

CONCEITO, ESPÉCIES, REQUISITOS DO DANO MORAL E DE SEU RESSARCIMENTO

Rita de Cássia Franco Bôa SORTE¹
Gilmara Pesquero Fernandes Mohr FUNES²

RESUMO: O presente trabalho demonstra o que vem ser o dano moral, sua diferenciação com o dano estético e o dano material. Depois analisa várias espécies de dano moral, demonstrando situações onde é cabível como por exemplo nas relações de consumo, parentais de afeto, de trabalho e de crédito, bem como quando da ofensa à honra, imagem e intimidade, nos casos de morte e erro médico. Na seqüência foi analisada a possibilidade de reparação e quem são os sujeitos titulares desses direitos.

Palavras-chave: Dano moral. Espécies de dano. Requisitos do dano moral. Ressarcimento moral.

1 CONCEITO DE DANO MORAL

O dano moral é definido de forma unânime na doutrina como o dano que lesiona exclusivamente os sentimentos pessoais da vítima.

Nesse sentido, de acordo com o ensinamento de Caio Mário da Silva Pereira, o dano moral é: “qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária e abrange todo o atentado à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, à suas afeições, etc...” (1998, p. 54).

No mesmo sentido explica Antonio Jeová Santos:

¹ Discente do curso de direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP. Estagiária da Estagiária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo - rita_sorte@yahoo.com.br.

² Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” e Discente do Programa de mestrado em educação da UNOESTE – gilmara@unitoledo.br.

(...) o dano moral também acarreta um prejuízo. Porém, é valorado sob ótica não pecuniária, porque o dano moral resulta da lesão de um interesse espiritual que está relacionado com a intangibilidade da pessoa humana.

O que configura o dano moral é aquela alteração no bem-estar psicofísico do indivíduo. Se do ato de outra pessoa resultar alteração desfavorável, aquela dor profunda que causa modificações no estado anímico, aí está o início da busca do dano moral. (2003, p. 94/95).

Assim, verifica-se que o dano moral tem origem numa lesão que atinge a essência do ser humano, capaz de lhe causar sofrimento, humilhação, vexame, angústia, dor (inclusive física) e, portanto, torna-se de difícil valoração pecuniária.

Possível, pois, extrair-se desse conceito o caráter do dano moral, qual seja, o caráter punitivo da indenização, sem desviar-se do aspecto pedagógico da medida, a fim de desestimular o agente “agressor” à prática de novos atos lesivos. Assim, é a lição doutrinária (SANTOS, 2003, p. 159):

Se a indenização não contém um ingrediente que obstaculize a reincidência no lesionar, se não são desmanteladas as conseqüências vantajosas de condutas antijurídicas, se renuncia à paz social. A prevenção dos prejuízos, que constitui um objetivo essencial do direito de danos, ficaria como enunciado lírico, privado de toda eficácia.

Desta maneira, é possível notar que a indenização decorrente do dano moral visa, primordialmente, evitar que o agressor permaneça numa situação tal que não o impeça de reiterar os mesmos atos lesivos.

2 ESPÉCIES DE DANO MORAL

2.1 O Dano Moral nas Relações de Consumo

Com a promulgação da Constituição Federal de 1.988, o direito consumerista foi erigido a *status* de Direito Fundamental do indivíduo. De tal sorte, o

advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1.990), trouxe ao consumidor a proteção de direitos extrapatrimoniais, tais como, proteção à vida, à saúde e à segurança, bem como, à reparação integral dos danos, o que engloba os danos morais e materiais (artigo 6º, incisos I e VI). E, ainda, vai além, quando no artigo 17 protege, inclusive, aquele que foi exposto aos efeitos do acidente.

Importante acrescentar que o Código de Defesa do Consumidor é permeado pelo Princípio da Responsabilidade Objetiva do Fornecedor, traduzindo a idéia da Teoria do Risco da Atividade, estampada nos artigos 12 a 14, do diploma em questão. Com a adoção da Teoria Objetiva, o risco é do fornecedor do produto ou serviço, bastando ao consumidor provar a existência do dano e a relação de causalidade, não se discutindo, pois, a culpa ou o dolo daquele que tem o dever de indenizar. Sendo assim, verifica-se que não é mais o consumidor quem arca com os riscos do negócio.

Outro aspecto significativo da legislação protetiva do consumidor é a indenização devida por aquele que efetua a cobrança de dívida já quitada, bem como, nos casos em que a cobrança da dívida passa a ser exercida de maneira vexatória ao consumidor. Preocupado com isso, o legislador pátrio se encarregou de disciplinar, minuciosamente, todos os passos que antecedem o envio do nome do consumidor ao cadastro de inadimplentes. Nesse sentido, qualquer irregularidade pode ensejar a devida indenização por danos morais.

Ainda, cumpre estabelecer, que a indenização nas relações de consumo pode ter origem contratual (nesse caso exige-se que o produto ou serviço contratado pelo consumidor esteja mancomunado de algum vício), ou extracontratual (nesse ínterim, considera-se como consumidor toda a coletividade, bastando que o produto ou serviço colocado à disposição possa ocasionar risco à vida, saúde ou segurança do consumidor, não se exige, portanto, uma relação de consumo direta, protege-se a coletividade, enquanto pessoas consumidoras. Isso é explicável, pois ao colocar um produto/serviço no mercado de consumo, o fornecedor está obrigado ao dever de qualidade).

Ademais, insta salientar, que o dever de reparação do dano pelo fornecedor é integral, abrange não apenas os danos materiais, mas também os danos morais, nesse diapasão, são os danos reflexos, tais como, a morte ou a invalidez do consumidor.

