

DANO MORAL

PROBLEMÁTICA

▶ DO CABIMENTO À
FIXAÇÃO DO *QUANTUM*

NEHEMIAS DOMINGOS DE MELO

Advogado, palestrante, conferencista e parecerista. Professor de Direito Civil, Direito Processual Civil e Direitos Difusos nos cursos de graduação e pós-graduação na Universidade Paulista - UNIP. É também professor convidado da Escola Paulista de Direito (EPD), das Faculdade Metropolitanas Unidas (FMU) e de outros cursos de pós-graduação. Coordenador do Núcleo de Teoria Geral do Direito na Escola Superior de Advocacia (ESA/SP).

DANO MORAL

PROBLEMÁTICA

► **DO CABIMENTO À
FIXAÇÃO DO QUANTUM**

3ª EDIÇÃO

1ª. edição 2005 – Editora Juarez de Oliveira

2ª. edição 2012 – Editora Atlas


EDITORA MIZUNO
QUALIDADE E SERIEDADE EM LIVROS

Dano Moral - Problemática - Do Cabimento à Fixação do Quantum - 3ª edição

© Nehemias Domingos de Melo

EDITORA MIZUNO 2023

Revisão técnica: Nehemias Domingos de Melo

Revisão de português: Paulo de Moraes

Catálogo na publicação Elaborada por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166	
M528d	<p>Melo, Nehemias Domingos De</p> <p>Dano moral - problemática: do cabimento à fixação do quantum / Nehemias Domingos De Melo. – 3. ed. – Leme-SP: Mizuno, 2023.</p> <p>416 p.; 17 X 24 cm</p> <p>ISBN 978-65-5526-643-6</p> <p>1. Danos morais. 2. Direito. I. Melo, Nehemias Domingos De. II. Título.</p> <p style="text-align: right;">CDD 346.03</p>
Índice para catálogo sistemático I. Danos morais	

Nos termos da lei que resguarda os direitos autorais, é expressamente proibida a reprodução total ou parcial destes textos, inclusive a produção de apostilas, de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, reprográficos, de fotocópia ou gravação.

Qualquer reprodução, mesmo que não idêntica a este material, mas que caracterize similaridade confirmada judicialmente, também sujeitará seu responsável às sanções da legislação em vigor.

A violação dos direitos autorais caracteriza-se como crime incurso no art. 184 do Código Penal, assim como na Lei n. 9.610, de 19.02.1998.

O conteúdo da obra é de responsabilidade do autor. Desta forma, quaisquer medidas judiciais ou extrajudiciais concernentes ao conteúdo serão de inteira responsabilidade do autor.

Todos os direitos desta edição reservados à

EDITORA MIZUNO

Rua Benedito Zacariotto, 172 - Parque Alto das Palmeiras, Leme / SP - 13614-460

Correspondência: Av. 29 de Agosto, nº 90, Caixa Postal 501 - Centro, Leme - SP, 13610-210

Fone/Fax: (0XX19) 3571-0420

Visite nosso site: www.editoramizuno.com.br

e-mail: atendimento@editoramizuno.com.br

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

Dedicatória

*Dedico este trabalho à
Ana Ligia: amiga, amante e companheira de todas as horas.*

PREFÁCIO

A presente obra, que tenho a honra de prefaciá-la, põe em discussão o conceito, os traços de caracterização e uma sinopse histórica, buscando demonstrar que a preocupação do ser humano na reparabilidade do dano moral, atinge épocas remotas em nossa história, bem antes do nascimento de Cristo. Com efeito, consoante o autor bem observa, encontramos procedimentos primários de reparação de danos morais no Código de Hamurabi, promulgada há cerca de aproximadamente 1.700 anos a.C. Ademais, outras antigas legislações, como o Código de Manu, a Lei das XII Tábuas etc., traziam uma regulamentação, embora incipiente, a respeito da matéria.

No Brasil, em que pese a Constituição Federal de 1988 ter sido a pioneira entre todas as nossas Constituições, ao preconizar, em seu art. 5º, incisos V e X, o direito à indenização por danos morais, bem antes dela a doutrina, a jurisprudência e, até mesmo, leis infraconstitucionais (como, por exemplo, o precursor Decreto-Lei nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912), já se manifestavam por seu reconhecimento.

É certo que, durante anos a fio, a reparação dos danos morais foi negada por vários autores, que ofereceram argumentos diversos, como aqueles ligados ao enriquecimento sem causa; à impossibilidade jurídica da indenização; ao caráter imoral da compensação da dor com o dinheiro; à indeterminação no número de pessoas lesadas moralmente; à dificuldade de descoberta da existência do dano moral; à transitoriedade do dano moral etc. Porém, a doutrina majoritária entendeu e entende ser possível a reparação por danos morais, mesmo inexistindo repercussão de ordem econômica. Seu reconhecimento não se limitou apenas à pessoa natural, estendendo-se à pessoa jurídica, passível de ser ofendida em sua honra objetiva, consistente em seu bom nome, fama, reputação e imagem.

A par de comentar o dano moral em espécie, quer nas relações de consumo, nas relações parentais e de afetividade, quer, até mesmo, nas relações trabalhistas, entre outras, o ilustre autor enfrentou a difícil questão concernente

à fixação do *quantum* indenizatório, que, ainda, apresenta grande e polêmica discussão dentro da esfera da doutrina e dos tribunais.

Quer abordando o tema dentro do direito substantivo, quer na seara do direito adjetivo, com alusão a aspectos processuais diversos, o notável jurista Nehemias Domingos de Melo traz a lume, dentro da literatura jurídica brasileira, uma obra atualizada, já em sua 3ª edição, que se traduz extremamente útil ao pesquisador e operador do Direito, contribuindo para o bom entendimento do dano moral e da sua reparação.

Jorge Shiguemitsu Fujita

Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor Emérito e Titular de Direito Civil no Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Professor Auxiliar Doutor do Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor da Escola Superior de Advocacia (ESA) da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo. Professor visitante do Curso de Pós-Graduação *lato sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Londrina (UEL). É autor e coautor de diversas obras jurídicas, destacando-se *Comentários ao Código Civil – Artigo por Artigo* (3. ed. Ed. Revista dos Tribunais, 2014), *Guarda Compartilhada* (2. ed. Método, 2016), *Dilemas acerca da Vida Humana – Interfaces entre a Bioética e o Biodireito* (Atheneu, 2015), *Novos Desafios do Biodireito* (LTr, 2012), *Filiação* (2. ed. Atlas, 2011), *Curso de Direito Civil - Direito de Família* (2. ed. Juarez de Oliveira, 2003) e *Curso de Direito Civil - Direito das Sucessões* (2. ed. Juarez de Oliveira, 2003). É editor responsável da FMU Direito Revista Eletrônica. É membro do Conselho Editorial da Revista do Instituto de Advogados de São Paulo (IASP); membro consultor da Comissão dos Direitos da Criança e do Adolescente e membro efetivo da Comissão de Biotecnologia e Biodireito da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo; e associado, articulista e membro da Comissão de Bioética e Biodireito, e da Comissão de Direito Civil do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). É advogado, consultor, parecerista.

