção paulatina nos períodos da história, quando foram incorporados sucessivos valores em face dos atributos de conteúdo íntimos adquiridos no curso dos acontecimentos humanos. A somatória de valores atualmente presentes constitui uma espécie de atmosfera moral a envolver os indivíduos e que

²¹ FISCHER, Hans Albrecht, op. cit., p. 243.

²² Hans Albrecht Fischer, em sua obra citada, página 243 anota que, “A indemnização da chamada ‘*pecunia doloris*’ (Schmerzensgeld), a qual, tendo embora precedentes no século XV, praticamente deve a sua origem aos artigos 20 e 21 da Lei ‘*Carolina*’, tendo-se desenvolvido resolutamente a partir de Carpzow”.

²³ DA SILVA, Wilson Melo, O Dano Moral e sua Reparação, 3ª edição., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1983, p. 17.

sempre conferiram sentido à existência humana. Os romanos foram primorosos na elaboração dos contornos do direito obrigacional mas, não instituíram normas precisas a respeito da responsabilidade civil e, em particular, sobre o dano moral²⁴.

A evolução do nosso sistema legislativo, por sua vez, conferiu um novo *status* social às pessoas, como a inclusão dos direitos da personalidade insertos no Código Civil de 2002 que foram marcantes na defesa da integridade das pessoas. Por outro lado, a influência do cristianismo foi igualmente decisiva no delineamento das idéias extraídas no preceito romano *NEMINEM LAEDERE*, quando CRISTO ensinou uma regra de reciprocidade que deveria predominar entre as pessoas: “Tudo o que vós quereis que vos façam os homens, fazei-o também vós a eles.” (São Mateus, cap. VII, v. 12).

No Brasil, em que pese os adeptos da teoria negativista se apoiarem na lacuna da lei²⁵ para se opor à reparação dos danos imateriais, nada impediu que expressiva opinião de doutrinadores favoráveis à tese da ampla reparação dos danos, realizassem importantes conquistas neste segmento da responsabilidade civil. Em decorrência desse fato é que HUMBERTO THEODORO JUNIOR^{26/27} ressaltou que, “entre nós, embora sem maior explicitude acerca dos direitos da personalidade, a doutrina majoritária defendia a tese de que o artigo 159 do Código Civil, ao disciplinar a responsabilidade civil aquiliana e ao mencionar a reparabilidade de qualquer dano, estaria incluindo, em sua sanção, tanto o dano material como o moral. A jurisprudência, todavia, vacilava e predominava a corrente que negava a reparabilidade do dano moral fora das hipóteses explicitamente enumeradas na lei.” O que se denotava na postura da jurisprudência negativista era uma nítida tendência em rejeitar o dano moral, em face da lacuna da lei²⁷. A postura era

²⁴ WILSON MELO DA SILVA destaca em sua obra apontada, na página 21 que: “Para forrar-se da injúria, em sentido estrito, contra si levada a efeito, dispunha, a vítima, da ação pretoriana a que se denominava *injuriarum aestimatoria* e pela qual podia reclamar uma reparação, consistente, em uma soma de dinheiro, prudentemente arbitrada pelo juiz. Tal arbitramento, contudo, somente tinha lugar depois de feita, pela parte ofendida, sob juramento, a estimativa (e daí o nome da ação) do próprio dano, à qual nem sempre se atinha o fazedor da justiça”.

²⁵ Nesse caso, Maria Francisca Carneiro (In Avaliação do Dano Moral e Discurso Jurídico, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 48) dissente corretamente dessa postura ao afirmar, “O aspecto capital é que a ausência de forma não suprime a presença do conteúdo. Ora, é bem essa situação do dano moral para o direito: a carência dos parâmetros para a sua aferição não oculta a sua premência, nem tampouco exime do dever de repará-lo. Quando o sentido do conteúdo, ou mesmo a essência do conteúdo não são aparentes, por causa das variações históricas, passam a funcionar como uma reserva, um depósito, uma riqueza submersa. Sobre isso, esclarece, novamente, Barthes, *o conceito é um elemento constituinte do mito: se pretendo decifrar mitos, é necessário que possa nomear conceitos*”.

²⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto, obr. cit., p. 5.

²⁷ O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, como outros Tribunais Estaduais, durante vários anos anteriores à Constituição Federal de 1988 somente concedia a reparação dos danos morais na hipótese de reflexo na área patrimonial, como se observa: “o nosso direito positivo não admite a indenização por dano moral senão quando tenha Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 18, N. 3, pp. 907-945, Set.-Dez. 2017. 915

decorrente da lacuna existente na norma legislativa, não obstante o sentido contido nas regras insertas nos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, bem como, no art. 126 do Código de Processo Civil de 1973, que remetiam o julgador, no caso de lacuna da lei, a recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.

3. A INTERPRETAÇÃO DOS DANOS MORAIS EM FACE DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA ANTERIOR A 1988

Durante décadas o Supremo Tribunal Federal sustentou a tese da irreparabilidade dos danos morais, sob o pressuposto da impossibilidade do arbitramento do *pretium doloris*. A idéia central fundava-se na premissa de que os danos extrapatrimoniais já se encontravam embutidos na expressão *reparação de danos* – portanto todos os danos, já que o artigo 159 do Código Civil de 1916 não tipificava qual o dano que mereceria indenização. E, foi para suprir essa lacuna que o legislador de 2002 consignou no artigo 186 do Código Civil a expressão final em seu texto “...ainda que exclusivamente moral...”. Melhor seria se o relator do Código Civil de 2002 tivesse aceita a proposta contida no Código de Obrigações ao artigo 181: “Além da que for devida pelo prejuízo patrimonial, cabe a reparação pelo dano moral moderadamente arbitrada”.

Todavia, a interpretação da palavra dano consistia no fato de que, no processo de indenização somente os bens materiais admitiam a reposição ao *status quo ante* do prejuízo sofrido. Tal fato se deve ao dogma da patrimonialidade, que se encontrava impregnado em nosso sistema jurídico e que, durante décadas, ofereceu sérias resistências ao acolhimento da tese da indenização dos danos morais²⁸. Silvio Rodrigues²⁹ já proclamava que, “muitas são as objeções

reflexo de ordem econômica (In Ap. Cível n. 20.898 da Capital, Relator Des: Rubem Córdova, julgado em 15.05.1984, publicado no DJE N. 6609, de 29.08.84, p. 7). E, ainda: “descabe indenização por danos morais quando estes, em vista do nosso direito positivo, não importem em reflexo de ordem econômica (In Jurisprudência Catarinense 33/128).” Outras decisões confirmam esta postura: “Indenização”. Dano Moral. Incumbimento por não ter reflexo de ordem econômica. Pedido improcedente. Sentença confirmada. (In Apel. Cível N. 22.159 de Joinville, Relator Des: Osny Caetano, j. em 28.02.2985, pub. No DJE N. 6.734 de 07.03.85). Essas teses encontram respaldo ainda em decisões prolatadas por outros Tribunais de Justiça no mesmo diapasão: “o dano moral sem expressão econômica só é ressarcível nos casos previstos em lei (In RT 413/174)”. “Sem reflexo no patrimônio, o dano moral não é indenizável, consoante doutrina e jurisprudência dominantes” (In RT 434/226 e 432/88). Esta mesma posição foi igualmente fixada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, quando proclamou: “nenhum dano moral, por outro lado, demonstrou a apelante ter sofrido e, ainda que o fosse, não se indeniza o simples dano moral, mas a repercussão patrimonial dele advindo (In Apel. Cível N. 75.523/).

²⁸. SILVIO RODRIGUES (In Direito Civil - Responsabilidade Civil, 19ª. Ed., São Paulo/SP, Editora Saraiva S/A, 2002, p. 192) preleciona: “No que concerne à posição da jurisprudência brasileira em relação à ressarcibilidade do dano moral, poder-se-ia afirmar que até há uns 25 anos atrás eram escassíssimas, se é que existentes, as decisões de tribunais superiores, admitindo a indenização do dano moral. Ao contrário, a tese vencedora, se não unânime pelo menos torrencialmente, era a que proclamava ser irressarcível o dano moral. Nesse sentido, por exemplo o acórdão Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 18, N. 3, pp. 907-945, Set.-Dez. 2017.

levantadas contra a reparação do dano moral, a partir daquela que reputa imoral, senão escandaloso, discutir-se em juízo sentimentos mais íntimos, bem como a dor experimentada por uma pessoa e derivada de ato ilícito praticado por outra. Dentre essas objeções é mister destacar as mais importantes, a saber: 1. A falta do efeito durável do dano meramente moral; 2. A dificuldade em descobrir-se a existência do dano; 3. A indeterminação do número de pessoas lesadas; 4. A impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro da extensão do dano; 5. O limitado poder que se tem de conceder ao juiz para avaliar o montante do compensador do dano meramente moral”. Portanto, essas dificuldades constituíram, durante décadas, manifesta objeção à adoção do princípio da ampla indenização dos danos sofridos pela vítima, nela se inserindo a indenização dos danos morais.

“Ao longo da história do direito, revelou-se penosa a elaboração da teoria de uma ampla reparabilidade do dano moral. A mais séria e insistente resistência era a daqueles que negavam a legitimidade moral da atribuição de um preço a dor. Com isso, somente se admitia indenização para lesões extrapatrimoniais quando, para certos e determinados eventos, houvesse prévia e expressa previsão de sanção civil pecuniária (*numerus clausus*)”, segundo proclama Humberto Theodoro Junior³⁰. Assim, a oposição ao dano moral encontrou inúmeros opositores, em face das dificuldades dos doutrinadores em conceber um instituto que se preocupasse exclusivamente com a intimidade das pessoas – ofensas aos direitos da personalidade, em que não haveria parâmetros indenizatórios ou balizas para a fixação do *quantum debeatur*. Não se poderá descurar que a defesa da integridade íntima da pessoa é uma conquista da civilização, onde a materialidade (o Ter) é substituída pela imaterialidade (o Ser). Aliás, reconheça-se, uma tarefa extremamente penosa para os juristas e julgadores em seu afã de fundamentar a indenização de um bem jurídico que não possui preço e sim dignidade. Para contornar essa tarefa os doutrinadores inspiraram-se no fundamento do imperativo categórico kantiano³¹. Nessa direção, Humberto Theodoro Junior³²

do Supremo Tribunal Federal, já referido por causa do voto vencido do OROZIMBO NONATO (RF 138/452), cuja ementa dizia: “Não é admissível que os sofrimentos morais dêem lugar à reparação pecuniária, se deles não decorre nenhum dano material.”

²⁹ RODRIGUES, Silvio, op. cit., p. 190.

³⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto, Comentários ao Novo Código Civil, Volume III, Tomo II, obra coordenada pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2003, p. 41.

³¹ De acordo com a preciosa lição de Maria Celina Bodin de Moraes, em seu livro Danos à Pessoa Humana – Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2003, p. 81, “De acordo com Kant, no mundo social existem duas categorias de valores: o preço e a dignidade. Enquanto o preço representa um valor exterior (de mercado) e manifesta interesses particulares, a dignidade representa um valor interior (moral) e de Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 18, N. 3, pp. 907-945, Set.-Dez. 2017. 917

proclama, “como pensam MAZEAUD e MAZEAUD, a jurisprudência romana chegou à idéia de que ‘na vida humana, a noção de valor não consiste apenas em dinheiro, ao contrário existem, além do dinheiro, outros bens aos quais o homem civilizado atribui um valor e de que devem ser protegidos pelo direito”.