2.2 O Dano Moral nas Relações Parentais e de Afeto

Inicialmente, é imprescindível consignar que o Código Civil, no Livro IV, quando trata do Direito de Família, não prevê indenização (material ou moral), por eventuais danos sofridos. Esse papel tem sido desenvolvido pela jurisprudência, através de nossos Tribunais.

De acordo com Nehemias Domingos de Melo (2004, p. 81), os tribunais brasileiros deveriam reconhecer às mulheres ou homens seviciados o direito à justa indenização, independentemente da correspondente Ação de Dissolução Matrimonial ou da União Estável, bem como, da Ação Penal. Nesse sentido, cita a lição de Rui Stoco, que defende ser a indenização devida, não em razão da dissolução da vida em comum, cujos incômodos são previsíveis, mas sim, por conta do sofrimento imposto a outrem de forma, no mínimo, culposa.

Outra causa que justifica a indenização moral nas relações afetivas é a difamação, que é capaz de afetar a vida social e profissional do agredido, além de ser causa justa para a dissolução da sociedade conjugal, na modalidade de separação-sanção. Importante esclarecer que o simples caso de desamor não enseja a indenização. Contudo, não se pode negar a indenização ao cônjuge que, saindo de uma relação conjugal, tenha sido injuriado, traído, agredido ou, tenha sofrido perda do patrimônio comum.

Ainda há quem defenda a possibilidade de indenização nos casos de adultério, por se tratar de descumprimento do dever conjugal.

Outra causa que enseja a indenização é o descumprimento do dever de alimentar que, aliás, é tratado de forma bastante austera na Carta Magna, permitindo a prisão civil do devedor de alimentos. Várias são as razões para se permitir a indenização. Uma delas é a afronta a um dever que, acima de legal, é moral. Outra razão é quando a escusa ao dever de prestar alimentos se demonstra fraudulenta. A justa indenização, assim, servirá para confortar o alimentado, bem como, para coagir o devedor a não reincidir nessa prática.

No caso do desfazimento de noivado, a doutrina é bastante divergente. Parte dela entende que o rompimento, sob a óptica dos esponsais (instituto não recepcionado pela legislação brasileira), causa grande humilhação e ataca a honra do parceiro vitimado, principalmente quando todas as providências de praxe já foram adotadas.

De acordo com outra parcela da doutrina, a retratação (ou o rompimento do noivado), é um direito que pode ser praticado até instantes antes da celebração do matrimônio e, como tal, não pode ensejar punição àquele que o exercita. Ademais, não pode ser admitida a indenização, especialmente, porque tal é incabível quando do rompimento imotivado da relação conjugal. Por isso, aceitar a indenização moral nos casos do rompimento de noivado seria visivelmente desproporcional, principalmente porque o noivado não implica em obrigação ao casamento.

2.3 O Dano Moral nas Relações de Trabalho

O dano moral trabalhista está relacionado à exposição dos empregados a situações humilhantes, que se repetem e prolongam durante toda a jornada de trabalho ou exercício das funções. São palavras depreciativas e discriminatórias, proferidas pelo empregador contra o empregado, que ferem a dignidade e atacam a intimidade do indivíduo.

Além disso, o dano moral trabalhista também estará configurado nos casos de assédio sexual, que possui, inclusive, tipificação penal (artigo 216-A, do Código Penal). Sendo o assédio sexual praticado pelo empregador, o empregado assediado pode pedir, além da indenização pelo dano moral sofrido, a rescisão indireta do contrato de trabalho, com base no artigo 483, alínea 'e', da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). Se o assédio sexual for praticado por outro empregado, desde que em posição hierarquicamente superior, o empregado assediado poderá requerer a indenização por dano moral. Ademais, para o empregador, nesses casos, surge a possibilidade de dispensar o empregado transgressor da norma penal por

justa causa, consoante dispõe o artigo 482, aliena 'b', da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

Nada obstante, a maior parte das indenizações por danos morais no campo do direito do trabalho, é embasada nas dispensas injustificadas, nas imputações aos empregados da prática dos delitos de roubo, furto ou apropriação indébita de coisas da empresa ou de outros empregados.

A origem do dano moral pode ser pré ou pós-contratual. No caso de ser pré-contratual, ou anterior à relação empregatícia, o dano configura-se quando, por exemplo, a não admissão tiver uma justificativa discriminatória.

Para ter direito à indenização, o empregado deve demonstrar a presença de todos os requisitos da responsabilidade civil, quais sejam, a conduta do agressor, a culpa, o dano e o nexo de causalidade. Há, ainda, uma peculiaridade, além dos requisitos, que é o contexto da relação jurídica de emprego.

2.4 O Dano Moral nas Relações de Crédito

O uso dos sistemas das entidades de proteção ao crédito por parte das empresas é permitido, tratando-se de verdadeiro direito, tanto o é, que o artigo 43, do Código de Defesa do Consumidor, reconheceu o caráter público de tais entidades.

Entretanto, quando a inclusão do nome do cliente ocorrer de forma irregular, seja pela desorganização ou impessoalidade da empresa, caracterizado está o abuso no exercício do direito, de maneira que a indenização por danos morais passa a ser devida, pois o consumidor é exposto a grande constrangimento.

Outro caso de abuso do direito é a situação que se verifica em algumas empresas que se valem das instituições protetivas do crédito, a fim de fazer ameaças, obrigando o devedor ao pagamento da dívida. Ora, essas instituições não podem ser instrumentos de coação, sobretudo quando houver discussão (judicial, e até mesmo administrativa), acerca da legitimidade e extensão do débito.