PARTE I DOS FUNDAMENTOS DA REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS

CAPÍTULO 1

Questões preliminares

1. Evolução histórica do dano moral	27
2. Conceito de dano moral	30
3. Da caracterização do dano moral.....	32
4. Por que indenizar o dano moral?	34

CAPÍTULO 2

Histórico do dano moral no Brasil

1. Antes da Constituição Federal de 1988.....	37
1.1 No Código Civil de 1916	37
1.2 Na legislação esparsa.....	38
1.3 Na jurisprudência	41
1.4 Na doutrina	43
2. Pós-Constituição Federal de 1988	46
2.1 Fim da polêmica quanto à indenizabilidade do dano moral	46
2.2 Do princípio da dignidade da pessoa humana.....	47
2.2.1 Da importância dos princípios de Direito	48
2.2.2 O princípio da dignidade da pessoa	49
2.3 Dos Direitos da personalidade.....	53
2.3.1 Da conceituação e da importância dos direitos da personalidade	55
2.3.2 Da proteção aos direitos da personalidade	56
2.3.3 Proteção especial ao nome	57
2.3.4 Da proteção à palavra, à imagem e à voz.....	57
2.3.5 O direito à intimidade e à vida privada	58

2.3.6 A proteção de dados pessoais.....	59
2.4 O Código de Defesa do Consumidor.....	59
2.4.1 Da importância da lei consumerista.....	60
2.4.2 Da proteção ao consumidor.....	62
2.5 Dano moral à pessoa jurídica.....	65
2.6 Dano moral coletivo.....	69

CAPÍTULO 3

Fundamentos da responsabilidade civil

1. Da culpa: responsabilidade subjetiva.....	73
1.1 Da culpa e do dolo.....	75
1.2 Das espécies de culpa.....	76
1.2.1 Da culpa <i>in eligendo</i> , <i>in vigilando</i> , <i>in comittendo</i> , <i>in omittendo</i> e <i>in custodiendo</i>	77
1.2.2 Da culpa <i>in concreto</i> e <i>in abstracto</i>	78
2. Da culpa ao risco: culpa presumida.....	79
3. Do grau de culpa e o <i>quantum</i> indenizatório.....	81
4. Do risco: responsabilidade objetiva.....	83
4.1 Teoria do risco da atividade, risco proveito ou risco criado.....	87
4.2 Teoria do risco profissional.....	88
4.3 Teoria do risco administrativo.....	90
4.4 Teoria do risco exacerbado.....	92
4.5 Teoria do risco integral.....	93
5. Da responsabilidade objetiva no CDC.....	95
5.1 A responsabilidade condicionada do comerciante.....	96
5.2 A exceção dos profissionais liberais: responsabilidade subjetiva.....	97

CAPÍTULO 4

Pressupostos do dever indenizatório: dano, agente e nexa causal

1. O dano indenizável.....	99
1.1 Dano material ou patrimonial.....	100
1.2 Dano moral ou extrapatrimonial.....	102
1.3 Dano estético.....	102
1.4 Dano reflexo ou a ricochete.....	103
1.5 Da cumulatividade do dano material, moral e estético.....	105
2. Da conduta do agente.....	107
2.1 Ação ou omissão do agente.....	108
2.2 Responsabilidade por ato próprio.....	110

2.3 Responsabilidade por fato de terceiro	111
2.3.1 Responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores	112
2.3.2 Responsabilidade dos tutores e curadores	114
2.3.3 Responsabilidade do patrão ou comitente	115
2.3.4 Responsabilidade dos donos de hotéis e similares e dos educadores	119
2.4 Responsabilidade pela guarda da coisa	120
2.4.1 Responsabilidade pelo fato de animal	120
2.4.2 Responsabilidade pela ruína de edifício ou construção	122
2.5 Responsabilidade pela queda de objetos	125
3. Nexo causal	126
3.1 Teoria da causalidade adequada	128
3.2 Outras teorias sobre o nexo causal	129
3.3 Concausa.....	129
4. Exclusão do nexo causal	131
4.1 Culpa exclusiva da vítima	131
4.2 Culpa concorrente.....	132
4.3 Fato de terceiro.....	133
4.4 Caso fortuito ou de força maior.....	134
5. Responsabilidade subjetiva: outras excludentes	135
5.1 Legítima defesa	135
5.2 Exercício regular de um direito	136
5.3 Estado de necessidade.....	136
5.4 Estrito cumprimento do dever legal	136
6. O nexo causal e o Código de Defesa do Consumidor	137
6.1 Não colocação do produto no mercado	137
6.2 Inexistência do defeito apontado	138
6.3 Culpa exclusiva da vítima ou de terceiro	139
6.4 Outras possíveis excludentes (não previstas no CDC)	140
6.4.1 Caso fortuito e força maior	140
6.4.2 Culpa concorrente	142

CAPÍTULO 5

Da fixação do quantum indenizatório

1. Problemática do <i>quantum</i>	145
2. Tarifar é a solução?	147
3. Da reparação <i>in natura</i>	153

4. Da reparação pecuniária	155
4.1 Da função compensatória	156
4.2 Da função punitiva e compensatória.....	157
4.3 Do caráter de pena privada	160
4.4 Do caráter da exemplaridade da sentença	162
5. Do <i>quantum</i> ao prudente arbítrio do juiz	165
6. Da fixação do <i>quantum</i> em valores irrisórios ou exorbitantes.....	166

CAPÍTULO 6

Por uma nova teoria da reparação por danos morais

1. Premissas básicas.....	169
2. Proposta de alteração do Código Civil	172

PARTE II

DANO MORAL EM ESPÉCIE

CAPÍTULO 7

Dano moral nas relações de consumo

1. Aspectos gerais do Código de Defesa do Consumidor	177
2. Dano moral por acidentes de consumo.....	179
3. Dano moral por vícios de produtos.....	181
4. A teoria do desvio produtivo na jurisprudência do STJ.....	182
4.1 O tempo perdido e a substituição de produto defeituoso	183
4.2 O tempo perdido no atendimento precário em agências bancárias	184
4.3 O tempo perdido e a otimização do lucro empresarial	184
4.4 O tempo perdido em longas esperas no caixa eletrônico.....	185
5. Dano moral pela inclusão indevida em bancos de dados	185
5.1 Exercício regular de um direito ou abuso de direito?.....	185
5.2 Ameaças de inclusão como forma de cobrança de dívida.....	187
5.3 Inclusão enquanto se discute a dívida em juízo	188
5.4 O dever de comunicar antes da abertura de cadastro.....	191
5.5 Segunda inclusão em banco de dados.....	192
6. Cobrança vexatória	194
7. Cobrança de dívida já paga.....	195
8. Negócios realizados por falsários/fraudadores	198

9. Princípio da reparação integral do dano.....	200
10. Jurisprudência	200
10.1 Acidente de consumo (fato do produto ou do serviço).....	201
10.2 Vícios de produtos	203
10.3 Inclusão (ou manutenção) irregular em bancos de dados.....	205
10.4 Cobrança de dívida.....	208
10.5 Negócios fraudulentos (uso de documentos falsos e outros)	210
10.6 Exposição vexatória.....	212

CAPÍTULO 8

Dano moral nas relações de trabalho

1. Dano moral trabalhista: uma via de duas mãos	215
2. Dano moral na fase pré e pós-contratual	218
3. Assédio sexual.....	218
4. Assédio moral.....	220
5. Dano moral na generalidade dos casos	223
6. Jurisprudência	224
6.1 Assédio moral	224
6.2 Assédio sexual	226
6.3 Demissão discriminatória ou arbitrária.....	227
6.4 Revistas íntimas e vexatórias	229
6.5 Violação da intimidade	230