A pessoa humana é uma construção inacabada. A dimensão da emancipação cultural, intelectual e espiritual do ser humano é incomensurável como o universo. Portanto, impossível de estabelecer limite que seja aferível através dos atuais escassos recursos da inteligência e do conhecimento. Segundo assinala Karl R. Popper³³, “A auto-educação intelectual, a auto-emancipação pelo conhecimento, lhe pareciam uma tarefa filosoficamente necessária, que exorta cada homem aqui e agora à ação imediata; pois só pelo conhecimento poderemos nos libertar espiritualmente – da escravidão por falsas idéias, preconceitos e ídolos. Desse modo, embora a tarefa da auto-emancipação certamente não esgote o sentido de nossa vida, o autodidatismo pode contribuir decisivamente para tornar nossa vida plena de sentido”.

Na passagem pela história o homem sempre objetivou sua emancipação espiritual, aperfeiçoando continuamente seu saber com a finalidade de conferir sentido à sua existência. John Passmore³⁴ ao se referir à Aristóteles pontifica, “Não apenas o homem como escultor ou artesão, argumenta ele, mas o homem como tal precisa ter uma função que lhe seja peculiar. Mas essa não pode ser o *viver* ou o *experimental sensações*, pois que ela já as compartilha com as feras. A função especial do homem deve envolver o exercício daquilo que lhe é peculiar, sua racionalidade, a parte mais alta de sua alma”. Assim, o encontro que se operou entre o homem e sua racionalidade, foi a causa que resultou na tutela dos direitos da personalidade e que, por sua vez, abriu imensos espaços para a indenização dos danos morais – *a defesa da parte significativamente mais elevada da sua alma*.

Assim, em face desses valores, o dano moral foi gradualmente se consolidando no ordenamento jurídico graças a ousadia dos doutrinadores que o aceitaram, como igualmente, dos magistrados sensíveis ao sentido representado pela sua indenização. Yussef Said Cahali³⁵, em

interesse geral. *As coisas têm preço; as pessoas, dignidade. O valor moral se encontra infinitamente acima do valor de mercadoria, porque, ao contrário deste, não admite ser substituído pelo equivalente”.*

³² THEODORO JUNIOR, Humberto, op. cit., p. 40.

³³ POPPER, Karl R., Em Busca de um Mundo Melhor, São Paulo, Editora Martins Fontes, 2006, p. 170.

³⁴ PASSMORE, John, A Perfectibilidade do Homem, Rio de Janeiro, Topbooks Editora e Distribuidora de Livros Ltda., 2004, p. 90.

³⁵ CAHALI, Yussef Said, Dano Moral, São Paulo, Editora RT, 2005, p. 50.

sua monografia, sustenta a esse respeito que: “Consolidou-se a jurisprudência da Excelsa Corte, considerando que não seria indenizável o dano moral em si mesmo: no caso de morte, não é de incluir-se verba especial de indenização por dano moral, no pressuposto de que o dano moral já estaria compreendido dentro da indenização, não sendo acumulável com lucros cessantes”, fato que representou uma etapa na confirmação do dano moral em nosso sistema doutrinário e jurisprudencial.

Posteriormente, o STF admitiu que os danos extrapatrimoniais se encontrassem incorporados no *quantum* indenizatório dos danos materiais. Todavia, o Supremo Tribunal Federal há muito vinha se posicionando em favor da tese: “Não é admissível que os sofrimentos morais dêem lugar à reparação pecuniárias, se deles não decorreu nenhuma dano moral (In RF 138/452) ³⁶. Na realidade, o instituto da indenização dos danos morais foi considerado pelo STF a partir da previsão contida no art. 1.537 do Código Civil de 1916 que incluiu uma indenização pelo “...*luto da família*”, um verdadeiro e inequívoco dano moral, que foi substituída no Código Civil de 2002 em seu artigo 948 pela expressão “...*sem excluir outras reparações*”. Nesse caso, o legislador referiu-se ao dano moral, como sendo outras reparações, além daquelas apontadas nos incisos I e II do referido *codex*. Assim é que, em 24 de julho de 1941, no processo relatado pelo Ministro OTÁVIO KELLY (In Arquivo Judiciário 60/230), o Supremo Tribunal Federal proclamou como indispensável a indenização de menor morto em acidente, para o tratamento da vítima, seu funeral e luto de família³⁷.

Nos debates o próprio STF argüiu com precisão o verdadeiro sentido da prestação de alimentos decorrentes de atos ilícitos, devidos à vítima na hipótese agasalhada pelo art. 1.537, II, do Código Civil de 1916. Posteriormente, através de vários acórdãos divergentes, o Supremo Tribunal Federal concluiu pela elaboração da Súmula 491 proclamando: “é indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”. A

³⁶ Em Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, publicado na RF 24/473, a Corte proclamou: “A legislação pátria nunca consagrou a obrigação de indemnizar *damnos puramente moraes*, insusceptíveis de serem avaliados em dinheiro. Não se reduzem a moeda os sentimentos nem se tarifam as *affeições*”. Que lamentável erro de interpretação! São exatamente estas lesões que maior repercussão produzem no espírito dos seres humanos que haverá de merecer a mais significativa tutela e, por conseqüência, um valor expressivo para compensar a vítima e dissuadir os ofensores à não praticar novos atos lesivos (Nota do autor).

³⁷ SILVIO RODRIGUES, em sua obr. cit., p. 198, sustenta que: “A construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, no sentido da indenização pela morte de filhos menores, em decorrência de ato ilícito, inspirou-se no princípio de reparação do dano moral (RE 65.281, RTJ 47/279; RE 64.771, RTJ 56/783). É, pode-se dizer, uma forma oblíqua de se atingir a reparação do dano moral, dadas as reações que suscita o pleno reconhecimento do instituto.”

referida Súmula acolheu a idéia de reparação integral do prejuízo decorrente da morte de menor³⁸. Dessume-se que a Excelsa Corte, durante várias décadas, manteve a sua postura de não reconhecimento dos danos não patrimoniais, somente passando a admiti-lo após as reiteradas posições em seu favor a partir da maioria dos seus membros de PEDRO LESSA (RF 37/201) a OROZIMBO NONATO (RF 127/397).

Diante de tantas divergências, Silvio Rodrigues³⁹ pontificou que, “Malgrado a hesitação dos tribunais brasileiros, a responsabilidade do dano moral vem aldravando, há mais de meio século, a consciência de vários de seus maiores membros, de Pedro Lessa a Orozimbo Nonato, de Aguiar Dias (Responsabilidade Civil, v. VII, n. 227 e s., além de comentários na RF 107/397, etc.) ao atual Presidente do TJGB (RF 97/698)”. Portanto, denota-se que ocorreu uma construção histórica e penosa da consagração dos danos morais no direito brasileiro, para finalmente culminar com a sua constitucionalização em nosso ordenamento jurídico positivo⁴⁰.

4. A INTRODUÇÃO DO DANO MORAL NA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA.

O Dano moral foi definitivamente introduzido no cenário jurídico nacional através da Constituição Federal de 1988. “Com a Constituição de 1988 veio, finalmente, o enunciado do principio geral que pôs fim às vacilações e resistências dos tribunais (artigo 5º, incisos V e X)”, segundo aponta Humberto Theodoro Junior⁴¹. Por sua vez, Yussef Said Cahali⁴² proclamou que, “finalmente, a Constituição de 1988 cortou qualquer dúvida que pudesse remanescer a respeito da reparabilidade do dano moral”. A Constituição Federal de 1988 é um verdadeiro marco histórico,

³⁸ JOSÉ DE AGUIAR DIAS (In Da Responsabilidade Civil, Vol. II, 10ª. Edição, Rio de Janeiro/RJ, Editora Forense S/A, 1995, p. 757), aduz que: “Em claríssimo acórdão do Supremo Tribunal Federal, a mesma lição foi proporcionada por juizes dos mais doutos. Frisou o ministro Laudo de Camargo que não se trata de prestação de alimentos, que se fixa em proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada, e sim de indenização, que visa a reparar, pecuniariamente, o mal originado do ato ilícito. A Lei N. 2.681, sobre a qual se discutia nesse julgado, foi assim interpretada no sentido de concessão de ressarcimento, que tem caráter diferente da mera prestação de alimentos”.

³⁹ RODRIGUES, Silvio, op, cit, p. 195.

⁴⁰ Na ótica de Silvio Rodrigues, em sua obra citada, página198: “a tese da reparabilidade de dano moral, sem qualquer ressalva, sem nenhuma divergência e sem entrar em justificativas que impliquem restrições à sua reparabilidade, foi proclamada por acórdão unânime do Tribunal Pleno, datado de 29 de outubro de 1970, e relatado pelo ilustre Moacyr Amaral dos Santos. Essa orientação foi reafirmada em outras decisões do Pretório Excelso”.

⁴¹ THEODORO JUNIOR, Humberto, op. cit., p. 41.

⁴² CAHALI, Yussef Said, op. cit., p. 53.

posto que consagrou em nosso ordenamento jurídico um dos mais valiosos institutos de tutela da pessoa humana⁴³.

Foi necessária que a Lei Maior consignasse expressamente em seu texto a indenização dos danos morais, para superar as incontidas resistências daqueles que tenazmente se opunham à sua introdução em nosso ordenamento jurídico. Rui Stoco⁴⁴ registra esse fato ao declarar, “A teoria do dano moral será, talvez, a que maior resistência sofreu desde à sua concepção, que remonta à Índia lendária e à fabulosa Babilônia (Código de Manu e Hamurabi), passando pelo Direito romano e frutificando e se desenvolvendo na França”. No entanto, tamanhos obstáculos não foram suficientes para empanar o brilho dos seus princípios e objetivos. As questões mais significativas que existiram no curso da história humana, são exatamente as que sofreram maior resistência para sua aceitação. E, nesse sentido, Rui Stoco⁴⁵ conclui, “Paulatinamente a teoria sói se desenvolvendo e sedimentando, evoluindo através de um trabalho de criação de poucos doutrinadores, com a resistência insistente de tantos outros”.

Assim, gradativamente os princípios insertos no dano moral foram ocupando o espaço e, nesse momento os mais acirrados opositores, no âmbito doutrinário e jurisprudencial, depuseram suas armas. Em poucos anos as obras dos mais diversos autores tomaram conta do mercado editorial. Monografias, dissertações e teses foram elaboradas em contínuo fluxo em face do novo e palpitante tema. Por sua vez, os Tribunais acolheram amplamente as pretensões indenizatórias nas mais diversas situações, confirmando a tradição brasileira de valorização da pessoa humana em sua integralidade. As Súmulas editadas pelo Superior Tribunal de Justiça como as de número 37, 227, 281 e 326 tornaram evidente a magnitude e a importância do instituto em nosso ordenamento jurídico.