Outro ponto importante é que a cobrança jamais poderá ser vexatória (artigo 42, do Código de Defesa do Consumidor), o que também configura abuso no exercício do direito. Há, ainda, que mencionar sobre a cobrança de dívida já paga, cuja inclusão do nome do devedor nos cadastros de proteção ao crédito, configura ato ilícito, o que autoriza a indenização por danos morais.

Apesar da indenização, a reparação do dano jamais será em espécie, por isso, ela sempre servirá para compensar a humilhação e vexação sofrida por aquele que teve, injustamente, o seu crédito abalado.

2.5 O Dano Moral por Ofensa à Honra, à Imagem e à Intimidade

A honra, a imagem e a intimidade são direitos inerentes à personalidade de um indivíduo, por isso recebem especial proteção constitucional:

Art. 5º. (...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Assim, a violação a tais direitos confere ao prejudicado o direito de resposta (artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal), além de justa indenização pelos danos materiais e morais que tenha sofrido. Isso ocorre, uma vez que, os direitos da personalidade são os que resguardam a dignidade da pessoa humana.

Os direitos da personalidade são reafirmados e disciplinados pormenorizadamente pelo Código Civil, nos artigos 11 a 21. Ademais, são assegurados ao indivíduo desde a sua concepção (direito do nascituro), e se prolongam até mesmo após a morte.

A honra, em particular, é um dos atributos mais valiosos do ser humano. Ela pode ser considerada sob um aspecto subjetivo ou objetivo. Eis, o conceito de honra, fornecido pelo penalista Damásio E. de Jesus:

A honra subjetiva é o sentimento de cada um a respeito de seus atributos físicos, intelectuais, morais e demais dotes da pessoa humana. É aquilo que cada um pensa a respeito de si mesmo em relação a tais atributos. Honra objetiva é a reputação, aquilo que os outros pensam a respeito do cidadão no tocante a seus atributos físicos, intelectuais, morais etc. Enquanto a honra subjetiva é o sentimento que temos a respeito de nós mesmos, a honra objetiva é o sentimento alheio incidido sobre nossos atributos. (2003, p. 201)

Desta maneira, a honra pode ser acatada ou violada com relação ao nome ou boa fama que o sujeito tenha perante aos demais membros da sociedade (honra objetiva), ou pode ser lesada no que tange ao seu próprio sentimento de estima (honra subjetiva).

As ofensas à honra são proferidas em sua grandiosidade e, com maior gravidade de efeitos, através dos veículos de imprensa. Por esta razão, as leis nº 4.117/1.962 (Código Brasileiro das Telecomunicações), e 5.250/1.967 (Lei de Imprensa), disciplinam as indenizações por danos morais de forma tarifada, sendo previsto, ainda, um acréscimo para o caso de reincidência comprovada.

O direito à imagem também está inserido no campo dos direitos à personalidade e, como tal, também está protegido, como já mencionado alhures, pela Carta Magna, bem como pelo nosso Diploma Civil, mais especificamente em seu artigo 20, que protege a divulgação, inclusive, da imagem dos mortos e ausentes.

A imagem nada mais é do que senão a representação da pessoa, por meio de foto, imagem de televisão ou cinema, caricatura, etc. Quando a reprodução da imagem do indivíduo é por ele desautorizada, surge o direito à indenização pelos danos que vier a sofrer, em razão da veiculação de sua imagem.

Além da proteção contida no Código Civil, a Lei nº 9.610/1.998 (Leis de Direitos Autorais), notadamente no artigo 461, inciso I, alínea 'c', também ampara o direito à imagem.

É de se ressaltar que a indenização pelos danos morais, contida na Lei de Imprensa, não pode se confundir com a transmissão indevida da imagem. O dano moral nesse último caso, configura-se pelo uso desautorizado da imagem do indivíduo, sem necessidade de comprovar a sua repercussão. Isso é explicável,

posto que, a imagem é um direito à personalidade, e não é só, “*é uma das principais projeções de nossa personalidade e atributo fundamental dos direitos ditos personalíssimos. O uso indevido da imagem traz, de fato, situações de prejuízo e constrangimento.*” (VENOSA, 2003, p. 155)

Há, ainda, que mencionar sobre a exposição indevida de imagem na mídia. Nesse particular caso, deve-se fazer uma análise proporcional entre princípios constitucionais, quais sejam, o direito à liberdade de informação e o direito à dignidade da pessoa humana, dentre eles, o direito à imagem. Sem dúvida alguma, o direito prevalente deve ser o último em questão, pois está previsto no artigo 1º, da Constituição Federal, como um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. A liberdade de informação é um direito, entretanto, não é absoluto e, como se percebe, encontra limites nos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana.

Portanto, havendo exposição indevida de imagem na mídia, surge o dever de indenizar o prejudicado, pois, em que pese a retratação, ela não é suficiente, uma vez que as palavras desonrosas possuem maior força perante a opinião pública.

A Constituição Federal, reprise-se, no artigo 5º, inciso X, bem como no artigo 21, do Código Civil, tutelam a intimidade do indivíduo ou a privacidade ou, ainda, o direito de estar só. Assim nos ensina Venosa (2003, p. 157):

Deve haver sempre posição firme do jurista no sentido de defender a preservação da intimidade, tantos são os ataques que sofre modernamente. (...) Os fatos mezinhos da vida privada de cada um não devem interessar a terceiros. Tanto mais será danosa a atividade quanto mais renomada e conhecida socialmente for a vítima, mas todos, independentemente de seu nível de projeção social ou cultural, gozam da proteção.

Assim, é a nossa legislação, no sentido de preservar o direito à privacidade do ser humano, principalmente, em razão da massificação do mundo moderno. Demonstrando essa necessidade, é que o legislador constituinte de 1.988 trouxe o instituto do *habeas data*, capaz de assegurar que os cidadãos violados em sua intimidade, pudessem se servir das informações contidas em bancos de dados, a fim de conhecer o seu conteúdo e utilizá-lo para sanar possíveis aberrações.