CAPÍTULO 9

Dano moral nas relações parentais e de afeto

1. Notas introdutórias	233
2. Dano moral na dissolução do casamento e da união estável	233
3. Dano moral em face do noivado desfeito.....	239
4. Dano moral no descumprimento do dever alimentar.....	241
5. Dano moral por abandono afetivo	243
6. Jurisprudência	248
6.1 Dissolução do casamento, união estável e união homoafetiva	248
6.2 Abandono afetivo	250
6.3 Rompimento do noivado	252

CAPÍTULO 10

Dano moral por erro médico

1. Notas preliminares.....	255
2. Do dano estético e do dano moral.....	258
3. Erro médico: obrigação de meio ou de resultado?.....	259
4. Dever de informação.....	261
5. A prova do erro médico e a inversão do ônus da prova.....	262
6. Responsabilidade por ato próprio e por fato de terceiro.....	263
7. Responsabilidade objetiva dos hospitais.....	264
8. Responsabilidade dos planos de saúde.....	265
9. Jurisprudência.....	268
9.1 Erro médico.....	268
9.2 Dever de informação.....	270
9.3 Cirurgia plástica.....	272
9.4 Responsabilidade hospital público.....	274
9.5 Planos de saúde, clínicas e laboratórios.....	277

CAPÍTULO 11

Dano moral em face dos crimes cometidos pela (ou através da) mídia

1. A proteção constitucional dos direitos da personalidade.....	281
2. A liberdade de imprensa.....	282
3. Dano moral por ofensa à honra.....	284
4. Dano moral por exposição indevida na mídia.....	285
5. Dano moral pelo uso indevido de imagem.....	288
6. Dano moral por invasão de privacidade e violação da intimidade.....	290
7. Jurisprudência.....	293
7.1 Ofensa à honra.....	293
7.2 Exposição indevida na mídia.....	295
7.3 Uso indevido de imagem.....	297
7.4 Invasão de privacidade e violação da intimidade.....	300

CAPÍTULO 12

Dano moral em razão de evento morte

1. Homicídio e dano moral.....	303
2. A sentença criminal no cível.....	304
3. A indenização pela morte de filho menor.....	305
4. Indenização pela morte acidental.....	306
5. Da legitimidade postulatória e da garantia de pagamento da pensão.....	307
6. Jurisprudência.....	308

PARTE III

ASPECTOS PROCESSUAIS SOBRE O DANO MORAL

CAPÍTULO 13

Legitimidade *ad causam*

1. Notas introdutórias	315
2. Dá legitimidade <i>ad causam</i>	315
3. Legitimidade ativa da própria vítima.....	316
4. Da sucessão processual no caso de morte do ofendido.....	319
5. Legitimidade própria dos parentes da vítima: dano reflexo ou a ricochete	321
6. A legitimidade passiva do causador do dano	323
6.1 Legitimidade passiva dos pais, tutores e curadores	323
6.2 Legitimidade passiva dos patrões por atos de seus empregados	323
6.3 Legitimidade dos donos de hotéis e educadores.....	324
7. Jurisprudência	325
7.1 Legitimidade ativa	325
7.2 Legitimidade passiva própria	326
7.3 Legitimidade por fato de terceiros.....	328
7.4 Legitimidade do dono de animal	330
7.5 Legitimidade do dono da coisa inanimada.....	332

CAPÍTULO 14

Da competência

1. Da competência de foro em geral	333
2. Competência de foro no Código de Defesa do Consumidor	333
3. Competência de foro nos juizados especiais cíveis	335
4. Competência em razão da matéria nas relações de trabalho	336
5. Jurisprudência	337
5.1 Competência em face do CDC	337
5.2 Competência nos juizados especiais cíveis	339

CAPÍTULO 15

Denúnciação à lide

1. Notas introdutórias	343
2. A vedação no Código de Defesa do Consumidor.....	344
3. Proibição no procedimento dos juizados especiais cíveis.....	346
4. Da denúnciação nas ações em que o estado é réu	347

5. Jurisprudência	349
5.1 Denúnciação à lide no Código de Defesa do Consumidor	349
5.2 Proibição no procedimento dos juizados especiais cíveis	351

CAPÍTULO 16

Solidariedade e direito de regresso

1. Da solidariedade.....	353
2. Direito de regresso	355
3. Jurisprudência	356
3.1 Solidariedade	357
3.2 Direito de regresso.....	359

CAPÍTULO 17

Prescrição e decadência

1. Notas preliminares.....	361
2. Prescrição no Código de Defesa do Consumidor	362
3. Prescrição em face da fazenda pública.....	362
4. Prescrição nas ações decorrente das relações de trabalho.....	363
5. Decadência no Código de Defesa do Consumidor	367
6. Prescrição intercorrente	368
7. Jurisprudência	369
7.1 Prescrição no Código de Defesa do Consumidor	369
7.2 Prescrição nas ações de dano moral trabalhista	371

CAPÍTULO 18

Valor da causa e sucumbência

1. Valor da causa.....	375
2. Sucumbência	377
3. Jurisprudência	378

CAPÍTULO 19

Da prova do dano moral

1. Da desnecessidade de prova do dano moral	381
2. Prova da autoria e do nexa causal	382
3. A questão do dano moral e os precedentes do STJ.....	384
4. Jurisprudência	389
4.1 Da necessidade (ou não) de prova.....	389
4.2 Meros dissabores ou aborrecimentos.....	391

CAPÍTULO 20

Da justiça gratuita

1. Da gratuidade de justiça.....	393
2. Da diferença entre assistência judiciária e justiça gratuita.....	396
3. A forma de pedir e o momento processual adequado.....	397
4. A assistência por advogado particular não é motivo para negativa do pedido.....	399
5. A parte contrária poderá impugnar a concessão do benefício.....	400
6. A decisão que indefere ou revoga o benefício poderá ser atacada via agravo de instrumento.....	400
7. Conclusões.....	401
8. Jurisprudência.....	403
8. 1 Gratuidade de justiça para pessoa natural.....	403
8. 2 Gratuidade de justiça para pessoa jurídica.....	406

REFERÊNCIAS.....	409
-------------------------	------------



PARTE I

DOS FUNDAMENTOS DA REPARAÇÃO
POR DANOS MORAIS

1. Evolução histórica do dano moral

O dano moral, muito embora cause as mais diversas controvérsias nos dias atuais, não é propriamente uma novidade jurídica. Desde os primórdios da humanidade, têm-se notícias acerca da existência de leis que procuravam regular tal matéria.

É preciso rememorar que nos primórdios da civilização o homem se defendia das agressões sofridas, fossem morais ou físicas, com suas próprias forças, com as quais reprimia as ameaças, sendo em muitos casos auxiliado pelo grupo do qual fazia parte. Com isso, a cada agressão sofrida, movia-se o sentimento de vingança pessoal para satisfação da dor sofrida.

Esta situação evoluiu e, à medida que os povos foram se organizando, o Estado passou a assumir o papel de distribuir justiça, colocando-se no lugar do ofendido e apenando o agressor para, em nome da harmonia social, garantir o bem estar coletivo.

Retrocedendo no tempo, vamos encontrar os primeiros registros que nos dão conta a história acerca de legislação que visasse disciplinar o dano e sua reparação, no sistema codificado de leis, promulgada pelo Rei da Babilônia por volta do século XVIII a.C., denominado Código de Hamurabi (Hamurabi governou o primeiro império babilônico, entre 1792 e 1750 a.C.).