⁴³ CARLOS ALBERTO BITTAR, em seu livro *Reparação Civil por Danos Morais*, São Paulo, Editora RT, 1999, p.108, preleciona que, “com efeito, a Carta de 1988 sufragou a tese da reparabilidade dos danos morais, incluindo a matéria no texto sobre os direitos fundamentais da pessoa humana (art. 5º.), dentre os quais inclui os direitos autorais (incisos XXVII e XXVIII). Depois de declarar, em seu preâmbulo, que se destina a assegurar o exercício dos direitos individuais e sociais, bem como de instituir como fundamento da República a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), a Constituição garante os direitos básicos da personalidade (art. 5º. *caput*), enumerando, depois, inúmeros outros, como a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas (inciso X) e o direito de resposta em manifestação pela imprensa (inciso V). Assegura, quanto a esses bens, exemplificativamente colocados, indenização por danos materiais e morais, instituindo, portanto, como direito escrito, o princípio em análise. Com isso, em nosso sistema *tollitur questio*: danos morais são perfeitamente reparáveis.”

⁴⁴ STOCO, Rui, *Tratado de Responsabilidade Civil*, 7ª edição, São Paulo, Editora RT, 2007, p. 1679.

⁴⁵ STOCO, Rui, *op. cit.*, p. 1679

Carlos Alberto Bittar⁴⁶ assinala que, “com o assentamento das posições afirmativas, completa-se o ciclo da defesa da personalidade no âmbito do direito, que já se achava realizada de modo explícito, embora indiretamente com a penalização de certos comportamentos a ela atentatórios, em todos os países civilizados, como, por exemplo, nas agressões à vida, à integridade física, à saúde, à honra, à intimidade, às obras de espírito e a outros valores dessa ordem”.

Ao proclamar a tutela da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, a Constituição Federal de 1988 declarou que esses bens agregados à personalidade das pessoas são bens de valor, a merecer expressamente o amparo da ordem jurídica. Nesse sentido Rui Stoco⁴⁷ aponta, “A declaração expressa no sentido de proteção e resguardo dos valores morais pela Constituição Federal não é propriamente um direito novo, mas apenas nova roupagem constitucional vestindo o velho e discutido direito. E a Lei Magna fê-lo de forma irrestrita e abrangente”. Por essa razão, a Constituição resgatou um esquecido e importante instituto que jazia encarcerado nas masmorras dos tempos passados, que condenava e aprisionava os autores das idéias novas, mas que foi capaz de alterar o *status* da realidade axiológica vigente⁴⁸.

“Terá sido apenas com a Constituição de 1988 que se explicitaram regras fundamentais de caráter geral, de proteção à pessoa como ser humano na sua amplitude conceitual: dignidade, liberdade de manifestação de pensamento, inviolabilidade de intimidade, da vida privada, da honra e da imagem”, assinala Yussef Said Cahali⁴⁹. Foram esses valores tutelados que

⁴⁶ BITTAR, Carlos Alberto, *Reparação Civil dos Danos Morais*, São Paulo/SP, Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 110.

⁴⁷ STOCO, Rui, *op. cit.*, p. 1680.

⁴⁸ Segundo a exegese do Ministro Ruy Rosado de Aguiar (In Resp. N. 60.033-2/MG-STJ - Registro N. 96.0004817-5 - 4ª. Turma - j. em 09.08.1995), “no Brasil está hoje assegurada constitucionalmente a indenizabilidade do dano moral à pessoa (art. 5º., X da CF/88)”. Por sua vez, na ótica do Juiz Milani de Moura, do Tribunal de Alçada do Paraná (In Apel. Cível N. 74.851-4 de Curitiba - 14ª. Vara Cível - Acórdão N. 5178 - 8ª. Câmara Cível do TAPR - j. em 30.09.1996), “no que tange ao mérito da questão, despiendo dizer que com o advento da Constituição Federal de 1988 (art. 5º., incisos V e X) e, principalmente, com a edição da Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça, já não mais subsiste qualquer discussão acerca da possibilidade de indenização por danos morais. No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (In Apel. Cível N. 52. 286-1 de Itajai - Relator: Des. Francisco de Oliveira Filho - 1ª. Câmara Cível proclamou: “a Constituição Brasileira é, hoje, expressa ao garantir a indenizabilidade da lesão moral em seu artigo 5º., inciso X.” O mesmo Tribunal de Justiça Catarinense (In Apel. Cível N. 49.199 de Brusque - 2ª. Câmara Cível - Relator: Des Eládio Torres Rocha - j. em 23.04.1996) editou que: “o tema, no entanto, em verdade, tomou comando legislativo expresso, a partir de haver sido inserido no inciso V do art. 5º. da Constituição Federal a regra segundo a qual: ‘... é assegurado o direito... à indenização por dano material, moral ou à imagem.’”

⁴⁹ CAHALI, Yussef Said, *op. cit.*, p. 62.

redimensionaram a pessoa humana em seu componente dignidade, de forma a valorar os bens subjetivos que se encontram agregados à pessoa⁵⁰.

Portanto, em decorrência dessas circunstâncias, consolidou-se de forma derradeira na doutrina nacional o delineamento das idéias em relação à reparação dos danos morais. Por outro lado, a própria oposição da Suprema Corte sustentada durante décadas foi objeto de radical alteração, na medida da ampla aceitação dos danos imateriais, fato que demonstra o lento e decisivo processo de consagração da tese dos danos morais⁵¹.

A Suprema Corte de Justiça, em voto proferido pelo Ministro MARCO AURÉLIO⁵², destaca que: “descabe, na espécie sobrepor citada convenção, no que restrita aos danos materiais, ao que se contém na Carta Política da República, que dispõe, no âmbito das garantias constitucionais, sobre a obrigação de indenizar por dano moral ou à imagem (inciso V), declarando, ainda, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso X). O que exsurge é que não se pode ter a limitação imposta relativamente aos danos materiais como suficiente para afastar, por si só, a garantia constitucional concernente aos danos morais.” No mesmo diapasão o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ao ponto do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira afirmar que os danos morais constituem atualmente, no Brasil, um princípio Constitucional.

Nessa linha de orientação o Ministro Vicente Cernicchiaro, do STJ, declarou, em seu voto⁵³, que, “além do mais, mostrando a evolução da matéria no Direito Brasileiro, a Constituição

⁵⁰ Segundo Yussef Said Cahalli, in obr. cit., p. 44: “Reconheça-se, porém, que já de longa data a doutrina nacional orientava-se no sentido de admitir a tese positiva da reparação do dano moral. A “única divergência que ainda se mantinha estava em que alguns autores, embora aceitando a reparabilidade do dano moral como tese, negavam tivesse sido a mesma acolhida pelo nosso legislador como princípio geral, ressaltando certas disposições excepcionais específicas; enquanto outros se desenvolviam mais amplamente no sentido de que o princípio da reparação do dano moral já estava de fato integrado na nossa legislação anterior.”

⁵¹ Para HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, em seu livro *DANO MORAL*, São Paulo/SP, Editor Oliveira Mendes, 1998, p.5, preleciona com acerto que: “Ao longo da história do direito moderno, revelou-se penosa a elaboração da teoria de uma ampla reparabilidade do dano moral. A mais séria e insistente resistência era a daqueles que negavam a legitimidade moral da atribuição de um preço a dor. Com isso, somente se admitia indenização para lesões extrapatrimoniais quando, para certos e determinados eventos, houvesse prévia e expressa previsão de sanção civil pecuniária (*numerus clausus*). Após a descoberta dos chamados direitos de personalidade, avolumou-se a corrente dos defensores dos direitos essenciais da pessoa humana, em cujo seio assumiu posições de destaque a plena reparabilidade das lesões à pessoa, na esfera extrapatrimonial.”

⁵² In RT 740/2246, Supremo Tribunal Federal - RE N. 172.270-9/RJ - 2ª. Turma - j. em 06.02.1996 - Relator: Min. Marco Aurélio - DJU de 21.02.1996.

⁵³ In Superior Tribunal de Justiça - Resp N. 3604/SP - Registro N. 90.00055474 - Relator: Min. Ilmar Galvão - 2ª. Turma - j. em 19.09.1990.

de 1988, em duas passagens, no Capítulo dos Direitos e Garantias individuais, explicitamente menciona a indenização do dano (art. 5º, incisos V e X da CF/88).” E, nessa linha de raciocínio, concluiu: “o certo é que a dor moral, o sentimento, a honra ofendida, não pode deixar de ter uma resposta jurídica, inclusive, no ponto de vista de reparação. Acrescente-se, os danos pessoais são irrenunciáveis. Se o direito assim dispõe, é lógico, o próprio Direito encerra sanção para quem os ofende”.

Rui Stoco⁵⁴ sentencia, “enfim, nossa Carta de Princípios veio por um ponto final à questão, como se vê no mencionado artigo 5, inciso V e X, anotando Caio Mário da Silva Pereira que ‘o argumento baseando na ausência de um princípio geral desaparece. E, assim, a reparação do dano moral integra-se definitivamente em nosso direito positivo”. O Brasil é, dessa forma, repositório de uma nova ordem jurídica, posto que com o advento da Carta Magna corporificou-se em seu ordenamento o valiosíssimo instituto da indenização dos danos morais. Nesse sentido, José de Aguiar Dias⁵⁵ destaca que, “o grande Pedro Lessa sempre defendeu, com aquela sua peculiar vivacidade, a reparação do dano moral, assinalando que o nosso direito, antes do Código Civil, mandava, de acordo com a orientação das doutrinas mais adiantadas, indenizar o dano moral”. A partir dessas posturas, os danos morais se corporificaram de forma definitiva em nosso sistema jurídico, sendo hoje, uma das obras primas da conquista do espírito humano em razão das amplas tutelas que o instituto assegura na defesa da dignidade da pessoa humana.

5. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DANOS MORAIS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA.

Para o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira do STJ, os danos morais no Brasil foram constitucionalizados a partir de 1988. Significa que a partir da vigência da Carta Magna de 1988 os danos morais ganharam *status* de norma Constitucional que conferiu ao cidadão direito individual de tutela da sua intimidade, vida privacidade, honra e a imagem. Como assinala Yussef Said Cahali⁵⁶, “impede considerar que a Constituição de 1988 apenas elevou à condição de garantia dos direitos individuais a reparabilidade dos danos morais, pois esta já estava latente no sistema legal anterior; não sendo aceitável, assim, pretender-se que a reparação dos danos morais dessa natureza somente seria devida se verificada posteriormente à referida Constituição”. Na

⁵⁴ STOCO, Rui, Responsabilidade Civil, 7a. edição, São Paulo, Editora RT, 2007, p. 1680.

⁵⁵ DIAS, José de Aguiar, in obr. cit., 10ª. Ed., p. 751.

⁵⁶ CAHALI, Yussef Said, op. cit., p. 55.

perspectiva do Código Civil anterior já se encontravam presentes artigos que demonstravam a existência de danos morais – artigos 1.537, 1.538, 1.543, 1.547, 1.548, 1.549 e 1.550). Por outro lado, leis especiais como o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei número 4.117 de 27.08.1962), Lei de Imprensa (Lei número 5.250 de 09.02.1967), Código Eleitoral (Lei número 4.737 de 15.07.1965) e Lei de Direitos Autorais (Lei número 5.988 de 14.12.1993 e atual Lei número 9.610 de 19.02.1998) já previam a possibilidade indenizatória dos danos morais. Assim, resta inequívoco que a Constituição Federal de 1988 apenas e tão somente sufragou a nível superior a indenização dos danos extrapatrimoniais em seus componentes objetivo e subjetivo. Daí porque, Yussef Said Cahali⁵⁷ proclama que, “na realidade, mesmo antes da explicação constitucional já se permitia induzir no sistema jurídico brasileiro a existência em nosso direito do princípio geral da reparabilidade do dano moral”.