Também, devido a essa importante preservação, é que a Constituição Federal prevê a inviolabilidade do domicílio, das correspondências, das ligações telefônicas e do sigilo bancário e fiscal. Assim, tais somente serão violados ante a gritante necessidade, desde haja relevante interesse público e, mediante autorização judicial. Caso contrário, se não observadas essas ressalvas, surgirá para o lesado o direito à indenização pelos danos morais que venha a sofrer em razão da violação ao seu direito de intimidade.

2.6 O Dano Moral Decorrente do Erro Médico (Dano Estético)

O trabalho do médico é contratado, tendo-se por objeto uma obrigação de meio, por isso, no descumprimento do contrato, deve ser provada a culpa do profissional (artigo 951, do Código Civil), em que pese ser uma contratação de serviço, portanto disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, há ocasiões em que o objeto do contrato será uma obrigação de resultado, e o médico, sob esse prisma, se obriga a alcançar determinado resultado, que é esperado pelo paciente. Isso é o que acontece com os cirurgias plásticas.

Não obstante isso, a análise para os casos de erro médico, no que toca às cirurgias de embelezamento, jamais pode ser absoluta e inflexível, no sentido demonstrado acima. Ao contrário, devem ser considerados os impedimentos naturais de cada pessoa, bem como a conduta adotada pelo paciente, que pode ser inadequada, e até mesmo configurar o abandono de determinado tratamento sugerido pelo médico. Contudo, havendo responsabilização do médico, ele responderá também pelos atos dos terceiros que estejam sob suas ordens.

No caso da responsabilidade dos hospitais, ela estará restrita à condição do hospital como patrão ou comitente. Ademais, os hospitais, por serem prestadores de serviços, estão sob a égide do Código de Defesa do Consumidor. Também não responde o hospital se o médico, cujo ato provocou o dano, não for funcionário seu.

De outro modo, os planos de saúde são responsáveis pelos atos danosos dos médicos e serviços hospitalares, de maneira solidária.

No que concerne ao dano estético, há discussão no sentido de ser possível ou não a sua cumulatividade com o dano moral.

O dano estético estava previsto, antes da Carta Magna de 1.988, no Código Civil de 1.916, como aleijume ou deformação permanente. Uma parcela da doutrina, dentre ela Humberto Theodor Júnior, entende que, com a promulgação da Constituição Federal em 1.988, surgindo, então, a plena ressarcibilidade do dano moral, seria *bis in idem* requerer conjugadamente o dano estético e o dano moral.

Entretanto, existe outro posicionamento adotado por Ministros e Desembargadores (MELO, 2004, p. 136 e 137), no sentido de que não se pode afastar a dúplice indenização, uma vez que, o dano estético é uma alteração morfológica, cuja correção demanda verba pecuniária, abrangendo, portanto, a indenização material. Ademais, veja-se, por exemplo, o caso de uma modelo, cuja renda advém do uso da imagem, que ficou desconfigurada por erro médico, nesse particular, há que se considerar como dano material também o que efetivamente deixou de ganhar. E, de outro modo, o dano moral vai indenizar a ofensa aos interesses extrapatrimoniais (a dor na alma, a privação em seu bem-estar, o desgosto, o vexame, o sofrimento, a humilhação, etc), experimentados pela vítima, em razão da deformidade que sofreu, a indenização nesse caso será por danos morais. Por esse motivo, defendem que é possível a cumulação entre elas.

2.7 O Dano Moral Decorrente da Morte

A vida é um direito à personalidade, assegurado pela Constituição Federal no artigo 5º, *caput*. Sobretudo, é um direito natural, inerente à pessoa humana, está protegido pela Magna Carta, bem como pelas legislações brasileiras infraconstitucionais e, pelas Convenções e Tratados de Direito Internacional. De tal sorte, ninguém poderá, arbitrariamente, ser privado de sua vida.

A morte (seja ela decorrente de homicídio, ou de acidente de transporte, ou de consumo, enfim a morte decorrente de culpa alheia), no campo da responsabilidade civil, implica no direito à indenização para terceiros, parentes próximos daquele que teve sua vida arbitrariamente retirada. Nesse sentido, explica ZAVALA *apud* SANTOS (2003, p. 214):

O direito ao gozo da alheia, gozo que o homicídio frustra, é o bem jurídico lesionado, e as concretas conseqüências que de tal lesão derivam o dano ressarcível. O direito ao gozo da vida alheia, como bem jurídico lesionado pelo homicídio, deriva mediatamente da perda, para a vítima, de sua vida, que é o bem imediato, diretamente lesionado, porém insuscetível de produzir repercussões indenizatórias enquanto tal, vale dizer, para o titular mesmo da vida arrancada.

Assim, a indenização pelo dano moral está configurada em razão da dor que lesa os interesses extrapatrimoniais da família da vítima, que perdeu a vida. Veja-se que o artigo 948, do Código Civil, menciona sobre ressarcir o luto família, que é, senão, o profundo sentimento de tristeza causado pela perda do ente querido.

A Súmula 419, do Supremo Tribunal Federal, anterior à promulgação da Constituição Federal de 1.988, já previa a indenização por morte de filho menor que não exercesse atividade remunerada, reconhecendo, portanto, a existência do dano moral em tais situações.

Havia discussão sobre a possibilidade de cumular a indenização por danos materiais e morais nesses casos. Entretanto, hodiernamente, é pacífico que, mesmo que a vítima não desenvolvesse qualquer atividade remunerada, é cabível, juntamente com a indenização pelos danos morais, o ressarcimento dos prejuízos patrimoniais.