Referido Código tratou da reparação do dano de duas formas distintas: as ofensas pessoais eram reparadas mediante ofensa igual a ser dirigida ao ofensor, mas existia, paralelamente, a possibilidade de reparação do dano à custa de pagamento de valor pecuniário.

Deriva do Código de Hamurabi a chamada pena de talião do “olho por olho, dente por dente”, como se depreende do inserto no parágrafo 196 que prescrevia: “se um *awilum* (homem livre) destruir um olho de um (outro) *awilum*, destruirão seu olho” e, o parágrafo 200 que preconizava: “se um *awilum* arrancou um dente de um *awilum* igual a ele arrancarão seu dente”.

Contudo, há alguns parágrafos que regulam a questão da indenização pecuniária. Tomemos como exemplo o parágrafo 209 que prescrevia uma indenização consistente em valor monetário da época e, assim foi redigido: § 209. “se um homem livre ferir a filha de um outro homem livre e, em consequência disso, lhe sobrevier um aborto, pagar-lhe-á 10 ciclos de prata pelo aborto”.

Neste aspecto, é importante trazer a colação os ensinamentos de Wilson Melo da Silva que, comentando o exemplo acima, assim prelecionou: “Não obstante, já encontramos, nesse mesmo Código, certos preceitos que, estabelecendo uma exceção ao direito de vindita, ordenava, em favor da vítima, o pagamento de uma indenização, o que denuncia um começo da ideia de que resultou modernamente a chamada teoria da compensação econômica, satisfatória, dos danos extrapatrimoniais”.¹

Pesquisando no tempo, vamos encontrar fragmentos de outras leis que contemplavam a possibilidade de reparação do dano, tais como o Código de Manu que, à semelhança do Código de Hamurabi, previa a reparação a uma lesão em valor pecuniário. Da mesma forma o Código de Ur-Nammu, cujos fragmentos, à semelhança da Lei das XII Tábuas, exprimia preocupações em coibir a vingança pessoal, substituída que era pela ação repressora do Estado, representado, à época, pela figura do monarca.

Discorrendo sobre o Código de Manu, Clayton Reis enfatiza que “era o rei quem impunha as penalidades previstas no Código. É o caso, por exemplo, do parágrafo 224, no qual o rei ficava autorizado a impor pesada multa àquele que desse, em casamento, uma ‘donzela com defeitos’, sem antes haver prevenido o interessado”.²

Passando pela Grécia que, além dos ensinamentos humanísticos, políticos e filosóficos, nos legou também, pelo que se tem notícias, um sistema jurídico que atingiu grande evolução, chegamos a Roma, onde a legislação referente à reparação do dano ganha mais nitidez, seja, inicialmente, através da “Lei das XII Tábuas”, seja, ao depois, pela edição da *Lex Aquilia* e pela legislação Justiniana.

Ao que se depreende, a Lei das XII Tábuas foi editada como resultado da luta por igualdade levada a cabo pelos plebeus em Roma. Ao que parece, a escola tradicionalista atribuiu ao tribuno da plebe, Gaio (ou Terentilo) Arsa a criação de uma magistratura no ano de 461 a.C., encarregada de fazer redigir uma forma de lei que diminuísse o arbítrio dos cônsules.

1 *O dano moral e sua reparação*, p. 15

2 *Dano moral*, p. 13

Teria sido enviada à Grécia uma comissão com a finalidade de estudar as leis de Sólon. Dois anos depois teria sido nomeada uma magistratura extraordinária composta por dez membros, os decênviros (dez varões), que teria redigido, posteriormente, a nomeada Lei das XII Tábuas.

É interessante notar que, na Tábua VIII, no capítulo que trata dos delitos, encontram-se claramente dispostos diversos apenamentos que estão a indicar que já se compensavam os danos morais. Neste aspecto é importante salientar o Inciso III, dentre outros, que preceituava que, pela fratura de um osso de um homem livre, pena de trezentos “as”, se de um escravo, pena de cinquenta “as”.

Assim, mesmo antes da edição da *Lex Aquilia*, já em Roma se encontravam disciplinadas as questões atinentes ao ressarcimento de danos como decorrência de ofensas morais. Contudo, foi “a partir da Lei *Aquilia* (286 a.C.) e, principalmente, com a legislação de Justiniano que houve uma ampliação no campo da reparabilidade do dano moral”.³

É da época de Justiniano a criação pretoriana do *actio injuriarum aestimatoria*, cujo processo se assemelhava ao arbitramento, na medida em que a vítima, sob juramento, estimava um valor que correspondesse à sua satisfação quanto à reparação do dano. Tal processo “era simples e curioso: O ofendido, deduzindo seu pedido e especificando nele a lesão de que se queixava, reclamava, desde logo, o pagamento de uma certa pecúnia. E o juiz, ao tomar conhecimento do pedido e caso desse pela procedência do mesmo, condenava o culpado ao pagamento da quantia pedida, aceitando-a no *quantum* arbitrado pela parte ou modificando-a, a seu critério”,⁴ aí se vislumbrando claramente, o princípio da equidade, pela qual caberia ao Estado-juiz delimitar a quantia a ser despendida como indenização.

Alguns autores chegam mesmo a afirmar que no sistema romano a reparação do dano se impunha, não importando a que título havia se dado a lesão, ou seja, demonstrada a ocorrência do fato delituoso, impunha-se a obrigatoriedade de reparação.⁵ Esta noção está muito presente na Lei das XII Tábuas. Pode-se até mesmo afirmar que “a responsabilidade era objetiva, não dependia da culpa, apresentando-se apenas como uma reação do lesado contra a causa aparente do dano”.⁶

Pode-se então concluir que os fundamentos da moderna noção da responsabilidade civil, em que pese a evolução natural ocorrida no curso da história, encontra seus alicerces nas legislações citadas e, mais notadamente, no Direito Romano.

3 Humberto Theodoro Junior. *Dano Moral*, p. 3.

4 Wilson Melo da Silva, *op. cit.* p. 23.

5 Clayton Reis, *op. cit.* p. 19.

6 Maria Helena Diniz. *Responsabilidade civil*, p. 11.

É de suma importância constatar a evolução, no tocante à aplicação da pena para reparação de dano que, do estímulo à vingança perpetrado na máxima do “olho por olho”, evoluiu para a renúncia ao sentimento de vindita passando-se a buscar a reparação tão somente no atingimento do patrimônio do lesante, tudo com a devida intermediação do Estado que “passou a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos, obrigando a vítima a aceitar a composição, renunciando à vingança”.⁷

Embora palpitante adentrar nesta viagem do tempo, o que nos deixa tentado a ser prolixo, cumpre destacar que, naquilo que pertine ao presente estudo, estas rápidas pinceladas são suficientes aos fins a que se destina, razão porque, para aqueles que tiverem seu interesse despertado pelo estudo, seja na antiguidade, seja na contemporaneidade de nossos dias, sugerimos a obra do professor Wilson Melo da Silva⁸, na qual o insigne mestre faz um amplo e bem apanhado resumo histórico, assim como nos remete ao direito contemporâneo, analisando a questão dos danos morais nas legislações de países como a França, Alemanha, Itália e tantos outros, chegando ao requinte de acrescentar algumas notas sobre a questão nas legislações de países como a Turquia, o Líbano, a Etiópia, indo até ao direito soviético.