Significa que a ordem jurídica brasileira já consagrara a defesa da integridade da pessoa quando violada de forma injusta. Todavia, vacilava extremamente quando se tratava de valorar as ofensas à dignidade da pessoa, em virtude da lacuna legislativa. A Constituição Federal de 1988, exatamente a Lei Maior, equacionou essa questão fazendo inserir um dispositivo que determinou de forma expressa a indenização pelos danos morais nas situações previstas no texto. Nessa linha de pensamento Maria Celina Bodin de Moraes⁵⁸ assinalou, “se, até então, o ordenamento jurídico se ocupava apenas do patrimônio, a integridade psicofísica da pessoa humana, e, em particular, sua dignidade, iriam transformar-se em aspecto nuclear do Direito Civil brasileiro basicamente após a Constituição de 1988; na França, esse processo já ocorria, por obra da jurisprudência, desde o início do século XX”. Realmente, o ponto de partida marcante, que impulsionou a doutrina e as decisões dos Tribunais foi, certamente, a adoção do instituto do dano extrapatrimonial pela nossa Carta Magna que estabeleceu um reconhecido balizamento para as decisões de nossos Tribunais⁵⁹.

⁵⁷ CAHALI, Yussef Said, op. cit., p. 55.

⁵⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana – Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2003, p. 186.

⁵⁹ Nesse aspecto Maria Celina Bodin de Moraes proclama, em sua obra citada, página 190 que: “além disto, em decorrência da tutela geral estabelecida em nível constitucional, a reparação do dano moral não poderá ser limitada, mediante a imposição de ‘tetos’, por legislação infraconstitucional, que, se anterior à Constituição, deverá ser considerada como não-recepcionada e, se posterior, deverá ser tida como inconstitucional”. Foi exatamente nessa direção que o STJ editou a Súmula número 281: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”. (Nota do autor).

Essa linha de conduta traçada pela Constituição Federal de 1988 que conferiu uma direção às indenizações por dano moral, fixou como ponto fundamental de defesa a dignidade da pessoa humana, como sendo aquela capaz de justificar o *quantum indenizatório*. O STJ ao decidir no Recurso Especial número 802.435/PE (2005/0202982-0) a indenização conferida ao cidadão Marcos Mariano da Silva, que permaneceu preso por mais de 13, em que foi subtraído o constitucional direito ao contraditório, proclamou em seu acórdão: “Consectariamente, a vida humana passou a ser o centro de gravidade do ordenamento jurídico, por isso que a aplicação da lei, qualquer que seja o ramo da ciência onde se deva operar a concreção jurídica, deve perpassar por esse tecido normativo-constitucional, que suscita a reflexão axiológica do resultado judicial”. Destarte, a ordem normativa traçada pela Constituição Brasileira de 1988 em seus 250 artigos perpassa uma idéia central kantiana de que as pessoas possuem dignidade e, como tal, um valor a merecer a mais completa tutela da ordem jurídica⁶⁰. Por essa razão o STJ ao decidir questão referente à indenização por danos morais em face de notícia jornalística, no Recurso Especial número 783.139/ES (2005/0156675-6) proclamou: “Deflui da Constituição Federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual⁶¹”.

Assim, ao nos referirmos ao dano moral no direito brasileiro teremos que, obrigatoriamente, mencionarmos a Constituição Federal de 1988 como sendo a ordem jurídica que conferiu sentido e razão às indenizações extrapatrimoniais. Na realidade, um verdadeiro *status* de constitucionalidade em razão da destacada importância do instituto do dano moral, pelo simples fato da sua inserção na Lei Maior e, não na Lei ordinária, porque se trata da tutela do valor-fonte da pessoa consubstanciado na sua dignidade⁶².

⁶⁰ O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em notória decisão a respeito de danos morais requerida pelos artistas Ney Matogrosso, Milton Nascimento e Caetano Veloso (In RDTJERJ 14/177) - Relator: Des. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 19.11.1991), conclamou que, “a Constituição Federal de 1988 tratou os direitos do homem acolhendo a distinção entre direitos subjetivos privados (art. 5º, incisos IV, VI, IX, XII, XV, XVI, XVII e XXIV) e direitos subjetivos privados (art. 5º, V e X). Foram assim, alçados a direitos constitucionais fundamentais alguns direitos subjetivos privados relativos à integridade moral.”

⁶¹ Segundo relata o referido REsp.783.139/ES-STJ, “a dignidade humana violentada, *in casu*, decorreu da tortura do autor, por motivos políticos, revelando flagrante atentado aos mais elementar dos direitos humanos, os quais, segundo os tratadistas, são inatos, universais, absolutos, inalienáveis e imprescritíveis”.

⁶² Nesse sentido, o STF (RT 769/149) decidiu com precisão: “DANO MORAL. CUMULAÇÃO COM DANO MATERIAL. A CF art. 5º, inciso V e X conferiu ao dano moral *status* constitucional, assegurando sua reparação Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 18, N. 3, pp. 907-945, Set.-Dez. 2017.

6. A TUTELA DOS DANOS MORAIS – INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS.

A Constituição Federal de 1988 ao tutelar o dano moral prescreveu serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas – direitos da personalidade previstos nos artigos 20 e 21 do Código Civil que mereceram igualmente expressa proteção da ordem jurídica⁶³. Ao que se deve essa especial proteção destacada pelo ordenamento legal? Certamente que o *mens legislatori* procurou resguardar a pessoa, centro gravitacional de todo sistema jurídico que encontra apoio no princípio da dignidade da pessoa humana⁶⁴. Para Carlos Roberto Siqueira Castro⁶⁵, “Ao bem dizer, no que toca aos direitos fundamentais do homem, impede reconhecer que o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se o epicentro do extenso catálogo de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, que as constituições e os instrumentos internacionais em vigor em pleno terceiro milênio ofertam solenemente aos indivíduos e às coletividades”. Foi exatamente nessa direção que se norteou o legislador constituinte, quando conferiu magnitude aos valores presentes na intimidade da pessoa, vida privada, imagem e honra, que constituem elementos essenciais do arcabouço da personalidade

quando do ato ilícito decorrer agravo à honra e à imagem ou violação à intimidade e à vida privada, sendo perfeitamente admissível a sua cumulação com o dano material, uma vez que ambos têm pressupostos próprios, passando pelo arbítrio judicial tanto na sua aferição quanto na sua quantificação”.

⁶³ A questão assumiu foros tão relevantes que, recentemente o próprio Supremo Tribunal Federal considerou que o texto Constitucional sobrepõe-se aos Tratados e Convenções internacionais ratificados pelo Brasil, ao conceder a indenização por danos morais à passageiro que teve sua bagagem extraviada. Nesse aspecto, a Suprema Corte proclamou que “descabe, na espécie, sobrepor a citada Convenção, no restrita aos danos materiais, ao que se contém na Carta Política da República, que dispõe, no âmbito das garantias constitucionais, sobre a obrigação de indenizar por dano moral ou à imagem (inciso V), declarando, ainda, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso X). O que exsurge é que não se pode ter a limitação imposta relativamente aos danos materiais como suficiente para afastar, por si só, a garantia constitucional concernente aos danos morais”.

⁶⁴ Segundo Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco, em sua obra, Curso de Direito Constitucional, 2ª. Edição, São Paulo, Editora Saraiva, p. 150: “em um dos seus mais refinados escritos – Pessoa, Sociedade e História – Miguel Reale afirmou que toda pessoa é única e que nela já habita o todo universal, o que faz dela um todo inserido no todo da existência humana; que, por isso, ela deve ser vista antes como centelha que condiciona a chama e a mantém viva, e na chama a todo instante crepita, renovando-se criadoramente, sem reduzir uma à outra; e que, afinal, embora precária a imagem, o que importa é tornar claro que dizer pessoa é dizer singularidade, intencionalidade, liberdade, inovação e transcendência, o que é impossível em qualquer concepção transpersonalista, a cuja luz a pessoa perde os seus atributos como valor-fonte da experiência ética para ser vista como simples ‘momento de um ser transpessoal’ ou peça de um gigantesco mecanismo, que, sob várias denominações, pode ocultar sempre o mesmo ‘monstro frio’: ‘coletividade’, ‘espécie’, ‘nação’, ‘classe’, ‘raça’, ‘idéia’, ‘espírito universal’, ou ‘consciência coletiva”.

⁶⁵ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, Dignidade da Pessoa Humana: O Princípio dos Princípios Constitucionais, publicado na obra Coordenada por Daniel Sarmento e Flávio Galdino, Direitos Fundamentais – Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres, São Paulo, Editora Renovar, 2006, p. 136.

dos seres humanos. Referidos elementos que conferem valor às pessoas, têm como objeto proteger a personalidade da exposição pública, edificando muros intransponíveis da intimidade e vida privada, em que somente as pessoas autorizadas têm acesso a esses santuários presente em nosso interior psicológico. Para o dicionário Houaiss, o substantivo feminino plural intimidade significa, “aquilo que é extremamente pessoal, que diz respeito aos atos, sentimentos ou pensamentos mais íntimos de alguém”. Por sua vez, o adjetivo privado significa, “do interior da pessoa; íntimo, interno⁶⁶”.

Elimar Szaniawski⁶⁷, “entende ser o direito à intimidade um prolongamento do direito à honra, porque ambos os direitos têm por objetivo proteger e tutelar o prestígio da pessoa na sociedade. A intimidade do indivíduo inicia onde termina a honra. O direito à intimidade, no entanto, não se confunde com direito à honra. Enquanto o direito à intimidade procura resguardar a pessoa da ingerência alheia na sua vida privada, o direito à honra visa a proteção do ‘valor moral e íntimo do homem, como a estima dos outros, a consideração social, o bom nome ou a boa fama, com, enfim, sentimento, ou consciência da própria dignidade’”. Por sua vez, o mesmo autor⁶⁸ ao se referir à vida privada assinala, “Parece-nos ser o direito ao respeito à vida privada, ou direito à vida privada, o melhor termo para expressar essa categoria de direitos de personalidade, porque engloba as diversas outras tipificações e subtipificações, levando-nos à noção de um direito geral ao respeito à vida privada⁶⁹”. Portanto, trata-se de valores nobre que modelam a pessoa e a resguardam da exposição pública, que possa causar perturbações ou

⁶⁶ Segundo Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, no Código Civil comentado, 4ª Edição, São Paulo, Editora RT, 2006, p. 190, “O conceito de intimidade refere-se aos fatos e manifestações verificadas na esfera mais restrita dos relacionamentos estabelecidos pela pessoa. São as relações firmadas com a família e com amigos mais íntimos. Outrossim, em se tratando do conceito de vida privada, tem-se o alargamento dessas vinculações. Ela diz respeito aos relacionamentos no âmbito profissional, do ensino regular, acadêmico, comercial, religioso, dentre outros, porém limitados pela proximidade e pela confiança. Segundo René Ariel Dotti, Proteção da vida privada e liberdade de informação, RT, SP, 1980, ‘a vida privada abrange todos os aspectos que por qualquer razão não gostaríamos de ver cair no domínio público; é tudo aquilo que não deve ser objeto do direito à informação nem da curiosidade moderna...’ . imiscuir-se nessas relações, sem a devida autorização, consiste em violar direito de privacidade, garantia fundamental, inclusive ao utilizar a imagem do estudante para ilustrar periódico, sem a competência anuência dos seus pais, o ente federativo violou o direito da pessoa de se manter distante da publicidade indesejada e de resguardar a sua privacidade”. (In TJ – REsp.440.150/RJ – Rel. Min. Peçanha Martins – v.u., j. 19.04.2005 – DJU 06.06.2005).