A indenização material caracteriza-se pelo pensionamento. No caso dos pais, ante a morte dos filhos, a jurisprudência entende que a pensão, que não tem caráter alimentar, é devida até o momento em que, possivelmente, a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade, ou até a morte dos pais. Ademais, considera-se que até os 25 (vinte e cinco) anos, a pensão seja devida na proporção de 2/3 (dois terços) dos ganhos estimados da vítima. E, a partir dessa idade, considera-se que a pensão deva ser reduzida para 1/3 (um terço) dos ganhos, uma vez que a partir daí considera-se que a vítima, ou já estaria casada, ou já estaria

residindo sozinha. Não tendo, pois, caráter alimentar essa pensão, a sentença que fixa essa indenização pode estipular que seja feito um único pagamento, ou obrigar o devedor à prestar caução, suficiente para garantir futura execução.

3 A ENTIDADE PSÍQUICA DA VÍTIMA

Todo indivíduo tem como meta de vida a realização de seus prazeres, do seu bem-estar, sempre buscando a felicidade. Pode-se afirmar que todas as vezes que essas sensações forem violadas, juridicamente, está caracterizado o dano moral puro.

A entidade psíquica de uma pessoa é capaz de individualizá-la como ser humano. Ela é composta por sentimentos de auto-estima e ideais, pelo respeito próprio, pelo conceito que a pessoa tem de si mesma, por valores religiosos, éticos, morais, pela capacidade afetiva, etc. O sujeito que tem abalada a sua entidade psíquica é vítima do dano moral puro.

4 CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL E FUNDAMENTOS PARA A REPARAÇÃO

O dano moral estará configurado sempre que a vítima experimentar uma dor (física ou moral), passar por situações humilhantes, vexatórias, desgostosas, bem como quando for privada de seu bem-estar.

Entretanto, a respeito da caracterização do dano moral, Sérgio Cavalieri Filho afirma que:

(...) Ultrapassadas as fases da irreparabilidade do dano moral e da sua inacumulabilidade com o dano material, corremos, agora, o risco de entrar na fase da sua industrialização, onde o aborrecimento banal ou mera sensibilidade são apresentados como dano moral, em busca de indenizações milionárias. (2003, p. 97)

Assim, impõe-se a conclusão de que não é qualquer dissabor que levará à indenização. É preciso tomar como referência os sentimentos de um homem médio. Não se pode considerar o psiquismo daquele que é exageradamente sensível, e que é capaz de se aborrecer com acontecimentos cotidianos irrelevantes. Também, não se deve considerar o mais rude dos homens, que não é capaz de se aborrecer com quaisquer acontecimentos.

Assim, sob o prisma da proporcionalidade é que se avalia ser ou não devida a indenização pelos danos morais.

De outro modo, a dor, seja ela física ou moral, é um dos elementos que orientam a caracterização do dano moral. A gravidade desse dano deve ser medida através de padrões objetivos, especialmente em função do bem tutelado pelo direito. Portanto, o dano experimentado pela vítima há de ser de tal modo grave, que justifique a imposição ao agressor uma sanção de ordem pecuniária, com a finalidade de compensar o sofrimento do lesado e, de realizar no infrator o caráter pedagógico que a medida visa.

De tal sorte, o dano moral estará caracterizado sempre que a agressão tiver como causa o ataque à dignidade de alguém.

Aliás, é exatamente no princípio da dignidade da pessoa humana, um dos pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito, que reside o fundamento da reparação do dano moral. Veja-se, a redação do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal:

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:

I – (...)

II – (...)

III – a dignidade da pessoa humana;

(...)

Assim, estando os direitos extrapatrimoniais relacionados aos direitos da personalidade, estampados no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, é imperioso afirmar que a afronta a tais direitos é também uma violação ao princípio da

dignidade da pessoa humana e, de forma reflexa, um ataque ao Estado Democrático de Direito. Por isso, quando a Carta Magna prevê a plena reparação dos danos morais, demonstra total harmonia com o princípio balizador do Estado Democrático de Direito.

A esse contexto soma-se o ideal de justiça, presente em cada indivíduo, que faz nascer a ânsia pela devida reparação do dano, porque é evidente que se fosse dada escolha à vítima, ela jamais optaria por ser lesada. Desta forma, é também fundamento da reparação do dano moral, a idéia de que a todo evento que provoque um dano injusto, há de coexistir o dever de indenização.

Nada obstante, essa reparação, ou melhor, compensação, não pode, jamais, servir como forma de enriquecimento ilícito para a vítima. Nesse diapasão, estão os institutos da vitimização no dano moral e da culpa exclusiva da vítima.

No caso da vitimização no dano moral, existem pessoas que se colocam como vítimas de danos morais com a finalidade exclusiva de buscar a indenização. Acerca do assunto, eis a lição doutrinária:

Pessoas que posam de vítima ou que provocam o fato para se tornarem ofendidas, criando, assim, condições para o pleito ressarcitório, por certo merecerão todo o repúdio do órgão jurisdicional. Enquanto o direito brasileiro está vivendo nova fase quanto à efetiva proteção aos direitos da personalidade, é necessário que os cuidados sejam redobrados para evitar condenações de pessoas que foram *vítimas* de supostos ofendidos por danos morais. Nesse trabalho de joear, deve ser vasculhada a motivação do pedido. (SANTOS, 2004, p. 119/120)

A pessoa, então, se propõe a ser vítima, aproveitando-se de qualquer deslize, criando possibilidade para a eventual indenização. Pode-se afirmar que hodiernamente, o dano moral é um 'modismo', o pedido de indenização pelo dano moral vem embutido em qualquer ação, até mesmo sem a existência da devida causa de pedir ou fundamentos de fato e de direito. O enfado é tão insignificante que sequer configura o dano moral.