2. Conceito de dano moral

No conceito de dano moral encontramos definições para todos os gostos. Neste particular aspecto a doutrina é pródiga, porém, em que pese pequenas *nuances*, há uma concordância quanto a classificar a lesão que possa autorizar a indenização por danos morais, como aquela que atinge o âmago do indivíduo, causando-lhe dor (incluindo-se aí a incolumidade física), sofrimento, angústia, vexame ou humilhação e, por se passar no íntimo das pessoas, torna-se insusceptível de valoração pecuniária adequada, razão porque o caráter da indenização é o de compensar a vítima pelas aflições sofridas e de lhe subtrair o desejo de vingança pessoal.

Nos ensinamentos de Wilson Melo da Silva os danos morais são definidos como sendo as “lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”. Para melhor explicitar o seu pensar, complementa: “Danos morais, pois, seriam, exemplificadamente, os decorrentes das ofensas à honra, ao decoro,

7 Ibidem, p. 10.

8 *O dano moral e sua reparação*. Edição histórica, Forense, 1999.

à paz interior de cada qual, às crenças íntimas, à liberdade, à vida, à integridade corporal”.⁹

Para Sergio Cavalieri Filho, o dano moral, à luz da Constituição Federal vigente, nada mais é do que a violação do direito à dignidade. Definindo melhor o alcance do preceituado esclarece que “hoje o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos – os complexos de ordem ética -, razão pela qual revela-se mais apropriado chamá-lo de dano imaterial ou não patrimonial, como ocorre no direito português”. Para ao depois concluir que “em razão dessa natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização”.¹⁰

Cabe destacar que durante longo período, a aceitação da tese da reparabilidade do dano moral no Brasil, esteve restrita única e exclusivamente às pessoas naturais e individualmente consideradas. Contudo, esta questão foi sendo superada após o advento da Constituição de 1988 porquanto a mesma, ao tratar da matéria, não fez nenhuma distinção entre pessoa física e pessoa jurídica, surgindo daí a tese da aceitação da reparação por danos morais para as pessoas jurídicas e para a coletividade.

Tanto é verdade que hoje não mais se discute se a pessoa jurídica é passível de sofrer dano moral ou não. Esta questão está pacificada nos nossos tribunais, tanto que o E. Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 227 deixando assentado que a pessoa jurídica pode sofrer danos morais. Não bastasse isto, o novo Código Civil, ao tratar das pessoas jurídicas, estabeleceu que “aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade” (art. 52).

Nessa perspectiva Maria Helena Diniz, escudando-se também em Wilson Melo da Silva, preleciona: “O dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo”. Para ao depois arrematar que o dano moral pode consistir na lesão a um interesse jurídico extrapatrimonial relacionado aos “direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou aos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família)”, além daqueles que decorrem do valor afetivo atribuído a qualquer bem material, caso em que a sua perda pode vir a representar um menoscabo.¹¹

9 *O dano moral e sua reparação*, p. 2.

10 *Programa de responsabilidade civil*, p. 85 e 86.

11 *Curso de direito civil brasileiro - Responsabilidade Civil*, p. 81 e 83, v. 7.

Ocorre que outro aspecto ligado ao tema merece reflexão: o dano moral coletivo. Foi também após a promulgação da Constituição Cidadã e a partir do alargamento da conceituação do dano moral, que se pôde cogitar de dano moral coletivo, enquanto lesão aos interesses transindividuais de uma determinada coletividade, possibilitando, assim, sua aplicação no campo dos chamados interesses difusos e coletivos, especialmente nas agressões ao meio ambiente (natural, artificial e do trabalho), aos consumidores e aos direitos fundamentais da pessoa humana.¹²

Desta forma, se faz necessário ampliar o conceito inicialmente apresentado para contemplar, além da pessoa natural, a pessoa jurídica e a coletividade, de sorte a afirmar com Limongi França, que dano moral é “aquele que, direta ou indiretamente, a pessoa física ou jurídica, bem assim a coletividade, sofre no aspecto não econômico dos seus bens jurídicos”.¹³

Com o advento da Constituição de 1988 e da legislação infraconstitucional dela decorrente, especialmente o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e o Código Civil (Lei nº 10.406/02), cotejando os avanços doutrinários e jurisprudenciais, ousamos afirmar que o dano moral é toda agressão injusta aos bens imateriais, tanto de pessoa física quanto de pessoa jurídica, assim como da coletividade, insusceptível de quantificação pecuniária, porém indenizável com tríplice finalidade: satisfativo para a vítima, dissuasório para o ofensor e de exemplaridade para a sociedade.

3. Da caracterização do dano moral

Na vida moderna há o pressuposto da necessidade de coexistência do ser humano com os dissabores que fazem parte do dia a dia. Desta forma, alguns contratempores e transtornos são inerentes ao atual estágio de desenvolvimento de nossa sociedade.

Neste sentido, como alerta Antonio Chaves, há que se ter prudência de tal sorte que não venha a se reconhecer a existência de dano moral em “todo e qualquer melindre, toda suscetibilidade exacerbada, toda exaltação do amor-próprio pretensamente ferido, a mais suave sombra, o mais ligeiro roçar das asas de uma borboleta, mimos, escrúpulos, delicadezas excessivas, ilusões insignificantes desfeitas, possibilitando sejam extraídas da caixa de Pandora do direito, centenas de milhares de cruzeiros”.¹⁴

12 Nesse sentido ver especialmente CF, arts. 1º, III e 5º; a Lei nº 7.347/85, art. 1º (com redação determinada pela Lei nº 8.884/94) e a Lei nº 8.078/90, art. 6º.

13 Reparação do dano moral, *Revista dos Tribunais* nº 631, 1988, p. 31.

14 *Tratado de Direito Civil*, vol. III, p. 637.

Aguiar Dias, em sua obra de antes da metade do século passado, com lastros da doutrina dos irmãos Henri e Leon Mazeaud, já advertia que “a medida que a civilização se desenvolve, tornam-se mais e mais complexas as relações sociais, com interpenetração cada vez mais profunda dos círculos de atividade jurídica de cada um. É inevitável, em tais condições, o atrito de interesses, cada vez mais intenso, desdobrando-se em problemas de responsabilidade civil”.¹⁵

Muitos doutrinadores consideram árdua a tarefa de separar o joio do trigo, isto é, delimitar, frente ao caso concreto, o que venha a ser dissabores normais da vida em sociedade ou danos morais. Esta questão é das mais tormentosas, exatamente por não existirem critérios objetivos definidos em lei, de tal sorte que o julgador acaba por buscar supedâneo na doutrina e na jurisprudência para aferir a configuração ou não do dano moral. De toda sorte, o que se recomenda na avaliação do dano moral é prudência e bom senso de tal sorte que se possa, considerando o homem médio da sociedade, ver configurado ou não a lesão a um daqueles bens inerentes à dignidade humana de que a Constituição nos fala.

De outro lado, dentre os vários elementos que norteiam a caracterização do dano moral, há que se destacar a dor (tanto física quanto moral), como um dos elementos essenciais para a determinação da sua existência. Embora não se possa medir a extensão da dor de quem tenha sido lesionado, é evidente, por exemplo, a dor (moral) dos pais pela morte violenta de um filho, assim como dor (física), o sofrimento ou complexo de quem sofreu uma agressão da qual lhe restou uma cicatriz (dano estético). Em casos como estes, apenas para exemplificar, não há dúvidas, os atingidos sentirão grande aflição e dor, ainda que se possa considerar as variáveis de suscetibilidade de pessoa para pessoa.