⁶⁷ SZANIAWSKI, Elimar, Direitos de Personalidade e sua Tutela, 2ª. Ed., São Paulo, Editora RT, 2005, p. 301.

⁶⁸ SZANIAWSKI, Elimar, op. cit., p. 321.

⁶⁹ Sobre essas questões, o STJ decidiu: “DADOS SOBRE A VIDA PRIVADA. A simples reprodução por empresa jornalística, de informações constantes na denúncia feita pelo Ministério Público ou no boletim policial de ocorrência consiste em exercício do direito de informar. Na espécie, contudo, a empresa jornalística, ao reproduzir na manchete do jornal o cognome – apelido – do autor, com manifesto proveito econômico, feriu o direito dele ao segredo da vida privada, e atuou com abuso de direito, motivo pelo qual deve reparar os consequentes danos morais” (In STJ – REsp. 613.374/MG – Rel. Min. Nancy Andrighi – m.v.j. 17.05.2005 – DJU 12.09.2005).

desassossego no direito à vida reservada. As conseqüências oriundas dessas lesões são graves em face da exposição da vítima à execração pública e submetem-na à um julgamento social, quase sempre sem direito ao contraditório, gerando uma condenação ao avesso da decisão judicial. Nessas situações o STJ (In Recurso Especial 530.805/RO – 2003/0083062-5) ao apreciar o desrespeito à inviolabilidade da intimidade, à vida privada, à honra e à imagem decidiu: “o sofrimento ocorreu e nada mais pode ser feito do que indenizar a vítima, ora recorrida, pelo dano moral”.

Nesse particular, o exercício regular do direito de informar constitucionalmente usufruído pelos órgãos de imprensa, fundamento da ordem democrática, encontra limite nos valores da pessoa humana, segundo assinala o STJ (In Recurso Especial 818.764/ES – 2006/0028021-9), “o exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, garantia constitucional, encontra limites nos direitos da pessoa humana também garantidos constitucionalmente. Porquanto, mister que aquele direito seja exercido com responsabilidade e consciência, respeitando a verdade e a dignidade alheia”.

Por conseqüência, a tutela dos direitos à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas representam defesas fundamentais da pessoa, direitos de personalidade, agasalhado pela Norma Constitucional como valores essenciais do indivíduo. Elimar Szaniawski⁷⁰ proclama que, “Um dos autores clássicos a enfrentar o tema é San Thiago Dantas, que considera os direitos da personalidade como direitos absolutos, existindo, conseqüentemente, a obrigação de todos os indivíduos pertencentes à sociedade de respeitá-los. Por conseguinte, possuem efeitos *erga omnes*, ou seja, os demais concidadãos devem respeitar a personalidade alheia em todos os seus aspectos”. Por conseguinte, se trata de princípios fundamentais do cidadão que confluem para o princípio da dignidade da pessoa humana, o maior de todos eles a justificar ampla e irrestrita tutela da ordem jurídica nacional e universal. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes e outros⁷¹ proclamam, “Em todas essas decisões, conscientes das múltiplas dimensões e dos inúmeros significados sobre princípio constitucional, as cortes que as proferiram – aqui como alhures -, nada mais fizeram do que assumi-lo com o referente fundamental das idéias de Justiça e de Direito, tal como se acham gravados, há muitos séculos, em textos-monumento do velho Direito Romano: *Justitia est constans et perpetua volutas jus sum cuique tribuere, jus es ar set aequi*”.

⁷⁰ SZANIAWSKI, Elimar, op. cit., p. 224.

⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e GONET BRANCO, Paulo Gustavo, op. cit., p. 155.
Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 18, N. 3, pp. 907-945, Set.-Dez. 2017.

Não haveria como subtrair da tutela jurídica tão importante princípio e continuar a conviver em um Estado de Direito, que nos impõe respeitar o direito do próximo, na medida em que exigimos que o nosso próprio seja respeitado. Nada justifica a invasão da intimidade do próximo com o propósito de ofender a sua honra, imagem e privacidade, subtraindo da pessoa o seu inviolável direito de respeito e consideração social.

7. O SENTIDO DA INDENIZAÇÃO DOS DANOS MORAIS.

A Constituição Federal de 1988, como igualmente o Código Civil de 2002 não conceituaram o sentido da indenização do dano extrapatrimonial, bem como, não delinearão a natureza da sua indenização. Seria o caso, nesse momento, de indagarmos qual a sua natureza e o objetivo estabelecido pelo *mens legislatori*?

Poderemos assinalar, a princípio, que a sua função não é reparadora, em face da impossibilidade de restituir ao *status quo ante* a lesão sofrida pela vítima. Humberto Theodoro Junior⁷² aponta para o seguinte fato: “o mal causado à honra, à intimidade, ao nome, em princípio é irreversível. A reparação, destarte, assume o feito apenas de sanção à conduta ilícita do causador da lesão moral. Atribui-se um valor à reparação, com o duplo objetivo de atenuar o sofrimento injusto do lesado e de coibir a reincidência do agente na prática de tal ofensa, mas não como eliminação mesmo do dano moral”. Realmente, seria impossível pagar uma indenização à título de dano moral a uma mãe que perdeu o filho, assegurando que a indenização recebida possibilitará tê-lo de volta. A indenização assume um sentido diverso daquele previsto no processo de restauração ou restituição do bem perdido na esfera patrimonial. Nesse particular, a advertência de José de Aguiar Dias⁷³ é extremamente oportuna quando pontifica, “a condição da impossibilidade matematicamente exata da avaliação só pode ser tomada em benefício da vítima e não em seu prejuízo. Não é razão suficiente para não indenizar, e assim beneficiar o responsável, o fato de não ser possível estabelecer equivalente exato, porque, em matéria de dano moral, o arbitrário é até da essência das coisas”. Realmente, concordamos integralmente com a postura de José de Aguiar Dias, afinal de contas haveria enorme injustiça na negativa em

⁷² THEODORO JUNIOR, Humberto, op. cit., p. 39

⁷³ DIAS, José de Aguiar, Responsabilidade Civil, XI edição, Rio de Janeiro, 2006, p. 1004.

indenizar uma pessoa agredida em seus bens de valor tutelados, sob o pressuposto da dificuldade em fazê-lo, do que indenizá-la inadequadamente – mas indenizá-la⁷⁴!

Judith Martins Costa⁷⁵ quando encara a questão do dano alude à Teoria da diferença explicando que, “Pela Teoria da Diferença, o dano é o que resulta da diferença entre a situação do bem antes do evento danoso e aquela que se verifica após a sua ocorrência. O dano é, assim, a supressão, ou a diminuição de uma situação favorável. Se não há essa diferença, não há o que recompor, como explica a doutrina e acolhe expressamente a jurisprudência brasileira”. Todavia, somente o dano material admite a recomposição do patrimônio violado, fato que jamais poderá ocorrer com o dano extrapatrimonial, não havendo como estabelecer uma avaliação precisa que possa assegurar à vítima com exatidão a reposição do seu patrimônio material violado, como soe acontece no dano material. Por sua vez, a restauração dos bens não materiais que foram objeto de violação implica na idéia de compensação e satisfação da vítima⁷⁶. Não nos parece precisa a afirmativa de Humberto Theodoro Junior⁷⁷ ao ensinar, “hoje, está solidamente assentada a ampla e unitária teoria da reparação de todo e qualquer dano civil, ocorra ele no plano do patrimônio ou na esfera da personalidade da vítima. Há de indenizar o ofendido todo aquele que causa um mal injusto a outrem, pouco importando a natureza da lesão”. Segundo De Plácido e Silva⁷⁸ a palavra reparação, “Do latim *reparatio, de reparare* (restabelecer, restaurar, renovar, recompor, rever) na linguagem corrente possui o mesmo sentido de restauração, recomposição, renovação. Assim, reparação é ato pelo qual se renova, se recompõe, se restabelece ou se restaura a coisa, para que se conserve ou retorne ao estado anterior, mostrando-se tal como era, no mesmo aspecto e na mesma condição”. Sabidamente o dano moral não poderá nunca ser absolutamente reparado, em face do princípio da integralidade ou da *restitutio in integrum*. Assim, melhor seria que o dano

⁷⁴ Segundo o voto do Ministro Medina do STJ (In Recurso Especial número 351.779/SP – DJU 09.02.2004), “assim, pela minha sensibilidade de julgador, sem me encontrar seguro de estar certo ou não estar caminhando como melhor devesse caminhar, prefiro a reparação maior, mais satisfatória, mais abrangente, mais profunda, mais possível de amenizar à reparação mais equilibrada, mais acanhada, mais tímida, mais curta, mais incapaz de conduzir ao valor pretendido em juízo”.

⁷⁵ COSTA, Judith Martins, Comentários ao Novo Código Civil – Do Inadimplemento das Obrigações, Volume V, Tomo II, obra coordenada pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro, 2003, p. 105.

⁷⁶ Para José de Aguiar Dias, em sua obra Responsabilidade Civil, XI edição, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2006, p. 1003, “entre todas as objeções ao dano moral, a que experimentou maior fortuna foi a da impossibilidade de restabelecer a equivalência entre o dano e o ressarcimento. Sua inexatidão nos parece estar hoje firmemente demonstrada, porque equivalência, em matéria de reparação do dano, não significa perfeita igualdade entre a indenização e o prejuízo”.

⁷⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto, op. cit., p. 41,

⁷⁸ SILVA, De Plácido e, Dicionário Jurídico, 27ª. Edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2006, p. 1202.

material seja restaurado e o dano moral seja compensado⁷⁹, com o propósito de satisfazer a vítima, sendo que a sua satisfação deverá se operar de forma equivalente no plano material e imaterial.

Maria Celina Bodin de Moraes⁸⁰ distingue com precisão essa questão ao aludir, “assim, no momento atual, doutrina e jurisprudência dominante têm como adquirido que o dano moral é aquele que, independentemente de prejuízo material, fere direitos personalíssimos, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre outros”. Certamente que o estabelecimento do equivalente para tais indenizações é tarefa difícil de ser valorada pelo magistrado – na verdade, não há equivalência entre o prejuízo e o ressarcimento nesse tipo de indenização. Nessa linha, o Ministro Pedro Lessa⁸¹ do STF proclamou na ocasião: “Não pretendemos aliás que a indenização fundada na dor moral seja sem limite. A reparação pecuniária será sempre, sem nenhuma dúvida, inferior ao prejuízo experimentado, mas, de outra parte, que atribuisse demasiada importância a esta reparação de ordem inferior se mostraria mais preocupado com a idéia de lucro do que mesmo com a injúria às suas afeições; pareceria especular sobre sua dor e seria evidentemente chocante a condenação cuja cifra favorecesse tal coisa”.