Essas situações são vivenciadas pelo Poder Judiciário Norte-Americano, que por razões inócuas, de pessoas que se colocam como vítimas de determinadas situações, condenam ao pagamento de vultuosas somas em dinheiro. O Judiciário Brasileiro não pode jamais seguir esse modelo, pois foge à idéia

positivada de dano moral indenizável. O dano deverá ser sempre indenizável e não proporcionar o enriquecimento da vítima, que caracteriza-se como enriquecimento sem causa. O valor deverá estar de acordo com cada caso e cada situação.

Justamente, por essa razão, é que o legislador do Código Civil de 2.002 criou o artigo 945, que impõe à vítima um encargo pela ação comissiva ou omissiva no pretendido evento danoso. No caso específico do dano moral, a atuação da vítima, na maioria esmagadora das vezes, será sempre omissiva, mas note-se que essa omissão é consciente, já pretendendo a indenização, que lhe beneficiará. De acordo com essa idéia, quanto maior for a ação da vítima, menor será a indenização por ela merecida, ou até mesmo total será a isenção de indenização.

Esse dispositivo é uma arma, colocada à disposição do magistrado, para coibir a indústria ou o modismo do dano moral, que se alastrou pelo Judiciário Brasileiro. Ademais, permite ao demandado dessas ações fazer prova no sentido de que a vítima poderia ter evitado o evento que lhe causou o dano, mas, ao contrário, contribuiu de maneira consciente para a sua concretização. Assim, como não é possível ao juiz proibir o manuseio do pleito indenizatório por dano moral, esse artigo, juntamente com a prova carreada pelo requerido, o auxilia a averiguar quem a usa de má-fé, configurando, portanto, a litigância de má-fé da parte requerente.

Cumpra, ainda, salientar que verificada a culpa exclusiva da vítima no evento danoso, há uma ruptura no liame de causalidade, de maneira que o agressor se exime de qualquer responsabilidade, fica, portanto, isento de pagar qualquer indenização. Entretanto, para que isso ocorra, alguns requisitos devem ser preenchidos. Inicialmente, há de ser detectada a culpa da vítima. Segundo, é que essa culpa deve ser exclusiva da vítima e excludente, ou seja, o 'agressor' não pode ter praticado qualquer ato negligente. Terceiro, exige-se que o 'infrator' tenha atuado de forma a evitar, ou no mínimo, diminuir as conseqüências do enfado. Último requisito, é que se o demandado ou 'agressor', alegar como defesa a culpa exclusiva da vítima, incumbe-lhe provar.

Assim, consoante se verifica, ao magistrado, diante do caso concreto, caberá a árdua tarefa de decidir quem detém, ou não, o direito à compensação dos danos, analisando, para tanto, a gravidade do dano sofrido, de acordo com os padrões da proporcionalidade, bem como se a vítima concorreu ou não para a concretização do dano.

5 Sujeitos da Obrigação

Sendo certo que o dano moral atinge os direitos da personalidade, causando graves distúrbios na vida normal de um indivíduo, fica evidente que o sujeito ativo da obrigação será sempre a vítima da ofensa e, o sujeito passivo será sempre o ofensor.

Nesse sentido, considerando que o dano moral atinge o estado de ânimo da pessoa, impõe-se apresentar a discussão sobre a possibilidade da pessoa jurídica (ente do direito, desabonado de espírito) ser vítima desse tipo de evento danoso.

Hodiernamente, é pacífico que a pessoa jurídica pode ser vítima do dano moral. Contudo, nem sempre foi assim. Antes, discutia-se sobre tal possibilidade, de tal maneira, que havia uma doutrina que negava e outra que afirmava tal possibilidade.

De acordo com o entendimento dos adeptos da corrente negativista, apesar de a pessoa jurídica ser um sujeito de direitos, ela é inteiramente distinta de uma pessoa natural, pois não possui vida privada, nem direitos personalíssimos, portanto, não tem sentimentos passíveis de serem lesados e, tampouco podem sentir desequilíbrio emocional. Por esta razão, jamais poderão ser vítimas do dano moral.

Entretanto, afirmam que, nos casos de usurpação do nome, ataque à sua reputação, que são direitos extrapatrimoniais, poderia se configurar o dano moral contra as pessoas jurídicas. Nada obstante, nessas hipóteses, argumentam que não se cuida propriamente de dano moral, uma vez que em casos tais, o que ocorrerá é uma diminuição no patrimônio, benefícios ou lucros dessas pessoas.

Assim, portanto, impassíveis de sofrer ataques em seus interesses morais. Ademais, ainda que os representantes das pessoas jurídicas padeçam reflexamente, não são legitimados a reclamar, por si mesmos, a indenização pelos danos morais.

Consoante inteligência dos adeptos da corrente segundo a qual as pessoas jurídicas podem sofrer dano moral, a explicação para tanto reside no fato de que, apesar de não ser possível que sofra abalos anímicos, há um menoscabo de direitos, bens ou atributos (interesses extrapatrimoniais) da personalidade.

Assim, o direito ao bom nome, a proteção à boa fama e à honra da pessoa jurídica, é dotado de cunho extrapatrimonial, pois se relacionam à idéia de honra objetiva, com vistas a resguardar a sua credibilidade e respeitabilidade. De tal forma, sofrendo o dano moral, este será ressarcível. Nesse sentido, é a Lei de Imprensa, em seu artigo 16, inciso II.

Tal ressarcimento pode ter caráter pecuniário ou não, por exemplo, obrigando-se ao ofensor que denegriu a imagem da pessoa jurídica, que restabeleça a sua boa fama. Destarte, atualmente, esse é o entendimento prevalente da doutrina e na jurisprudência.