Nestas circunstâncias, podemos identificar o dano moral como decorrência da atuação direta sobre a órbita do próprio ofendido (aquele que sofreu um dano estético) e o dano moral indireto como reflexo da atuação sobre a órbita jurídica de determinada pessoa, porém se fazendo sentir em outra (os pais em razão da perda de um filho). No primeiro caso temos o dano moral direto, ou puro; e, no segundo caso, o dano moral indireto, também chamado de reflexo ou a ricochete. Algumas vezes o dano moral reflexo pode representar dano material, como no caso de ataque à reputação de um profissional, que atinge sua personalidade e se constitui em dano moral direto, mas, reflexamente atinge também seu patrimônio na exata medida em que pode representar afetação à sua órbita negocial.

15 *Da responsabilidade Civil*, p. 18.

Contudo, é importante salientar que não é somente a dor (física ou moral) o elemento que caracteriza o dano moral e o correspondente dever de indenizar. Aliás, no passado o grande argumento para negar o direito à indenização por dano moral era lastreado no fato de que “seria imoral indenizar-se a dor”.

Modernamente diversas situações caracterizam dano moral, independentemente da existência do elemento dor, pois tudo aquilo que molesta a alma humana e fere valores inerentes à personalidade, qualifica-se, via de regra, como dano moral, podendo, quando muito, enumerá-las exemplificadamente tais como a tristeza, a angústia, a humilhação, o constrangimento, o desprestígio, a desconsideração, a violação da intimidade, a invasão de privacidade, o ataque à honra e ao bom nome, o uso indevido de imagem, dentre tantas outras.

4. Por que indenizar o dano moral?

Como ensina Caio Mário da Silva Pereira, “o fundamento da reparabilidade pelo dano moral está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos”.¹⁶

Nunca é demais recordar que a dignidade da pessoa humana foi elevada a um dos fundamentos básicos do Estado brasileiro. Veja-se que na Constituição Federal de 1988 o legislador constituinte fez insculpir, já no artigo primeiro, dentre os fundamentos sobre os quais se assenta o Estado Democrático de Direito, a dignidade humana.¹⁷ Desta forma, temos atualmente o que se pode chamar de direito subjetivo constitucional à dignidade,¹⁸ com reflexos inevitáveis na conceituação de dano moral, na exata medida em que os valores que compõem a dignidade humana são exatamente aqueles que dizem respeito aos valores íntimos das pessoas, tais como o direito à vida, à liberdade, à intimidade, à privacidade, à honra, ao bom nome e outros inerentes à dignidade humana que, em sendo violados, haverão de ser reparados pela via da indenização por danos morais.

Temos certeza em afirmar que se fosse dada oportunidade de escolha aos lesados, seguramente eles desejariam que não tivesse ocorrido o dano. Contudo, independentemente da vontade das pessoas, danos ocorrem, sendo natural que o sentimento de justiça presente em cada cidadão faça surgir a necessidade de

16 *Responsabilidade Civil*, p. 54.

17 CF - Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

18 Sergio Cavalieri Filho, *op.cit.*, p. 85.

“uma vez verificada a existência do dano, e sendo alguém responsável pela lesão de direito ocorrida, há que se buscar uma solução para o evento danoso” de tal forma a que se procure “compôr a ordem que foi quebrada, o direito que foi ofendido”.¹⁹

Tendo ocorrido o dano é necessário que haja no ordenamento jurídico instrumentos hábeis à satisfação do lesado, pois “seria escandaloso que alguém causasse mal a outrem e não sofresse nenhum tipo de sanção; não pagasse pelo dano inferido”.²⁰ Em outras palavras, o princípio que fundamenta o dever de indenizar por dano moral se encontra centrado no fato de que a todo dano injusto deve corresponder um dever de reparação.

Ademais, não se pode descurar do caráter penal que a condenação por dano moral deve conter. Além do caráter compensatório é certo que “quem exige uma reparação do dano moral sofrido não visa tanto a recomposição do seu equilíbrio de afeição ou sentimento, impossível de conseguir, como infligir, por um sentimento de represália inato, ao seu ofensor, uma punição, por precária que seja, que, na maior parte das vezes, não encontra outro parâmetro senão em termos pecuniários”.²¹

Martinho Garcez Neto defende que a função penal, da condenação por dano moral, pode e deve ser encarada como algo altamente moralizador, na medida em que, atingindo o patrimônio do agressor com a sua consequente diminuição, estaria, frente à luz moral e da equidade, cumprindo a mais elementar noção de justiça: estar-se-ia punindo o ofensor para que o bem moral seja respeitado e, mais importante, fazendo calar o sentimento de vingança do ofendido, sentimento este inato em qualquer pessoa, por mais moderna e civilizada que possa ser.²²

Nessa mesma linha de raciocínio, o magistrado José Luiz Gavião de Almeida deixou assentado, de maneira categórica, que “a reparação dos danos morais não busca reconduzir as partes à situação anterior ao dano, meta impossível. A sentença visa deixar claro que a honra, o bom nome e a reputação da vítima restaram lesionados pela atitude inconsequente do causador do dano. Busca resgatar o bom conceito de que se valia o ofendido no seio da sociedade. O que interessa, de fato, é que a sentença venha declarar a idoneidade do lesado; proporcionar um reconforto à vítima, e, ainda, punir aquele que agiu, negligentemente, expondo o lesado a toda sorte de dissabores”.²³

19 João Casillo. *Dano à pessoa e sua indenização*, p. 77.

20 Antonio Jeová Santos. *Dano moral indenizável*, p. 62.

21 Antonio Chaves. *Tratado de Direito Civil*, v. 3, p. 634.

22 *Prática de responsabilidade civil*, p. 51.

23 (1º TaCivil – Ap. nº. 825.862-2, - j. 09.10.2001 - LEX-JTACSP, v. 193, p. 193).

Também na mesma direção, ainda que tratando especificamente da honra, o magistrado paulista Ênio Santarelli Zuliani nos brinda com uma pérola que deveria, tal qual um farol, iluminar e indicar a direção a toda a magistratura, naquilo que pertine ao tema, vejamos: “A honra, embora conceito abstrato, incorporou-se na anatomia do ser que é sujeito de direito de personalidade e ganhou função orgânica por constituir o fluido da felicidade ou alimento da dignidade humana (art. 1º, III, da CF) e os Magistrados devem reparar uma ofensa à honra com a mesma eficiência e rapidez com que os médicos estancam uma hemorragia sanguínea. A alma perece com a honra afrontada e sepulta o encanto da vida. Sociedade povoada com homens infelizes, doentes de espírito, não evolui; retroage à barbárie”.²⁴

Discorrendo sobre esse duplo caráter da indenização por dano moral, punitivo-compensatório, Caio Mário da Silva Pereira deixa claro que, em se tratando de dano moral, “o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: ‘caráter punitivo’ para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o ‘caráter compensatório’ para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido”.²⁵

De sorte que se pode concluir, utilizando as sábias palavras de Artur Oscar de Oliveira Deda: “Quando a vítima reclama a reparação pecuniária de dano moral, não pede um preço para sua dor, mas, apenas, que se lhe outorgue um meio de atenuar, em parte, as consequências da lesão jurídica. Na reparação dos danos morais, o dinheiro não desempenha a função de equivalência, como, em regra, nos danos materiais, porém, concomitantemente, a função satisfatória e a de pena”.²⁶

24 Dano moral era da jurisprudência. *Revista Síntese* nº 13, set./out.2001, p.20.

25 *Responsabilidade civil*, p. 55.