Por tais posturas, a compensação do credor se afigura como a melhor solução no processo de indenização dos danos morais, objetivando satisfazer a vítima em sua pretensão indenizatória. Para atender esse desiderato a sensibilidade do julgador se mostra necessária na adoção de parâmetros que sejam equivalentes aos casos apreciados pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, o voto do Ministro Paulo Medina do STJ, no julgamento do caso da “Escola Base de São Paulo” (In STJ – Recurso Especial 351.779/SP – 2001/0112777-9), “há sempre um subjetivismo expressivo quando se propõe a reparação imensurável da dor moral sentida. Há, na verdade, uma tríplice dor: a dor da ofensa cruel, a dor da desagregação social, a dor da cicatriz que não se recompõe pelas mãos hábeis dos cirurgiões e nem pelas mãos hábeis dos que procuram curar as

⁷⁹ Para José de Aguiar Dias, em sua obra citada, página 1003, “Quando não é possível a reposição da coisa subtraída, opera-se a compensação, substituindo-a, ou por outra, igualmente apta a proporcionar ao credor a satisfação que ela assegurava, ou pelo dinheiro com que poderá adquiri-la, se quiser. O impedimento físico ou moral que causa dano se repara, naturalmente, pela sua remoção ou pela satisfação que se equiparar imperfeitamente, está claro, o bem lesado”.

⁸⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de, op. cit., p. 157.

⁸¹ LESSA, Pedro, STF – Acórdão de 28.08.1919 – Publicado na Revista de Direito, vol. 16, página 90. Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 18, N. 3, pp. 907-945, Set.-Dez. 2017.

chagas da alma. Assim, é necessário reflexão maior”. Não sendo possível a recomposição do patrimônio ideal violado, o direito assinala a possibilidade de uma compensação pecuniária da dor moral. Portanto, dor que se compensa mediante o pagamento de uma indenização que deve ser equivalente na medida do possível – essas conclusões são necessárias em face da construção doutrinária e jurisprudencial. Afinal, como assinala Rui Stoco⁸², “ganham relevo e importância apenas a proteção desses atributos da personalidade e ela própria, ainda que o resultado dessa proteção possa ser convertido em dinheiro por mera convenção ou conveniência”.

A ciência jurídica moderna e universal somente possibilita até o momento o processo indenização mediante duas alternativas: a reposição do bem violado ao *statu quo ante* ou o pagamento em dinheiro de valor equivalente ao prejuízo. Por essa razão que, ao estipular um valor indenizatório à título de danos morais, já se consagrou o sentido compensatório com o propósito de satisfazer a vítima em seu desejo de ser indenizada, em face da agressão sofrida em seus bens ideais. Por esta razão, nossos dissídios jurisprudenciais instituíram uma relação binomial das indenizações por danos morais, como sendo compensatório-dissuasória, com o propósito de compensar a vítima pela lesão e, desestimular o ofensor à prática de novas medidas lesivas ao patrimônio de terceiros⁸³.

8. A PROBLEMÁTICA EXISTENTE NA FIXAÇÃO DO *PRETIUM DOLORIS*.

A expressão dano moral sempre concorreu para as mais diversas interpretações, especialmente quando se trata de estabelecer o *dinheiro da dor*, segundo a conhecida expressão alemã *schmerzensgeld*. A declaração do voto do Ministro Paulo Medina do STJ no processo de Escola Base de São Paulo (REsp. 351.779/SP – DJU 09.02.2004) retrata a extensão da preocupação dos julgadores quando se trata de arbitrar valores que sejam capaz de satisfazer a pretensão indenizatórias das vítimas de danos morais: “penso, pois, que a recomposição que decorre da diretriz fixada pelo Ministro Franciulli Netto ainda não irá satisfazer – como S. Exa. o disse – o sofrimento que amargurou e esta a amargurar os que sofreram ofensa grave e cruel”. Na mesma direção, o Ministro Luiz Fuz do STJ, no caso do cidadão Marcos Mariano da Silva, injustamente preso por 13 anos (Recurso Especial número 802.436/PE – DJU 30.10.2006),

⁸² STOCO, Rui, op. cit., p. 1683.

⁸³ Nesse sentido, o STJ proclamou no Recurso Especial número 751.809/RS – 2005/0082902-3, em que foi Relator o Ministro Sidnei Benetti, “como é sabido, a indenização por danos morais tem como objetivo COMPENSAR a dor causada à vítima e DESESTIMULAR o ofensor de cometer atos da mesma natureza”.

argumentou, “No tocante aos danos morais, cabe ao Juiz analisar cada caso concreto. Sabemos que é impossível calcular numericamente uma dor sofrida. Contudo, podemos nos aproximar de um valor condizente com o dano sofrido, conforme se vê em julgados mais recentes”. As posições desses julgadores retratam com fidelidade a extensão de suas preocupações no arbitramento de valores que sejam compatíveis com a realidade das situações graves narradas em seus expressivos votos.

No caso do cidadão Marcos Mariano da Silva, o Ministro Relator Luiz Fux do STJ (REsp.802.436/PE) assinalou na página 09 do seu voto, “nenhuma dúvida tenho, porém, é no que diz do sofrimento suportado pelo autor da ação aqui apelante e apelado. É um fato notório, independe de provas. É inadmissível, repugnante em todos os seus sentidos. O sofrimento desse cidadão é incomensurável. Até compulsando os autos, eu não sei por que este caso não teve uma repercussão uma centena de vezes mais do que realmente existiu, pois a imprensa esteve presente em determinados fatos, mas muito pouco, merecia maiores publicações, maior divulgação”. A realidade desse triste e lamentável episódio na história do Poder Judiciário brasileiro, expõe um erro judiciário do Estado cuja indenização foi felizmente agasalhada em nossa Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso LXXV. Todavia, tanto a Constituição e, em especial, o Código Civil de 2002 não balizaram critérios valorativos para a fixação do *quantum* indenizatório nos casos do dano moral. Uma grave e reconhecida omissão do legislador que trouxe sérias conseqüências nas valorações dos danos extrapatrimoniais em virtude do enorme descompasso existentes entre os valores arbitrados pelas Cortes de Justiça no país, ao ponto do STJ elevar-se à Corte revisional em sede de Recurso Especial, dos valores de danos imateriais fixados pelos Tribunais inferiores⁸⁴.

Nesse sentido, é absolutamente legítima a crítica realizada por Rui Stoco⁸⁵ ao proclamar, “por essa razão, o legislador ordinário olvidou e desprezou a teoria da inviolabilidade da personalidade e do dever de compor a ofensa moral. Tanto isso é certo que o artigo 186, viga mestre e ponto fulcral da responsabilidade civil, limitou-se a fazer menção ao dano moral apenas

⁸⁴ Maria Celina Bodin de Moraes, em seu livro citado, página 272 aponta para o seguinte fato, “O Ministro do STJ Carlos Alberto Menezes Direito, em recente palestra na Escola da Magistratura do Rio de Janeiro qualificou como ‘desastrosa’ a atuação de muitos tribunais do País no arbitramento dos valores de reparação dos danos morais. Por isso, afirmou, ‘os tribunais superiores têm, pouco a pouco, optado pela redução, às vezes drásticas, dos valores estipulados’. O magistrado afiançou que, não obstante a completa desarmonia atual, caminhamos para uma postura equilibrada e coerente com a realidade econômica, social e cultural do País, ancorada na jurisprudência que está sendo produzida”.

⁸⁵ STOCO, Rui, op. cit., p. 1685.

en passant, fruto de inclusão posterior pela própria Comissão, na redação final do preceito⁸⁶”. A falta de critérios que possam estabelecer um norte aos julgadores contudo, não tem sido causa de isenção para os magistrados fixarem valores quase sempre amoldados aos casos concretos analisados e julgados.

Para a fixação de valores adequados, deve-se ponderar, inicialmente, que o artigo 5º, inciso V da CF/88 prescreveu expressamente que a indenização deverá ser, “...proporcional ao agravo...”. Portanto, na mesma perspectiva prevista no artigo 944 do Código Civil, “a indenização mede-se pela extensão do dano”, ou ainda, na ótica do artigo 952 do mesmo *codex*, “...faltando a coisa, dever-se-á reembolsar o seu equivalente ao prejudicado”. Os valores sugeridos pela Lei de Imprensa, foram consagradas como inconstitucionais e, por essa razão, a Súmula 281 do STJ proclamou: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de imprensa”. Portanto, os valores arbitrados a título do *pretium doloris*, dependerão substancialmente do *arbitrium boni viri*⁸⁷, ou seja, se encontram atrelados à exclusiva valoração do julgador que deverá, no entanto, valer-se de critérios de aferição dos elementos constantes nos casos concretos.

No Recurso Especial número 802.435/PE – caso Marcos Mariano da Silva, o ministro relator Luiz Fux proclamou: “atendendo a esses princípios para a fixação do dano moral, principalmente, tenho que fazer uma avaliação à intensidade do dano, a condição sócio-econômica, o grau da ofensa, este de reconhecida intensificação. O autor da ação, aqui apelante e apelado, homem de classe média baixa, destinatário de todo um sofrimento por treze (13) anos de uma prisão ilegal, deve ser, no meu entender, ressarcido com valor em dinheiro, vez que a forma de ressarcir indenização por dano moral em quantia considerável”. Os critérios adotados pelo

⁸⁶ Nessa mesma direção Rui Stoco, em sua obra citada, página 1685, ainda pontifica com acerto ao manifestar sua irrisignação à omissão do legislador em deixar de estabelecer normas reguladoras sobre a questão do arbitramento do dano moral, “Deixou, contudo, de disciplinar o dano moral, seus princípios e conseqüências da violação dos chamados direitos da personalidade. Em verdade, olvidou as conquistas incorporadas ao nosso Direito pela doutrina e jurisprudência e nada assegurou para efeito de reparação de ordem imaterial, com relação aos direitos da personalidade, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, questões importantes e atuais”. E, ainda, adiante dessa sua afirmativa, o mesmo autor na mesma obra e página destaca: “No Código Civil de 2002 a proteção da vida privada da pessoa natural restringe-se à providências judiciais para impedir ou fazer cessar a violação, sem qualquer sanção ou direito de compensação de natureza pecuniária (artigo 21). Converte-se em norma meramente programática, sem qualquer efetividade ou concreção”.

⁸⁷ De conformidade com o voto acolhido em Acórdão do STJ, no REsp. número 695.000/RJ – 2004/0146746-1 – Relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, proclamou: “cabe ao juiz avaliar livremente o *quantum* indenizatório do dano moral, aquele de acordo com o sofrimento de quem o postula, este com a deformidade física sofrida pela vítima, de forma que os valores estabelecidos não sirvam de enriquecimento, mas que apenas venham confortar a dor, a tristeza e a humilhação”.