Outro aspecto importante a ser analisado, é sobre a transmissibilidade do dano moral. Sobre esse tema, devem-se distinguir duas situações.

A primeira situação é a da vítima que durante o curso da ação indenizatória vem a falecer. Por se tratar de ação de natureza patrimonial, não se pode recusar que o herdeiro suceda o morto.

Outro caso é o da vítima que antes da propositura da ação vem a falecer. No dizer de Leon Mazeaud *apud* CAVALIERI “o herdeiro não sucede no sofrimento da vítima”. E, continua CAVALIERI “A honra (subjetiva), sendo um direito personalíssimo, extingue-se com a morte”. (2003, p. 103).

Assim, não restam dúvidas de que apenas a vítima pode sofrer o dano moral e, a personalidade extingue-se com a morte. Entretanto, o dano consumado, bem como o direito à indenização não se extinguem. Nesse sentido é a redação do artigo 943, do Código Civil “Art. 943. O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança.” Ainda, o artigo 43, do Código de Processo Civil, reforça a idéia contida no dispositivo adrede mencionado.

Deste modo, não há que se sustentar a intransmissibilidade da indenização por dano moral, mas tão somente, a do próprio dano moral, que como explicado alhures, não se transmite o sofrimento da vítima aos seus sucessores.

Nada obstante esse entendimento, ele não é pacífico na doutrina. Veja-se o ensinamento de Mirna Cianci: “(...) a *reparação moral esgota-se na pessoa do lesado, impedindo a transmissibilidade do direito, em caso de falecimento do ofendido*”. (2003, p. 23). Explica, ainda, a sua idéia, concluindo que a indenização paga ao ofendido não arreda a dor da vítima, já falecida.

Outro assunto, nesse contexto é a legitimidade para a demanda. Nesse sentido, importa demonstrar quem poderá ativa e passivamente figurar no pleito indenizatório.

A legitimação ativa, em princípio, pertence à vítima do dano moral. Contudo, a legitimidade ativa poderá pertencer a um terceiro, como por exemplo, quando ocorrer a morte do ofendido, caso em que será exercida pelos sucessores. A ressalva que se faz é para o dano que atinja direitos personalíssimos e, então, não se fala em substituição processual. Outra ressalva é demonstrada pelo doutrinador Humberto Theodoro Júnior:

(...) não é o ofendido direto, mas terceiros que se julgam reflexamente ofendidos em sua dignidade, pela lesão imposta a outra pessoa, torna-se imperioso limitar o campo de repercussão da responsabilidade civil, visto que se poderia criar uma cadeia infinita ou indeterminada de possíveis pretendentes à reparação do dano moral, o que não corresponde, evidentemente, aos objetivos do remédio jurídico em tela. (2001, p. 8/9).

Destarte, há situações em que essa legitimidade pode ser colocada em dúvida, para que se proteja o próprio instituto da compensação do dano moral, bem como para coibir o enriquecimento sem causa. De tal sorte, a regra disposta no artigo 948, inciso II, do Código Civil, que trata do dano material, deve ser utilizada, analogicamente, para limitar a indenização por dano moral àqueles que mantinham estreita relação com a vítima do dano.

A legitimação passiva é ocupada, via de regra, pela figura do agressor. Nada obstante, há situações em que a obrigação de reparar o dano causado decorre de fato alheio, é o que ocorre na responsabilidade pelo fato de terceiro e pelo fato da coisa.

Na responsabilidade dos pais, tutores ou curadores, preceitua o artigo 932, incisos I e II:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados que se acharem nas mesmas condições;

Essa responsabilidade decorre do poder familiar. Assim, o dano causado pelo filho, pupilo ou curatelado, deve ser indenizado pelo seu responsável, eis que sua responsabilidade é presumida e, decorre da culpa *in vigilando*.

Entretanto, mesmo que para o evento danoso não tenha o responsável concorrido culposamente, o artigo 933, do Diploma Civil estatui que, ainda nesse caso, deverão responder pelos danos provocados por seu filho, pupilo ou curatelado.

Havendo concorrência de culpas, incluindo-se aqui as pessoas mencionadas no artigo 932, do Código Civil, todos os co-agressores respondem solidariamente, podendo ser acionados todos ou apenas um deles e, o acionado terá direito de regresso contra os demais autores (artigo 942, do Código Civil). Todavia, o regresso não poderá ser utilizado pelos pais em relação aos filhos, em decorrência da norma proibitiva do Código Civil (artigo 934).

Ainda, no aspecto da responsabilidade dos pais sobre os atos dos filhos, incumbe salientar a hipótese de pais separados. Somente aquele que detiver a guarda do filho é que responderá pelos danos que vier a causar a outrem. Apesar disso, se o dano for causado enquanto estiver sendo exercido o direito de visita do outro cônjuge, aquele é quem responderá pelos atos de seu filho.

Há, ainda, a responsabilidade dos patrões, donos de hotéis e educadores, que está declinada no artigo 932, incisos III e IV, do Diploma Civil.

A responsabilidade do patrão pelo ato culposo do empregado é presumida e, está prevista, também, na Súmula 341, do Supremo Tribunal Federal. A responsabilização do patrão se justifica, pois ele tem o dever de fiscalizar e vigiar o seu empregado, no exercício de suas funções, para que não venha a causar danos a terceiros.

A responsabilidade dos educadores e donos de hotéis é explicável, pois eles recolhem e abrigam as pessoas com o intuito de obter lucros. E, ainda que

a título gratuito, o educador ou dono da hospedagem tem o dever de segurança em relação ao hóspede.