26 Citado por Antonio Chaves. *Tratado de direito civil*, v. III, p. 637.

Histórico do dano moral no Brasil

1. Antes da Constituição Federal de 1988

A história do dano moral no Brasil para ser bem estudada, deve ser dividida em dois períodos bem distintos, quais sejam: antes da Constituição Federal de 1988 e após o advento da mesma.

Nesta primeira parte, faremos um breve estudo histórico do tema à luz da legislação, jurisprudência e doutrina que vigeram até a promulgação da nossa Constituição Cidadã (conforme definição dada à atual Carta Magna pelo saudoso Ulysses Guimarães), para, no próximo tópico, nos determos na análise atual do instituto *sub oculum*.

1.1 No Código Civil de 1916

Na dicção de Clóvis Beviláqua, com a autoridade de quem foi o autor do projeto que resultou no Código Civil de 1916, assim como outros autores, a regra que permite buscar a reparação por danos morais estaria inserta no art. 76 do Código Civil, em cuja inspiração se baseia para afirmar que a nossa antiga lei substantiva já contemplava o dano moral em seu ordenamento.²⁷

Muitos divergem dessa interpretação, principalmente por considerarem que tal dispositivo está deslocado dentro do Código Civil, pois tratar-se-ia de norma de direito eminentemente processual e que a indenização por dano moral estaria autorizada pelo preceituado no art. 159 do mencionado *Civile Codex* porquanto ao referir-se à “violação de um direito” teria abrangido todas as lesões, inclusive as puramente morais.²⁸

27 Código Civil de 1916 - Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral.

Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família.

28 Código Civil de 1916, art. 159: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano

Há outros dispositivos no velho Código nos quais diversos doutrinadores encontraram vestígios da presença do dano moral. José de Aguiar Dias, o mais referenciado mestre da responsabilidade civil no Brasil, comentando os artigos que, a seu ver, continha previsão essencialmente de dano moral, destaca os arts. 1.548 e 1.549, que tratavam dos atos ilícitos contra a honra da mulher, para afirmar que “a questão, aliás, se prende intimamente à matéria de dano moral, e deve ser estudada sob esse aspecto”.²⁹

Da mesma forma Wilson Melo da Silva destaca os casos que considera ser expressamente moral, dentre estes aqueles insertos no livro das obrigações do vetusto Código, destacando “os que dizem respeito aos danos não econômicos, resultantes da calúnia e injúria (art. 1.547), do valor de afeição (art. 1.548), à liberdade (art. 1.550), das feridas físicas (art. 1.538) etc.”. Se dúvida restar, a mesma se esclarece rapidamente, pois o ilustre doutrinador, logo em seguida, contradizendo aqueles que discordam de sua tese, faz uma indagação esclarecedora: “que espécie de indenização então seria, v.g., aquela mandada pagar, pelo legislador, ao lesado, cumulativamente com as perdas e danos, na hipótese de ofensa à sua liberdade pessoal (art. 1.550), e aquela outra atribuída, pelo art. 1.549, à vítima de ultraje ao pudor?”³⁰

Destaca ainda o saudoso mestre, outro aspecto da lei referenciada. Aquele que diz respeito à regra do art. 1.553 que abrangeria não somente os casos citados, mas também outros que não tenham sido claramente especificados, visto que seu caráter amplo, permitindo o arbitramento para os casos não previstos, segundo sua própria linguagem, não pode deixar ninguém em dúvida de que o legislador brasileiro não restringiu “a reparação apenas àqueles danos por ele regulamentados”,³¹ sendo este mais um argumento no sentido de que o Código Beviláqua contemplou em seu texto a possibilidade de indenização por danos morais.

1.2 Na legislação esparsa

Anteriormente à Constituição Federal de 1988 é possível encontrar diversos institutos que regularam a matéria do dano moral, ainda que de forma tópica e pontual, de tal sorte que é importante para o presente estudo destacar algumas leis esparsas que trataram do assunto.

Nesse passo, merece destaque o histórico Decreto-Lei nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912, que regulou a responsabilidade civil das estradas de ferro no

29 *Da responsabilidade civil*, p. 388.

30 *O dano moral e sua reparação*, p. 490.

31 *Ibidem*, p. 494.

Brasil. Registre-se que esta lei é considerada por muitos como o marco histórico do reconhecimento do dano moral no direito brasileiro. Realmente, sua importância foi tão significativa que a sua aplicação acabou por ser estendida, pelos Tribunais, a todas as questões relacionadas com as atividades de transportes.

Referida lei acolhe, ainda que por vias transversas, a reparação por danos morais ao preceituar, em seu art. 21 que “no caso de lesão corpórea ou deformante, à vista da natureza da mesma e de outras circunstâncias, especialmente a invalidez para o trabalho ou profissão habitual, além das despesas com tratamento, e os lucros cessantes, deverá pelo juiz ser arbitrada uma indenização conveniente”.

Dois aspectos importantes ressaltam do referenciado artigo da Lei. Primeiramente que há uma imposição, dirigida ao julgador, de que deverá arbitrar uma indenização conveniente, logo de se concluir que não se trata de mera faculdade. De outro lado que, conforme o escólio de Arnaldo Marmitt, deve ser somada às despesas com tratamento e os lucros cessantes, uma “indenização conveniente”. E conclui o citado mestre, “como na lei não há palavras inúteis, essa ‘indenização conveniente’, a que se refere o legislador, só pode ser pertinente aos *pretium doloris*”.³²

Importante também destacar o contido no art. 22 do mesmo diploma legal, que expressamente diz “no caso de morte, a estrada de ferro responderá por todas as despesas e indenizará, a arbítrio do juiz, a todos aqueles aos quais a morte do viajante privar de alimento, auxílio e educação”.

Outro aspecto interessante que merece trazer a lume é o fato de que a responsabilidade do transportador, segundo o teor da mencionada Lei, é objetiva, não havendo que perquirir sobre a culpa, fato extremamente relevante, se considerarmos a data de edição da lei.

No mesmo diapasão, o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117, de 27 de agosto de 1962)³³, que nos seus artigos (81 a 88)³⁴ admitiam expressamente a indenização por danos morais, e o fazia de maneira indiscutível. Como exemplo vejamos o art. 81, que em seu *caput* dispunha: “Independentemente de ação penal, o ofendido pela calúnia, difamação ou injúria, cometida por meio de radiodifusão, poderá demandar, no juízo cível, a reparação por dano moral...” Da mesma forma o art. 84 também fazia expressa menção ao dano moral ao prescrever: “Na estimação do dano moral, o juiz...”.

32 *Dano moral*, p. 58.

33 Os artigos 1º a 51 foram revogados pela Lei 9.472, de 16 de julho de 1997.

34 Referidos artigos foram revogados pelo Decreto-lei 236, de 28 de fevereiro de 1967.

Também importante e merecendo análise, a chamada Lei de Imprensa (Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967)³⁵, que foi editada para regular a manifestação do pensamento e de informação. Esta lei enfrentou diretamente a questão da indenização por danos extrapatrimoniais ao preceituar, expressamente, que aquele que no seu exercício, com dolo ou culpa, violar ou causar danos, estará obrigado a repará-los, não só os danos materiais quanto os danos morais, conforme se depreende do art. 49,³⁶ cuja leitura, se recomenda, deva ser feita em conjunto com o art. 12,³⁷ do mesmo diploma legal.