Ministro Relator no estabelecimento do *quantum* indenizatório, ajustaram-se ao caso concreto de grande magnitude para a pessoa do ofendido. Na hipótese, o STJ condenou o Estado ao pagamento de uma indenização por danos morais equivalentes a R\$. 1.844.000,00 (hum milhão, oitocentos e quarenta e quatro mil reais). Na situação de lesões graves sofridas por consumidor em boate noturna, decidida pelo STJ (Recurso Especial número 695.000/RJ – 2004/0146745-1) o relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito em seu voto vencedor aduziu: “o autor foi gravemente atingido e ficou com redução definitiva da capacidade de trabalho, sem falar nas seqüelas de ordem psicológica que alcançam as vítimas desses atos lesivos. Assim, não se pode ter como abusivo o valor de R\$. 400.000,00 fixado no acórdão. Por essa razão, descarto o dissídio considerando que não há identificação necessária do abuso no valor fixado, único caminho que esta Terceira Turma tem admitido para modificá-lo”. Como observado os valores arbitrados pelo STJ se ajustam aos critérios de sofrimentos vivenciados pelos ofendidos, bem como, se amoldam à situação econômica das partes, utilizando-se para esse mister de padrões que estão adequados aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Nessa seara, a melhor indenização é aquela que se amoldam ao caso concreto, levando-se em consideração o grau de sofrimento vivenciado pelos ofendidos e, para o exercício da nobre tarefa de julgar, como assinalado por Maria Celina Bodin de Moraes⁸⁸, “a melhor interpretação não se subordina servilmente às palavras da lei, nem usa raciocínios artificiais para enquadrar friamente os fatos em conceitos prefixados, porém se preocupa com a solução justa, com olhos voltados para a lógica do razoável. Diversos critérios existem. Um deles estabelece, por exemplo, que a satisfação pecuniária não pode produzir enriquecimento à custa do empobrecimento alheio”.

Poderemos concluir que a intervenção pessoal do magistrado, seu convencimento personalíssimo, é questão fundamental no processo de valoração dos danos morais. Pois, somente o julgador, um técnico do ato de apreciar os fatos e julgá-los em face do seu entendimento e dos elementos fático-processuais presentes no pedido, será capaz de equacionar devidamente a fixação do *pretium doloris*.

⁸⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de, op. cit., p. 276.

9. A INDENIZAÇÃO EQÜITATIVA DOS DANOS MORAIS FUNDADA NOS PRINCÍPIOS DE PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE FIXADAS PELO STJ.

Os critérios de razoabilidade e proporcionalidade sugeridos pelos STJ apontam princípios integradores de relevância, que devem ser adotados pelos julgadores na fixação do *quantum* indenizatório por danos morais. Para Gilmar Ferreira Mendes e outros⁸⁹, “utilizando-se, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direito – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios – o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana, diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excessos, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito. Serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico”. O balizamento dessa questão originou-se no julgamento no REsp. número 240.441 proferido pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira do STJ (4ª. Turma – v.u.j. 25.04.2000)⁹⁰ que traçou posição adotada por todas as turmas do STJ. Os referidos princípios acolhidos pelo Corte sugerem justa medida no processo de valoração do *quantum* indenizatório posto que, a razoabilidade aponta para critérios já adotados pelos Tribunais que têm sido correntes no arbitramento do dano. E, por sua vez, a proporcionalidade indica na direção de valores que sejam compatíveis com a dimensão dos danos vivenciados pelas vítimas⁹¹. Aliás, os dois princípios convergem para o princípio da equivalência já consignados no próprio Código Civil e constante em seu artigo 952. Maria Celina Bodin de Moraes⁹² ensina que, “Após a promulgação da Constituição Federal e da criação do STJ, a jurisprudência passou a decidir de modo livre, bom

⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, GONET BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Curso de Direito Constitucional, 2ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2008, p. 120.

⁹⁰ Segundo consta no REsp. 240.441-STJ: DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. COMPOSIÇÃO. O valor da indenização por dano moral, sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa. Ao nível sócio-econômico do autor e, ainda, ao porte econômico do réu, orientando-se pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso”.

⁹¹ Para De Plácido e Silva, em sua obra citada, página 1114, “Denomina-se princípio da proporcionalidade a decorrência do princípio da supremacia da Constituição que tem por objeto a aferição da relação entre o fim e o meio, com sentido teleológico ou finalístico, reputando arbitrário o ato que não observar que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmo apropriados ou quando a desproporção entre o fim e o fundamento é particularmente manifesto”.

⁹² MORAES, Maria Celina Bodin de, op. cit., p. 280.

base, fundamentalmente, no princípio da razoabilidade⁹³ – consistindo esta, a razoabilidade, uma das principais diretrizes oferecidas por aquele Tribunal – sendo atualmente rara a decisão que se utiliza de critérios legais para orientar-se”. Dessa forma, um critério valioso que sugere ao julgador apreciar a questão relativa ao arbitramento dos danos morais, dentro de padrões consubstanciados na observância dos princípios de razoabilidade e proporcionalidade⁹⁴.

“Assim, se o arbitramento do valor da compensação por danos morais foi realizado com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico das partes e, ainda, ao porte econômico da recorrente, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, fazendo uso de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de caso, o STJ tem por coerente a prestação jurisdicional fornecida” (REsp. 259.816/RJ – Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – DJU 27.12.2000). Fato que demonstra a preocupação do STJ no momento de arbitramento do dano moral, diante da adoção de critérios balizadores para obedecer ao princípio de equivalência determinado pelo texto legal.

Poderemos concluir que a realidade das situações apresentadas é que determinam o valor do *quantum* da indenização, devendo o magistrado amoldar-se a esses fatores para balizar o seu convencimento em face das agruras suportadas pelas vítimas. Nesse sentido, o STJ ao decidir o desconforto decorrente de atraso de vôo, proclamou no Recurso Especial número 612.817/MA – 2003/0210380-2, em que foi relator o Ministro Hélio Quaglia Barbosa, o julgador proferiu o seguinte voto vencedor: “Nessa ordem de idéias, merece se acolhido, em parte, o recurso especial, tão só para que restabeleçam os termos da r. sentença, fixando a indenização pelo dano

⁹³ Segundo leciona De Plácido e Silva em seu Dicionário Jurídico, obra citada, página 1154: “Razoabilidade. Princípio ou teoria da razoabilidade é o critério de interpretação da norma que parte do pressuposto do acerto de sua fonte racionalista, pela idéia de que a norma decorreu de uma construção cerebrina e que visa a objetivos lógicos, assim no sentido empregado por *Recasens Siches de que a lógica do Direito é a lógica do razoável*. A razoabilidade parte de premissa ou pressupostos que teriam levado não só à edição da norma, como à sua aplicação ao caso concreto. No Direito estadunidense, o critério de razoabilidade foi amplamente empregado ao controle de constitucionalidade do conteúdo material das leis, partindo do pressuposto de que as leis devem construir instrumentos razoáveis de realização dos fins previstos na Constituição, lá também instituiu-se o princípio de que somente se proclama a inconstitucionalidade de determinadas normas diante de qualquer dúvida razoável – *reasonable doubt*)”.

⁹⁴ Para os autores Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, em seu livro Curso de Direito Constitucional, 2ª. Edição, obra citada, página 121, “Assim resumidos, pode-se dizer, a título de conclusão pontual, que esses princípios revelam pouco ou quase nada do alcance, praticamente ilimitado, de que se revestem para enfrentar os desafios que, a todo instante, são lançados aos aplicadores da Constituição por uma realidade social em permanente transformação. Daí a necessidade, de resto, comum a todos os instrumentos hermenêuticos, de que eles sejam manejados à luz de casos concretos, naquele interminável balançar de olhos entre objeto e método, realidade e norma, para recíproco esclarecimento, aproximação e explicitação”.

material no valor de R\$. 194,90 e a pelo dano moral na quantia de R\$. 5.000,00, atualizáveis a contar da data da presente decisão, não se justificando exasperação acrescida, que alvitre o recorrente, por desbordar dos parâmetros adotados nesta Quarta Turma e, sobretudo, de resultado compatível com a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, invariavelmente balizadoras da quantificação indenizatória, em situações congêneres á que vem retratada nos autos”.

Somente através da estrita observância desses critérios os valores arbitrados nas indenizações pelo dano moral, poderão ser consideradas justas e equivalentes, de forma a atender aos princípios constitucionais de proporcionalidade, bem como, aos princípios de equivalência estatuídas em nosso ordenamento jurídico civil mas, sobretudo atento ao princípio romano determinante, consistente no axioma *suum cuique tribuere* – dê a cada um o que lhe é devido.

10. O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE COMO FUNDAMENTO AXIOLÓGICO NAS INDENIZAÇÕES EXTRAPATRIMONIAIS.

A solidariedade é sem dúvida um princípio determinante nos processos indenizatórios por danos morais. Sempre será necessário lembrar o marcante voto como vogal proferido pelo Ministro Paulo Medina do STJ, no caso da Escola Base de São Paulo (REsp. 351.779/SP – 2001/0112777-9), “De qualquer modo, as chagas da alma, as chagas do pensamento, as chagas incuráveis que estão no cerne de cada um de nós, podem ser minizadas pela solidariedade e às vezes, até mesmo pela recomposição do patrimônio”. O voto retrata a posição de solidariedade do Tribunal aos réus, vítimas de um sistema injusto de julgamento popular sem o consagrado e constitucional direito ao contraditório.

A função da responsabilidade civil é propiciar o restabelecimento da lesão sofrida pelo ofendido, restaurar seu patrimônio violado, compensar e satisfazer sua pretensão indenizatória ou ainda, oferecer-lhe a possibilidade de recompor seu ânimo violado – portanto uma finalidade social. José de Aguiar Dias⁹⁵ nesse sentido proclama que, “resta, rigorosamente sociológica, a noção da responsabilidade como aspecto da realidade social. Decorre dos fatos sociais, é o fato social. Os julgamentos da responsabilidade (por exemplo: a condenação do assassino ou do ladrão, do membro da família que a desonrou) são reflexos individuais, psicológicos, do fato exterior social, objetivo, que é a relação de responsabilidade”. E, no final do seu texto, o

⁹⁵ DIAS, José de Aguiar, op. cit., p. 3

doutrinador de escol aponta, “a responsabilidade não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, antes se liga a todos os domínios da vida social”. Por resultado dessas ilações, concluiremos com facilidade que no momento em que se concretiza o processo indenizatória, se manifesta a solidariedade da sociedade ao cidadão que foi lesionado em seus direitos patrimoniais e não patrimoniais. Destarte, a função de compensação e de dissuasão presente nas ações indenizatórias dos danos morais em especial, constituem motivos que justificam a advertência levada a efeito em relação ao terceiro, responsável pela ação ilícita que realizou a agressão no patrimônio de outrem.