No que tange à educação, cumpre diferenciar se trata-se de regime de externato ou de internato. Pois, em se cuidando de regime de externato, há uma concorrência de responsabilidade entre pais e educadores. Aqui, a responsabilidade do educador se restringe ao período em que o educando está sob a vigilância do educador, período este que corresponde à permanência do aluno no interior do colégio. Ressalvado esse período, a responsabilidade passa a ser exclusiva dos pais. Nada obstante a responsabilidade da escola pelo ato de seu aluno, enquanto sob sua vigilância, esta possui direito de regresso contra seu responsável.

De outro modo, cumpre estabelecer que quando a escola é particular, equipara-se o educador a um prestador de serviços. A relação jurídica passa a ser disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor e, o educador só se exime da responsabilidade por culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, pois rompem o nexo causal.

A responsabilidade, no que toca ao fato da coisa inanimada ou do animal, está disciplinada nos artigos 936 a 938, do Código Civil. A responsabilidade nesses casos está relacionada ao dever de guarda, vigilância e conservação. Em aspectos tais, o dono da coisa ou animal só se exime da responsabilidade se puder provar a culpa, exclusiva ou concorrente, da vítima, ou provar que o dano ocorreu em razão de força maior. Isso ocorre, pois a responsabilidade é objetiva, só podendo ser elidida com prova robusta.

6 O DANO MORAL PURO E A INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO ECONÔMICO

Consoante já dito alhures, o dano moral puro caracteriza-se pela situação de anormalidade anímica que se instala na entidade psíquica do indivíduo. Pode parecer, assim, que qualquer aborrecimento fugaz causa o dever de indenização.

Contudo, apesar de haver um dever genérico de não prejudicar ninguém, traduzido no princípio *alterum non laedere*, existe, também, um direito, igualmente genérico, de ressarcimento, desde que se possa provar que houve um gravame em seus sentimentos.

Esse princípio não é absoluto e, encontra limites no instituto da compensação do dano moral. Nesse sentido, o simples desconforto, traduzido pela idéia de dano moral puro, decorrente de acontecimentos triviais, não justifica indenização. Para que exista o dano moral é necessário que exista uma grandeza de importância e gravidade na ofensa sofrida. Há sempre que se verificar a intensidade da esfera espiritual da pessoa ofendida, considerando-se, entretanto, os casos de pessoas com suscetibilidade extrema, que devem ser analisados muito comedidamente. Veja-se que há de ser verificado o dano sempre de acordo com os sentimentos de um homem médio.

Nesse diapasão nos ensina Gabriel Stiglitz e Carlos Echevesti *apud* Antonio Jeová dos Santos:

diferente do que ocorre com o dano material, a alteração desvaliosa do bem-estar psicofísico do indivíduo deve apresentar certa magnitude para ser reconhecida como prejuízo moral. Um mal-estar trivial, de escassa importância, próprio do risco cotidiano da convivência ou da atividade que o indivíduo desenvolva, nunca o configurarão. (2004, p. 113)

Portanto, existe um mínimo de inconvenientes, desgostos, incômodos e sensações desagradáveis que, em razão do convívio social no mundo contemporâneo, devem ser tolerados, não merecendo ser indenizadas. O dano moral somente existirá, com a sua conseqüente indenização compensatória, se o ato que originou o evento danoso for realmente ofensivo ao direito de personalidade do indivíduo, e seja prolongado no tempo, caracterizando o insulto ao seu âmago, caso contrário, não existirá o autêntico dano moral e, tão somente, estaremos no campo do dano moral puro, que não é passível de indenização.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Dano moral à pessoa e sua valoração**. 1ª ed; São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

BRASIL, Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília/DF, 05 de outubro de 1988.

BRASIL, Código Civil (2002). Lei 10.406/02,. Institui o Código Civil. Brasília/DF, 10 de janeiro de 2002.

BRASIL, Lei de Imprensa (1967). Lei 5.250/67. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Brasília/DF, 09 de fevereiro de 1967.

CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. São Paulo: Saraiva, 2003.

FALEIROS, Rafael Infante; MELO, Leila Corsi Diniz; Dano moral análise do comportamento da vítima para determinar-se a sua existência e quantificação. **Consulex**, Brasília, DF, ano X, n. 236, p. 48-51, nov. 2006.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed; São Paulo: Malheiros, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8ª ed; São Paulo: Saraiva, 2003.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. V. II; 25ª ed; São Paulo: Saraiva, 2003.

JÚNIOR, José Cretella. **Curso de Direito Romano**. 25ª ed; Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JUSTO, A. Santos. **Direito Privado Romano**. V. II; Coimbra: Coimbra, 2003.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral problemática: do cabimento à fixação do *quantum***. 1ª ed; São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MOSCON, Cledi de Fátima Manica. **O enriquecimento sem causa e o novo código civil brasileiro**. 1ª ed; Porto Alegre: Síntese, 2003.

PAULA, Alexandre Sturion de, et al. **Dano moral e sua quantificação**. Caxias do Sul: Plenum, 2004.

RIBEIRO, Guilherme Fernandes Aliende; GUIMARÃES, João Fernando Cavalcante Varella. **A quantificação do dano moral**. *In: DireitoNet*. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/textos/x/15/05/1505/>>. Acesso em 17/set/06.

SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Dano moral indenizável**. 4ª ed., rev., ampl., e atual.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e a sua reparação civil**. 3ª ed., rev., atual. e ampl.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Caio Mário Pereira da. **Responsabilidade Civil**. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

TIMÓTEO, R. A. M. **Dos limites do dano moral frente ao enriquecimento ilícito.** 2000. 86 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil.** V. IV; 5ª ed; São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Direito Civil.** V. I; 3ª ed; São Paulo: Atlas, 2003.