Destacando a importância da Lei nº 5.250/67, Rui Stoco assim se manifestou: “A Lei de Imprensa rompeu com o direito anterior para inovar em matéria de responsabilidade civil, tal qual já o fizera a revogada Lei 4.117, de 17.08.1962, que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações”.³⁸

Pleno de razão o ilustre magistrado paulista. Tanto a Lei de Imprensa quanto o Código Brasileiro das Telecomunicações cumpriram papel importantíssimo na jurisprudência brasileira visto que fixaram alguns parâmetros e criaram uma tarifação, que, até recentemente, nortearam a atuação do judiciário brasileiro, no tocante à fixação do *quantum* indenizatório, razão porque voltaremos a abordar estes dois institutos ao tratarmos do capítulo referente ao “quantum” a ser arbitrado nas ações de indenização por danos morais.

Diversas outras leis versaram sobre o assunto anteriormente à Constituição Federal de 1988 e, à guisa de referência histórica, podemos mencionar a Lei de Falências (Decreto Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945); o Código Eleitoral (Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965); e, a Lei dos Direitos Autorais (Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973). Até mesmo a Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT (Decreto Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943), continha previsão nesse

35 Em 30 de abril de 2009, por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou que a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) é incompatível com a atual ordem constitucional (Constituição Federal de 1988). Os ministros Eros Grau, Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Celso de Mello, além do relator, ministro Carlos Ayres Britto, votaram pela total procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130. Os ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes se pronunciaram pela parcial procedência da ação e o ministro Marco Aurélio, pela improcedência.

36 Art. 49. Aquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar:
I - os danos morais e materiais, nos casos previstos no artigo 16, nºs II e IV, no artigo 18 e de calúnia, difamação ou injúrias;
II (omissis)

37 Art. 12. Aqueles que, através dos meios de informação e divulgação, praticarem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação ficarão sujeitos às penas desta Lei e responderão pelos prejuízos que causarem.

38 *Tratado de responsabilidade civil*, p. 1428

sentido, pois ao preceituar, em seu art. 483, que o “empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização, quando praticar o empregador ou seus prepostos contra ele ato lesivo da honra e da boa-fama”, estava claramente se referindo à indenização por dano moral.

1.3 Na jurisprudência

A Jurisprudência brasileira, antes da Constituição de 1988, era majoritariamente contrária ao reconhecimento do dano moral puro. Houve três estágios: num primeiro momento a negativa era total; ao depois passou-se a aceitar a indenização, porém condicionada a determinados eventos; e, ao depois a tese passou a ter uma maior aceitação, porém não ampla e irrestrita.

Nos ensinamentos do Des. Marcelo Fortes Barbosa, ao fazer uma análise da evolução da jurisprudência brasileira, destaca que é imperioso verificar que, num primeiro momento, “a tese vencedora era a que proclamava a irressarcibilidade do dano moral, inclusive no STF (RF 138/452, cuja ementa é a seguinte: “Não é admissível que os danos morais deem lugar à reparação pecuniária, se deles não decorre nenhum dano material”). Ao depois, os Tribunais passaram a “admitir indenização quando o menor trabalhasse; todavia, não se cogitava de dano moral, mas de dano patrimonial (RT 226/204)”.³⁹

Nota-se que, ainda que o dano fosse efetivamente moral, dava-se o nome de dano patrimonial pela indenização, ao argumento de que seria imoral indenizar a dor.

Aos poucos, conforme nos relata Carlos Roberto Gonçalves,⁴⁰ a questão foi evoluindo, chegando à fase da “reparabilidade do dano moral, admitindo-se a indenização ainda quando o menor era simplesmente consumidor, isto é, não trabalhava ou era de tenra idade. Tal orientação, predominante no Supremo Tribunal Federal, foi enunciada na Súmula 491”.⁴¹

A evolução continuou e conforme nos dá conta Wilson Melo da Silva, “a tese da reparabilidade dos danos morais não tem cessado de se multiplicar, como se vê nestes novos acórdãos de vários tribunais locais e, também, do Supremo Tribunal Federal”.⁴² Daí relaciona diversas ementas de acórdãos que reforçam sua tese, dentre os quais, destacamos um do Ministro Aliomar Baleeiro, que se

39 Responsabilidade civil e penal por dano moral. *Revista de Direito Mackenzie* nº 2/2000, p. 119.

40 *Responsabilidade Civil*, p. 404.

41 Súmula STF nº 491 - É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado.

42 *O dano moral e sua reparação*, p. 546.

nos afigura oportuno: “O dano moral é ressarcível. A corrente que lhe restringe a ressarcibilidade é contrária à lei e à lógica jurídica. A regra geral é a da responsabilidade plena, não havendo como confundir o princípio da liquidação, com o princípio atinente ao direito de reparação” (Ac. De 26.4.1966, in Rev. Forense, vol. 217/67).

Informa Marcelo Fortes Barbosa que “a tese da reparabilidade do dano moral, sem qualquer ressalva, sem nenhuma divergência, e sem entrar em justificativas que implicassem em restrições à sua admissibilidade, foi proclamada em acórdão unânime do Tribunal Pleno, relatado pelo ilustre Moacyr Amaral Santos (RTJ 56/733), orientação reafirmada em outras decisões do Pretório Excelso (RTJ 57/786; 62/102; 62/255)”.⁴³

Apesar da evolução jurisprudencial ter sido lenta, no sentido do reconhecimento da tese da reparabilidade do dano moral, encontramos decisões esparsas, que, de longa data, até de maneira visionária, reconhecia o dano moral puro e a necessidade de sua indenização.

Pesquisando na obra de Augusto Zenun, encontramos uma decisão do magistrado Raul de Souza Martins, datada de 1911, cujo trecho, pelo excepcional teor, se transcreve: “A reparação do dano moral, não há dúvida, é tão justamente devida como o dano material. As condições morais do indivíduo não podem deixar de merecer uma proteção jurídica igual a sua condição material, e quem por um ato ilícito a diminui deve necessariamente ser obrigado à reparação”.⁴⁴

Outro caso interessante é relatado por Ênio Santarelli Zuliani⁴⁵ dando conta que “o então juiz da Capital, Affonso José de Carvalho, lavrou sentença elogiada no prestigioso jornal ‘O Estado de São Paulo’ por condenar, em 1925, motorista que não diminuiu a carreira de seu auto, vitimando uma menina de seis anos de idade na rua Theodoro Sampaio. O curto diálogo do motorista com terceira pessoa, logo após o acidente, integrou os motivos da decisão. Ei-lo: Eu não disse a você que, com esta velocidade, aconteceria algum desastre? Ao que o réu respondeu: - Isso não tem importância. Trata-se de uma criança”. A crueldade do motorista, revelou-se na sua insensibilidade ao referir-se à morte da criança e, foi, certamente, a razão determinante para sua condenação.

Há muitos outros exemplos que, certamente, ajudaram a construir a teoria da aceitabilidade da reparação dos danos morais puros, porém os dois acima são bastante ilustrativos de tudo quanto exposto.

43 *Op. cit.*, p. 119.

44 *Dano moral e sua reparação*, p. 78.

45 *Dano moral e a era da jurisprudência. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil* nº 13, p. 20.