Na perspectiva de José Jairo Gomes⁹⁶, “o fundamento dessa função preventivo-pedagógica pode ser encontrada na solidariedade, conforme exposta por Durkheim, pois o agravamento da sanção não possui por escopo principal a definição da exata reparação patrimonial devida á vítima, mas a educação do agente e a intimidação das demais pessoas para que se abstenham de realizar ações lesivas. O dano à personalidade adquire, com isso, a autêntica função de velar pela incolumidade da coesão e harmonia sociais, sob a inspiração da solidariedade”. A função pedagógica da responsabilidade é notória posto que, ao estimular a prática dos atos que estejam de acordo com o ordenamento jurídico, o sistema jurídico incute no espírito da pessoa o sentimento do dever-ser. Nas sociedades em que predomina a observância rigorosa do *neminem laedere*, não se justifica o processo indenizatório porque as pessoas não procederiam com culpa ou mediante desvio de conduta, que implica exatamente na inobservância dos padrões de comportamento que se encontra presente no *bonus pater familiae*. “Toda regra jurídica traduz um imperativo de conduta, a obrigatoriedade de um comportamento, uma exigência de ação ou de omissão, quando se fala em lei jurídica, fala-se obrigatoriamente de um comportamento possível”, segundo leciona Miguel Reale⁹⁷ - um dever-ser da pessoa no ambiente social.

A paz social encontra respaldo na ordem jurídica, daí porque a responsabilidade tem como pressuposto construir um sistema jurídico de educação social⁹⁸, em que protege as vítimas determinando que os lesionadores reparem os prejuízos causados a outrem e, que os ofensores

⁹⁶ GOMES, José Jairo, Responsabilidade Civil e Eticidade, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2005, p. 277.

⁹⁷ REALE, Miguel, Filosofia do Direito, 10ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 1983, p. 324.

⁹⁸ Segundo leciona José Jairo Gomes, em sua obra citada, página 277, “Divisa-se na responsabilidade por dano moral, uma função preventiva, com caráter pedagógico, de sorte que o agente e os demais membros da comunidade se sintam desencorajados ou desestimulados a praticarem conduta atentatória aos direitos alheios”.

sejam exatamente penalizados em face de suas ações lesivas. José de Aguiar Dias⁹⁹ nesse sentido pontifica, “encarecendo a importância da distinção, sob o ponto de vista de responsabilidade moral, entre as concepções individual e social, frisa que a primeira é mais profunda, mais fundamental, ao passo que a segunda é o produto demorado do desenvolvimento humano: numa palavra, ao lado do egoísmo e equidade, que o ameniza”.

A educação da conduta das pessoas no ambiente social é o ponto marcante da solidariedade que se encontra no âmbito da responsabilidade civil. O *mens legislatori* objetiva estabelecer condutas conscientes, ou seja, que a sociedade seja pautada por cidadãos que conheçam os seus direitos e deveres e, possam se conduzir no ambiente social de forma a “não fazer aos outros o que não queiram que os outros vos faça por igual”, ou seja, uma norma de reciprocidade e socialidade. Na verdade um elevado princípio fundado na solidariedade entre os seres humanos.

11. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O homem é a medida de todas as coisas, já sentenciara Protágoras. A Constituição Federal de 1988 encarnou *in totum* essa idéia, ao prescrever no Título II os direitos e garantias fundamentais da pessoa, bem como, inserir no Título I dos Princípios Fundamentais, a dignidade da pessoa humana como valor pré-constituente e de hierarquia supra constitucional. Essa qualidade da pessoa humana, que se sobrepõe a todos os bens, valores e princípios constitucionais, estabeleceu como ponto de partida para a sua efetividade a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando a indenização do dano material ou moral decorrente de sua violação.

Dentre os valores prescritos pela “Constituição cidadã” de 1988, certamente um dos pontos determinantes na perspectiva da responsabilidade civil foi a edição do artigo 5º, incisos V e X que asseguraram a indenização pelo dano moral na ordem jurídica brasileira. O tema, não obstante sua magnitude, há anos permaneceu lamentavelmente “adormecido” no ordenamento normativo, em face da ausência de um dispositivo expresso que autorizasse a indenização dos danos extrapatrimoniais. A proteção à pessoa como ser humano carecia de um instituto com regras fundamentais definidas. A partir da promulgação da Carta Maior em 1988, abriram-se verdadeiramente as portas de acesso das pessoas para a tutela na sua amplitude valorativa –

⁹⁹ DIAS, José de Aguiar, op. cit., p. 8.

dignidade, liberdade de manifestação de pensamento, inviolabilidade de intimidade, da vida privada, da honra e da imagem.

O legislador constituinte conferiu ao dano moral *status* de ordem constitucional. A partir desse momento, a doutrina e a jurisprudência alargaram de forma extraordinária a defesa dos valores da pessoa humana. O tímido processo indenizatório dos danos exclusivamente patrimoniais assinalado no artigo 159 do Código Civil de 1916, se ampliou e confirmou a tendência universal de tutela da pessoa humana, inserto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. O princípio da dignidade do ser humano passou a merecer especial proteção através da indenização dos danos morais.

Mas, não somente a pessoa natural foi objeto da tutela estatal, como igualmente a pessoa jurídica, em face do reconhecimento instituído pela Súmula 227 do STJ. Por outro lado, na medida em que se ampliou a proteção da pessoa humana através da acumulação do dano material com o dano moral e o dano estético – institutos autorizados pela Súmula 37 do STJ, bem como, pelo Enunciado 192 proclamado pela III Jornada de Direito Civil valorou-se o ser humano. E, posteriormente, a Emenda Constitucional 45 de 2004, alterou a redação do artigo 114, inciso VI estabelecendo a competência da Justiça Trabalhista para processar e julgar as ações de indenizações por danos morais, decorrentes da relação de trabalho. Portanto, toda esta gama de procedimentos tutelar demonstra, de forma notória, a preocupação do *mens legislatori* em tornar efetiva a ampla e irrestrita proteção da dignidade da pessoa humana.

Nesse período de trinta e dois anos de vigência da Constituição Federal de 1988, os Tribunais inferiores e superiores consagraram aspectos marcantes da proteção das pessoas, restaurando através da indenização compensatória os valores lesionados. Os Tribunais Superiores – STF, STJ e TST –, por seu turno, assinalaram pontos marcantes na defesa da integridade das pessoas, conferindo indenizações significativas nos diversos casos de violações dos direitos da personalidade.

Processos notórios que marcaram a história do Poder Judiciário brasileiro, na seara da responsabilidade civil – como o da Escola Base de São Paulo e do cidadão Marcos Mariano da Silva que permaneceu preso por 13 anos com a subtração do contraditório, dentre outros – ensejaram procedimentos indenizatórios por danos morais com valores expressivos, como conseqüência da consagração do instituto pela ordem Constitucional. Não fossem tais

dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, tais danos permaneceriam sem ressarcimento, pelo menos na esfera dos danos morais.

Nesse interregno de 20 anos o sentido da indenização dos danos morais sofreu uma verdadeira “revolução epistemológica”, novos conceitos relacionados com a adoção de critérios, tais como os princípios de razoabilidade e proporcionalidade delineados pelo STJ, estabeleceram diretrizes para aferição do *quantum* indenizatório dos danos extrapatrimoniais. A fixação do *pretium doloris* através do *arbitrium boni iuris* têm sido objeto de incontáveis procedimentos adotados pelos magistrados, “um balançar de olhos entre objetos e métodos”, com o propósito de adotar soluções que sejam as mais adequadas ou, representem a justa medida das indenizações concedidas a título de danos morais.

A magnitude do instituto da defesa da dignidade da pessoa humana, consagrada nas indenizações extrapatrimoniais, abriu um espaço de extraordinário significado, a partir do momento em que inaugurou na ordem jurídica brasileira a defesa irrestrita dos valores da pessoa e, particularmente, confirmou a concretização de julgamentos de casos importantes em que a intimidade, a vida privada, a privacidade e a honra das pessoas se encontravam em pauta. Esse marco assinala um ponto de partida histórico no cenário brasileiro, na proporção em que o Estado tutela a dignidade da pessoa humana assume uma postura de solidariedade do lesionador. Destacando ainda, o papel fundamental de desestimular a prática de novas ações lesivas, de forma a contribuir pedagogicamente para a socialização da responsabilidade das pessoas no ambiente social.

Finalmente, este fato possui um significado especial quando consideramos que, enquanto se resolve um desafio novos vão surgindo, confirmando o velho adágio de que o direito é a experiência viva dos casos concretamente delineados, através dos processos decisórios proferidos pelos Tribunais. Todavia, a concreção do direito se operou nesse período, por força e razão dos fundamentos institucionalizados na Constituição Federal de 1988 – um marco importante na defesa dos valores fundamentais da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BARRETO, Wanderlei de Paula, Comentários ao Código Civil, vol. I, obra coordenada por Arruda Alvim e Thereza Alvim, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto, Reparação Civil por Danos Morais, São Paulo, Editora RT, 1999.

BRASIL, Avio, O Dano Moral no Direito Brasileiro, Rio de Janeiro, Livraria Jacinto Editora, 1944.

CANEIRO, Maria Francisca, Avaliação do Dano Moral e Discurso Jurídico, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

CAHALI, Yussef Said, Dano Moral, São Paulo, Editora RT, 2005.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, Dignidade da Pessoa Humana: O Princípio dos Princípios Constitucionais, publicado na obra Coordenada por Daniel Sarmento e Flávio Galdino, Direitos Fundamentais – Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres, São Paulo, Editora Renovar, 2006.

COSTA, Judith Martins, Comentários ao Novo Código Civil – Do Inadimplemento das Obrigações, Volume V, Tomo II, obra coordenada pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro, 2003.

DIAS, José de Aguiar, Responsabilidade Civil, XI edição, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2006.

FISCHER, Hans Albrecht, A Reparação dos Danos no Direito Civil, São Paulo, Livraria Acadêmica Saraiva, 1938.

GOMES, José Jairo, Responsabilidade Civil e Eticidade, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira, **COELHO**, Inocência Mártires, **GONET BRANCO**, Paulo Gustavo Gonet, Curso de Direito Constitucional, 2ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de, Danos à Pessoa Humana – Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson e **NERY**, Rosa Maria de Andrade, no Código Civil comentado, 4ª. Edição, São Paulo, Editora RT, 2006.

PASSMORE, John, A Perfectibilidade do Homem, Rio de Janeiro, Topbooks Editora e Distribuidora de Livros Ltda., 2004.

PIZZARRO, Ramon Daniel, Dano Moral – Prevención/Reparación/Punición, Buenos Aires, Editorial Hammurabi S.R.L., 1996.

POPPER, Karl R., Em Busca de um Mundo Melhor, São Paulo, Editora Martins Fontes, 2006.

REALE, Miguel, Filosofia do Direito, 10ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 1983.

RODRIGUES, **Silvio**, Direito Civil - Responsabilidade Civil, 19ª. Ed., São Paulo/SP, Editora Saraiva S/A, 2002.

SILVA, De Plácido e, Vocabulário Jurídico, 27ª. Edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2006.

STOCO, Rui, Tratado de Responsabilidade Civil, 7ª edição, São Paulo, Editora RT, 2007.

SZANIAWSKI, Elimar, Direitos de Personalidade e sua Tutela, 2ª ed., São Paulo, Editora RT, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto, Comentários ao Código Civil, Volume III, Tomo II, obra coordenada pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto, Dano Moral, 1ª. Edição, São Paulo/SP, Editora Oliveira Mendes Ltda., 1998.

VIEIRA, Jair Lot, Código de Hamurabi, Código de Manu-Excertos e Lei das XII Tábuas, Bauru, Editora Edipro, 1994.